

**Manuela Britto Mattos**

**AÇÃO CAUTELAR PARA ANTECIPAÇÃO  
DE PENHORA**

**Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da  
Pontifícia Universidade Católica de São Paulo**

**São Paulo**

**2010**

MANUELA BRITTO MATTOS

AÇÃO CAUTELAR PARA ANTECIPAÇÃO DE PENHORA

Monografia Jurídica como exigência para obtenção de certificado no Curso de Especialização em Direito Tributário da Coordenadoria Geral de Especialização, Aperfeiçoamento e Extensão da Pontifícia Universidade Católica de São Paulo.

São Paulo - 2010

---

---

---

## SUMÁRIO

<b>Introdução</b> .....	3
<b>Capítulo 1 - Elementos Essenciais para a Compreensão da Constituição do Crédito Tributário</b> .....	4
1.1 Norma Jurídica .....	4
1.2. Regra Matriz de Incidência Tributária .....	6
1.3. Obrigação Tributária .....	7
1.4. Crédito Tributário .....	8
1.5. Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário .....	9
<b>Capítulo 2 – Execução Fiscal</b> .....	12
2.1 Modalidades de Garantia da Execução Fiscal .....	13
<b>Capítulo 3 – Ação Cautelar para Antecipação de Penhora</b> .....	14
3.1 Processo Cautelar em Matéria Tributária .....	14
3.2 Cabimento .....	16
3.3 Juízo Competente .....	18
3.4 Posicionamento da Jurisprudência .....	20
3.5 Posicionamento da Doutrina .....	24
<b>Conclusão</b> .....	27
<b>Bibliografia</b> .....	28

## INTRODUÇÃO

A proposta da presente monografia é tratar sobre a possibilidade de ajuizamento de ação cautelar para antecipação de penhora, ou seja, a possibilidade de o sujeito passivo de determinada obrigação tributária – cujo débito já tenha sido inscrito em dívida ativa pela Fazenda Pública, mas que ainda não tenha sido cobrado por meio de execução –, ter a oportunidade de antecipar a caução que será oferecida no âmbito do processo executivo, com o escopo de obter a suspensão da exigibilidade do crédito que lhe é imputado.

A fim de demonstrar o cabimento da ação cautelar para antecipação de penhora, buscou-se retomar o ciclo de posituação do crédito tributário e os principais aspectos a ele relacionados.

Em seguida, procurou-se examinar brevemente o processo executivo, bem como suas características peculiares de maior relevância. Ao se discutir a cautelar para antecipação de penhora, ainda que o aspecto mais importante relacionado à execução fiscal seja justamente sua inexistência, não se poderia deixar de examinar este tipo específico de processo, e, em especial, suas modalidades de garantia.

Finalmente, fixadas as premissas e detalhado o contexto que possibilita o surgimento do interesse pela cautelar para antecipação de penhora, se passa a detalhar os argumentos que demonstram o pleno cabimento desta ação no âmbito do ordenamento vigente, bem como a posição da jurisprudência e da doutrina sobre o tema. Adicionalmente, são trazidos alguns entendimentos divergentes, que, todavia, não se sustentam, como se verá.

## 1. ELEMENTOS ESSENCIAIS PARA A COMPREENSÃO DA CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

A figura do crédito tributário é essencial na verificação do interesse na propositura de ação cautelar de antecipação de penhora, de modo que, em primeiro lugar, cumpre analisar tal elemento com maior cuidado, a partir de um breve exame dos conceitos fundamentais que conduzem à sua constituição.

### 1.1. NORMA JURÍDICA

Importante destacar que se parte do pressuposto de que direito é linguagem, consoante lição que permeia a doutrina de PAULO DE BARROS CARVALHO<sup>1</sup>, adotada neste trabalho.

Nesse contexto, tem-se como ponto de partida a chamada norma jurídica, entendida como a impressão que a leitura do texto positivo provoca em nosso espírito, ou seja, “a significação que obtemos a partir da leitura dos textos de direito positivo”<sup>2</sup>. Com efeito, do texto do direito positivo é possível se extrair, somente, elementos para a construção de significações a partir de uma visão própria, e não todo o sentido e alcance eventualmente contidos em determinado suporte físico.

Não há de se confundir a norma jurídica com os enunciados prescritivos: estes se referem à prescrição de condutas, enquanto aquela se traduz na associação de dois ou mais enunciados prescritivos sob a lógica dos juízos condicionais<sup>3</sup>.

De fato, ao se observar os planos do sistema do direito positivo<sup>4</sup>, verifica-se que os enunciados prescritivos localizam-se no S1, correspondente ao plano físico, enquanto as normas jurídicas encontram-se no S3, plano das significações estruturadas, e no S4, onde mantêm relação de coordenação e subordinação entre si<sup>5</sup>.

---

<sup>1</sup> *Curso de direito tributário*, p. 1.

<sup>2</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Ibidem*, p. 8.

<sup>3</sup> *Idem. Direito tributário, linguagem e método*, p. 129.

<sup>4</sup> *Idem. Curso de direito tributário*, p. 129.

<sup>5</sup> CARVALHO, Aurora Tomazini, de. *Teoria Geral do Direito (O construtivismo lógico-semântico)*, p. 214.

A norma jurídica, assim, caracteriza-se pela fórmula “se o antecedente, então deve ser o consequente”. De modo simplificado, se pode dizer que no antecedente estará descrito um evento que, quando e onde ocorrer, fará irradiar os efeitos da norma, resultando na instauração da relação jurídica prevista no consequente. De fato, no consequente haverá uma proposição relacional, ligando dois ou mais sujeitos de direito em função de uma determinada conduta, que poderá ser proibida, permitida ou obrigatória<sup>6</sup>.

Considerando-se a norma jurídica como a composição de antecedente e consequente nos termos acima estabelecidos, é possível distinguir entre normas abstratas e concretas, e normas gerais e individuais. Quanto ao fato descrito no antecedente, note-se que ele pode ser abstrato, constando de um texto legal, por exemplo, ou pode ser concreto, quando, por exemplo, constar de uma sentença judicial. Já a relação mencionada no consequente será geral quando se referir a um conjunto indeterminado de indivíduos, ou individual, quando se reportar a um sujeito de direito em particular.

Dividem-se as normas jurídicas, igualmente, em primárias e secundárias. As normas jurídicas primárias simplesmente descrevem um dever, ao passo que as normas jurídicas secundárias se incumbem de estabelecer uma sanção, a cargo do Estado-Juiz, na hipótese de descumprimento da norma primária correspondente<sup>7</sup>.

É possível trazer algumas outras classificações em relação à norma jurídica, mas, tendo em vista o objeto preponderante deste trabalho, se optou por se passar diretamente à menção da classificação das normas jurídicas em sentido amplo e em sentido estrito. Nesse contexto, tem-se que as normas jurídicas distinguem-se em função do grupo institucional a que pertencem, podendo fazer parte (i) do grupo de normas que estabelecem princípios; (ii) do grupo de normas que definem a incidência do tributo; ou (iii) do grupo de normas que prescrevem deveres instrumentais e formais do contribuinte e da Administração Pública e outras providências administrativas<sup>8</sup>.

Tendo em vista que as normas referentes aos princípios, somadas às normas que tratam das providências de cunho administrativo e operacional, são muito mais numerosas do

---

<sup>6</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, fundamentos jurídicos da incidência*, p. 31.

<sup>7</sup> Idem. *Ibidem*, p. 34.

<sup>8</sup> Idem. *Curso de direito tributário*, p. 251.

que as normas que instituem tributos, PAULO DE BARROS CARVALHO, com muita razão, entendeu por bem denominar as últimas de “normas tributárias em sentido estrito”, enquanto as demais seriam “normas tributárias em sentido amplo”<sup>9</sup>. À norma tributária em sentido estrito, ou seja, à norma que institui o tributo, atribui-se a denominação de regra matriz de incidência tributária.

AURORA TOMAZINI DE CARVALHO, por sua vez, observa que a norma jurídica em sentido estrito não deve ser reduzida a simples juízo, pois na verdade corresponde a um juízo estruturado na forma hipotético condicional, que seria a estrutura mínima necessária para se construir um sentido deôntico<sup>10</sup>, característica da regra matriz de incidência tributária, como se verá a seguir.

## 1.2. REGRA MATRIZ DE INCIDÊNCIA TRIBUTÁRIA

Como dito acima, a regra matriz de incidência tributária é norma jurídica em sentido estrito, e, como tal, expressará necessariamente um juízo hipotético condicional. Será composta, portanto, de uma hipótese e de uma consequência. Na hipótese, haverá a previsão de um fato, o qual, quando e onde ocorrer, resultará no estabelecimento da relação jurídica prevista na consequência.

Vale lembrar, ademais, que na hipótese identificam-se três critérios: (i) o critério material (no qual haverá a referência a um comportamento de pessoas físicas ou jurídicas); (ii) o critério espacial (correspondente ao local onde o fato deve ocorrer, de modo a irradiar seus efeitos); e (iii) o critério temporal (que fixará o marco de tempo em que se dará por ocorrido o fato). Já no consequente são dois os critérios que se apresentam: (i) o critério pessoal (que descreve os sujeitos da relação tributária); e (ii) o critério quantitativo (especificando a base de cálculo e a alíquota de determinada exação).

A partir desses elementos, torna-se perfeitamente possível delinear os contornos de determinado tributo, razão pela qual se entende que a regra matriz, compreendendo tais critérios, corresponde ao mínimo irreduzível do deôntico, ou seja, fornece os elementos

---

<sup>9</sup> Idem. *Ibidem*, p. 252.

<sup>10</sup> *Teoria Geral do Direito (O construtivismo lógico-semântico)*, p. 216.

minimamente necessários para que se possa construir uma figura tributária. É certo, portanto, que a regra matriz define a incidência do tributo.

Ocorrendo o fato previsto na hipótese, e configurando-se a relação obrigacional descrita no consequente, verifica-se a incidência do tributo. Todavia, é importante ressaltar que tal incidência não se dá de modo automático. Com efeito – ainda que não se tenha como propósito adentrar a fundo nesta questão –, vale destacar que, para que uma norma geral e abstrata venha a gerar efeitos no mundo jurídico, é necessária a atuação humana, através da qual aquela será transcrita em linguagem competente, criando-se, assim, norma individual e concreta que dará ensejo ao surgimento da obrigação tributária. Isso porque o fenômeno da incidência tributária não é infalível, não se podendo compreender como o mundo do “dever-ser” poderia interferir de modo automático e espontâneo no mundo do “ser”. E isto, de fato, não ocorre. A aplicação do direito, destarte, é essencial na constituição da obrigação tributária<sup>11</sup>, sobre a qual se cuida a seguir.

### 1.3. OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA

Entre os sujeitos da relação tributária surgida com a constituição do fato haverá uma obrigação tributária: o sujeito passivo terá a obrigação de pagar o tributo, ao passo que o sujeito ativo terá a obrigação de receber tal pagamento.

A obrigação tributária, portanto, reveste-se de cunho patrimonial, e deve ser satisfeita por meio de pecúnia, como determina o artigo 3º<sup>12</sup> do Código Tributário Nacional, responsável por conceituar a figura do tributo.

Já no §1º do seu artigo 113<sup>13</sup>, o Código Tributário Nacional estabelece que a obrigação principal surge com o fato gerador, e tem por objeto o pagamento de tributo ou de penalidade pecuniária.

---

<sup>11</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário, linguagem e método*, p. 431.

<sup>12</sup> “Art. 3º Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada”.

<sup>13</sup> “Art. 113. (...) § 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente”.

Note-se que, de fato, a obrigação tributária surge no momento da constituição do fato jurídico, não sendo possível que de outra forma ocorresse, por razões lógicas. Não se pode concordar, contudo, com a parte final do dispositivo citado acima, tendo em vista que a obrigação tributária não tem por objeto o pagamento de penalidade pecuniária, mas somente de tributo. Como bem ensina PAULO DE BARROS CARVALHO<sup>14</sup>, uma vez que o dever de pagar penalidade pecuniária advém da prática de ato ilícito, naturalmente tal dever não possui natureza de obrigação tributária, haja vista que, nos termos do artigo 3º do Código Tributário Nacional, o tributo não terá efeito de sanção por ato ilícito.

Entende-se, portanto, que a obrigação tributária compreende apenas o dever de o sujeito passivo pagar, em dinheiro, o montante devido a título de tributo ao sujeito passivo. Tampouco podem ser chamadas de obrigações tributárias os deveres instrumentais e formais que devem ser cumpridos pelos contribuintes, e que comumente são designados de obrigações acessórias, pois estas simplesmente não possuem cunho patrimonial. Desse modo, afasta-se, igualmente, a classificação das obrigações tributárias em principais e acessórias, também na esteira dos ensinamentos de PAULO DE BARROS CARVALHO<sup>15</sup>.

#### 1.4. CRÉDITO TRIBUTÁRIO

O crédito tributário constitui-se no liame existente entre o sujeito passivo e o sujeito ativo da obrigação tributária, sendo, portanto, o objeto desta. Repetindo-se o que foi dito acima, em outras palavras, tem-se que o sujeito passivo tem a obrigação de pagar o crédito tributário devido pelo sujeito ativo, enquanto este tem o dever de recebê-lo.

Desde já vale adiantar que tais deveres recíprocos serão essenciais na discussão a respeito do cabimento de ação cautelar de antecipação de penhora, por isso a importância de se reiterar a equivalência implicacional inerente às relações jurídicas. Para melhor entender esta equivalência, cumpre transcrever breve reflexão de PAULO DE BARROS CARVALHO a respeito das lições de LOURIVAL VILANOVA sobre o assunto:

“O ensinamento, extraído das preciosas lições de Lourival Vilanova, é fundamental para a compreensão das relações jurídicas, que mantêm

---

<sup>14</sup> CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*, p. 304/305.

<sup>15</sup> Idem. *Ibidem*, p. 301/303.

*equivalência implicacional*, da mesma forma que o enunciado  $X > Y$  (*X é maior que Y*) equivale a  $Y < X$  (*Y é menor que X*). E conclui eminente professor: *No mundo do Direito, estruturado relacionalmente, quando a norma estatui que o vendedor **deve** dar a coisa alienada ao comprador, implica dizer que o comprador **tem o direito** de receber a coisa adquirida a título oneroso.*

Tenhamos presente que a linguagem do direito positivo não fornece a postura verbal completa das relações jurídicas, salientando a relação entre sujeito ativo e passivo, e a relação inversa, entre sujeito passivo e ativo. (...)

A hipótese normativa está ligada à consequência pelo elo da imputação deontica, fixado ao talante político, no tempo da elaboração da lei. O vínculo implicacional que se estabelece no consequente – a relação jurídica – diferentemente, é regido pelas leis lógicas.”<sup>16</sup>. (grifos nos original).

Importante notar, adicionalmente, que o crédito tributário nasce no momento da aplicação da regra matriz de incidência tributária, ou seja, no instante em que há o relato em linguagem competente do fato tributário.

Este relato em linguagem competente poderá ser feito tanto pela Administração, através do lançamento, quanto por atividade do contribuinte, nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação, ou autolancamento. Entende-se, contudo, que a constituição do crédito tributário também poderá se dar através de outras normas individuais e concretas, como no caso de uma sentença judicial ou por ocasião do preenchimento de guia de depósito judicial, situações nas quais haverá a possibilidade de se vislumbrar todos os critérios ensejadores da construção de uma regra matriz de incidência tributária.

## 1.5. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO

Com a constituição do crédito tributário, verifica-se, também, o surgimento do direito do credor de exigir do devedor o adimplemento da obrigação. Ou seja, tendo sido estabelecido o vínculo obrigacional, desde já pode o credor demandar o pagamento da prestação que lhe é devida, sendo o crédito tributário exigível.

---

<sup>16</sup> Idem. *Ibidem*, p. 298/299.

A exigibilidade do crédito, portanto, só se verifica após sua regular constituição. Antes desse momento, inclusive, não é possível identificar o sujeito passivo e tampouco o montante devido.

Ao contrário do crédito tributário em si, o atributo da exigibilidade pode ser suspenso, de acordo com as hipóteses trazidas pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional. Durante a suspensão da exigibilidade do crédito, este naturalmente não pode ser cobrado do contribuinte, pois lhe faltará a prerrogativa de ser exigível. Esta situação, repita-se, atinge apenas a exigibilidade, e não o próprio crédito, que continua existindo nos mesmos moldes em que surgiu.

As situações que determinam a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do dispositivo legal citado acima, são as seguintes: (i) moratória; (ii) depósito do montante integral do crédito; (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; (iv) o parcelamento.

Dentre estas hipóteses, as que mais nos interessam são o depósito do montante integral do crédito e a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada.

O depósito do montante integral da dívida no âmbito de processo judicial, além de ser causa suspensiva da exigibilidade do crédito, tem o condão de evitar a correção monetária do débito e os efeitos da mora, no que se refere à multa e aos juros. Além disso, a realização do depósito judicial impede que a Fazenda Pública ajuíze a correspondente execução fiscal.

A concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em ação judicial também suspende a exigibilidade da dívida, prerrogativa que antigamente estava restrita apenas às liminares concedidas em sede de mandado de segurança. Ainda que, na prática, se verifique que muitos juízes acabam condicionando a concessão dessas medidas ao oferecimento de garantia, entende-se que somente o deferimento da tutela, por si só, poderia suspender a exigibilidade do crédito, independentemente da adoção de qualquer providência adicional.

Caso a Fazenda Pública tenha efetivado a inscrição do débito em dívida ativa, mas ainda não tenha promovido o respectivo processo executivo, não poderá fazê-lo enquanto perdurar a causa suspensiva da exigibilidade do crédito.

Com efeito, na maioria das vezes há o interesse em se evitar que a execução fiscal seja ajuizada pelo Fisco, ainda que o débito já tenha sido constituído e se encontre inscrito em dívida ativa. Todavia, há casos em que as modalidades de suspensão da exigibilidade do crédito trazidas pelo Código Tributário Nacional não aproveitam ao contribuinte da melhor forma, de modo que, em diversas situações, o contribuinte pode entender como mais vantajosas as garantias para suspensão do processo executivo descritas na Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980, aplicáveis, por óbvio, apenas no âmbito desse tipo específico de processo.

Ou seja, mesmo que as modalidades de suspensão da exigibilidade do crédito tributário – do Código Tributário Nacional – sejam extremamente úteis aos contribuintes, sendo capazes de atender plenamente a determinados propósitos, note-se que as garantias que possibilitam a suspensão de execução fiscal – descritas na Lei de Execuções Fiscais – às vezes despontam como melhor opção, a depender da situação concreta.

No caso de uma empresa, por exemplo, que não possua dinheiro suficiente para disponibilizar numa conta judicial, sem que isso comprometa suas atividades, a penhora de bens – prevista no inciso III do artigo 9º da Lei nº 6.830/1980 – surge como alternativa muito mais viável. Pode-se facilmente vislumbrar, igualmente, a situação de grandes empresas que detêm dívidas em valores elevados, e às quais o oferecimento de fiança bancária para garantia dos débitos – constante do inciso II do artigo 9º da Lei nº 6.830/1980 – representa um ônus bastante inferior ao consubstanciado pelo depósito judicial em dinheiro.

Tendo em vista, portanto, a importância também dessas modalidades trazidas pela Lei de Execuções Fiscais, cumpre analisá-las mais detalhadamente, assim como as características mais peculiares do processo executivo fiscal.

## 2. EXECUÇÃO FISCAL

Pode-se dizer que a execução fiscal constitui-se no instrumento processual de que dispõe a Fazenda Pública para tentar obter judicialmente, do sujeito passivo, a obrigação tributária insatisfeita.

PAULO CESAR CONRADO, ao tratar a respeito do objetivo da ação exacional, defende que seu escopo seria, mais propriamente, “permitir a veiculação de norma individual e concreta que constitua o modo de efetivação, no plano fenomênico, da obrigação tributária”<sup>17</sup>.

Ao se atribuir à execução fiscal o escopo de efetivar o conteúdo da obrigação tributária, de acordo com as lições de PAULO CESAR CONRADO, se estaria ampliando indevidamente a tutela prestada através da ação em comento. Ou seja, o conceito de jurisdição estaria sendo extrapolado. E é justamente por tal razão que o aludido doutrinador argumenta que o mais adequado seria restringir o objetivo da execução fiscal à constituição de norma individual e concreta que define a forma como a obrigação será realizada, com o que não se pode deixar de concordar.

Ao se construir tal norma individual e concreta, no âmbito do processo executivo fiscal, naturalmente estará sendo prestada a tutela jurisdicional, compondo-se, em consequência, o conflito presente na instauração da lide.

Já como pressuposto da execução fiscal, verifica-se a existência de obrigação tributária devidamente constituída, cujo inadimplemento restou assentado em título executivo, qual seja, a Certidão de Dívida Ativa. De fato, somente o lançamento ou o autolancamento não são suficientes para consubstanciar um processo executivo, uma vez que esta ação, nos termos do artigo 583 do Código de Processo Civil, deve necessariamente estar atrelada a um título executivo, qualidade que o lançamento e o autolancamento não possuem. Resta demonstrada, portanto, a necessidade de se inscrever em dívida ativa o débito que será cobrado judicialmente.

---

<sup>17</sup> *Processo tributário*, p. 197.

## 2.1. MODALIDADES DE GARANTIA DA EXECUÇÃO FISCAL

Como já mencionado anteriormente, a Lei de Execuções Fiscais, em seu artigo 9º, traz os meios pelos quais pode o executado garantir a execução fiscal e, assim, ter a oportunidade de apresentar embargos à execução, com seu efeito suspensivo. As modalidades de garantia da execução fiscal são as seguintes: (i) depósito em dinheiro; (ii) fiança bancária; (iii) nomeação de bens à penhora; (iv) indicação por terceiros de bens à penhora.

JOSÉ DA SILVA PACHECO<sup>18</sup> ressalta que tais modalidades não se confundem com as garantias de que cuida o direito privado ou com quaisquer outras, sendo específicas, portanto, do processo executivo fiscal.

O depósito em dinheiro poderá ser feito pelo contribuinte independentemente de qualquer requerimento, bastando adotar os procedimentos necessários junto ao banco e ao juízo competente. Note-se que este depósito será assecuratório, não tendo caráter satisfativo de pagamento da dívida, pois o que se procura com sua realização é justamente se discutir o débito eventualmente indevido.

A fiança bancária, por sua vez, se trata de modalidade não prevista no Código Tributário Nacional como meio de se obter a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas que encontrou acolhida no art. 9º na Lei de Execuções Fiscais. No entanto, na prática verifica-se que há situações nas quais alguns julgadores têm aceitado o oferecimento desta garantia em sede, por exemplo, de ação anulatória de débito fiscal. De todo modo, nesses casos a fiança bancária só pode ser apresentada mediante deferimento, pelo juízo competente, de pedido nesse sentido, enquanto que nas ações executivas, havendo o interesse do executado na apresentação de tal garantia, incube ao julgador aceitá-la, desde que os requisitos necessários estejam preenchidos.

A nomeação de bens à penhora, assim como as demais providências vistas acima, também é de iniciativa do executado. Já a indicação de bens por terceiros se constitui em modalidade anômala, uma vez que, em regra, os bens de terceiros não se sujeitam à execução.

---

<sup>18</sup> *Comentários à Lei de Execução Fiscal*, p. 155.

Nos termos do § 3º do artigo 9ª da Lei de Execuções Fiscais, o depósito e a fiança bancária possuem os mesmos efeitos da penhora, ou seja, todas as modalidades vistas acima são equivalentes para fins de garantia da execução.

Por fim, frise-se que os meios de garantia da execução, naturalmente, só são válidos para os próprios processos executivos fiscais. Comumente se observa situações concretas, contudo, nas quais o crédito tributário encontra-se constituído, o título executivo correspondente já está formalizado, mas mesmo assim execução fiscal não é proposta imediatamente pelo Fisco.

Nesses casos, portanto, o devedor se vê na seguinte situação: é sujeito passivo de débito inscrito em dívida ativa, tem interesse em suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas não pode se valer das garantias cujo oferecimento é autorizado pela Lei nº 6.830/1980 – em especial a penhora e a fiança bancária –, simplesmente porque a execução fiscal não se encontra ajuizada.

Diante deste contexto, não se vislumbra outra saída para o devedor senão a propositura de ação cautelar de antecipação de penhora, como se passa a detalhar.

### 3. AÇÃO CAUTELAR DE ANTECIPAÇÃO DE PENHORA

#### 3.1. PROCESSO CAUTELAR EM MATÉRIA TRIBUTÁRIA

O Código de Processo Civil prevê duas formas de cautelaridade: a genérica e a específica. A última corresponde às medidas cautelares nominadas, que são aquelas especificamente previstas pelo legislador, apresentando requisitos igualmente específicos para sua concessão. Já a primeira se refere às medidas cautelares inominadas (ou poder geral de cautela), cabíveis apenas nas situações em que a lei não haja previsto providência cautelar específica, sendo o *periculum in mora* e o *fumus boni iuris* os seus requisitos gerais.

Em ambos os casos, prevalece ausente, em regra, a idéia de medida satisfativa do direito material em discussão, uma vez que a finalidade do processo cautelar não é obter de

imediatamente a tutela jurisdicional afinal almejada, mas garantir que ulterior tutela tenha eficácia. Em regra, portanto, o processo cautelar funciona como instrumento de outro processo.

Desse modo, a discussão não estará centrada no direito material em si, não assumindo a medida cautelar ares de definitividade jurídica. Por isso que se exige apenas o *fumus boni iuris* – e não a certeza do direito – como requisito, não havendo necessidade, nesse momento, de se esgotar a análise do direito material, uma vez que a oportunidade de discuti-lo a fundo surgirá mais adiante.

A exigência do *periculum in mora*, por sua vez, se justifica em razão da necessidade de se apurar a real possibilidade de o simples transcurso do tempo vir a causar prejuízo na realização de tutela futura.

JAMES MARINS assim conceitua a ação cautelar:

“Ação cautelar pode ser definida como a ação judicial de natureza acautelatória, instrumental em relação a um processo principal, tendo por objeto garantir seu resultado útil, ou seja, a efetividade da tutela jurisdicional, obtida através do deferimento da medida cautelar, seja por meio de liminar ou quando da prolação da sentença. De características próprias, o processo cautelar é uma das espécies processuais, ao lado do processo de conhecimento e de execução. Dividem-se em ações cautelares específicas e inominadas”.<sup>19</sup>

As características genéricas das cautelares, contudo, comportam exceções. Há situações, de fato, nas quais a cautelar apresenta-se como medida satisfativa. Ou seja, somente a concessão do pedido almejado na cautelar é capaz de satisfazer o interesse imediato do autor da ação. Entende-se que é o caso, por exemplo, das ações cautelares de antecipação de penhora ajuizadas com o objetivo de se obter certidão positiva com efeitos de negativa.

Em tais ações, ainda que se busque a efetivação de penhora para garantia de futura execução, sem dúvidas o objetivo mais importante, no momento do ajuizamento da ação, é obter a certidão pretendida. E, uma vez deferida a medida, o autor terá a certidão almejada. Desse modo, logo se conclui pela satisfatividade dessa medida.

---

<sup>19</sup> *Direito processual tributário brasileiro*, p. 501.

Esta circunstância peculiar, contudo, não prejudica a caracterização da medida como verdadeira ação cautelar. Com efeito, deverá a cautelar de antecipação de penhora seguir os requisitos específicos das cautelares, assim como alguns requisitos aplicáveis aos processos de conhecimento.

Há quem defenda, contudo, a impossibilidade de apresentação de ação cautelar inominada com o propósito de antecipar penhora que deveria ser efetivada em sede de execução fiscal. Este, entretanto, não é o posicionamento aqui adotado.

Entende-se, de outro modo, que a ação cautelar para antecipação de penhora se trata de instrumento plenamente cabível em vista do direito positivo brasileiro, e que se encontra à disposição do contribuinte prejudicado, ou na iminência de sofrer prejuízo, em razão da inércia da Fazenda Pública em ajuizar execução fiscal correspondente a determinada Certidão de Dívida Ativa.

### 3.2. CABIMENTO

Primeiramente, note-se que a figura da ação cautelar de antecipação de penhora encaixa-se com perfeição dentre as chamadas cautelares inominadas. E ainda que tenha caráter satisfativo, como explanado acima, este fato não lhe retira a natureza de medida verdadeiramente acautelatória. Inclusive, como é sabido, há outras hipóteses de cautelares que também escapam à regra da ausência de satisfatividade.

Dentre os requisitos que devem ser observados nos processos de conhecimento, e que também se aplicam aos cautelares, encontra-se a necessária presença das condições da ação, trazidas pelo artigo 267, inciso VI, do Código do Processo Civil: (i) a possibilidade jurídica; (ii) a legitimidade das partes; e (iii) o interesse processual.

Quanto à possibilidade jurídica do pedido não há o que se questionar. A legitimidade do futuro executado, para promover a cautelar de antecipação de penhora, também não chega a suscitar nenhuma dúvida. E o interesse processual, por fim, é igualmente latente, especialmente em vista da necessidade de obtenção da certidão pretendida. Sob o

ponto de vista das condições da ação, portanto, não há dúvidas a respeito do cabimento da cautelar sob exame.

Tratando-se especificamente sobre os requisitos do *fumus boni iuris e periculum in mora* das cautelares inominadas, logo se observa que também podem ser comprovados no âmbito da cautelar para antecipação de penhora.

O *fumus boni iuris* consiste no direito que o autor possui em se valer de ação própria para antecipar os efeitos da penhora quando, tendo sido o débito supostamente indevido já inscrito em dívida ativa, a Fazenda Pública ainda não ajuizou a correspondente execução fiscal.

Igualmente, há de se notar que o Fisco não pode se valer da necessidade de obtenção de certidão positiva com efeito de negativa para impelir ao pagamento de tributo eventualmente indevido. Por óbvio, a Certidão de Dívida Ativa não deve constituir meio de coação, haja vista que sua função é justamente propiciar o ajuizamento da execução fiscal corresponde com vistas à cobrança do título.

Desse modo, seria importante que o autor demonstrasse documentalmente a inexistência de execução fiscal correspondente ao débito que se entende indevido – através de certidão de distribuição, por exemplo –, como também o motivo que justifica a urgência na obtenção de certidão positiva com efeito de negativa – como o edital de uma concorrência pública, ou exigência da Caixa Econômica Federal condicionando a aprovação de determinada promoção comercial à apresentação da certidão em comento.

Lembre-se, ademais, que o direito à obtenção de certidão positiva com efeito de negativa encontra-se consagrado tanto na Constituição Federal (artigo 5º, inciso XXXIV, alínea “b”), quanto no Código Tributário Nacional (artigo 206).

A respeito do *periculum in mora*, este sem dúvidas também se mostra patente. JAMES MARINS assim se manifesta sobre o assunto:

“Previsto no Código de Processo Civil, em seu art. 798, e tratando-se de matéria tributária, pode [o *periculum in mora*] estar configurado diante de situação em

que o contribuinte está à mercê de autuação fiscal, em razão de não haver recolhido tributo determinado, que entende indevido e pretende discutir em juízo. Outra situação possível está diante da recusa, por parte da autoridade fazendária, em fornecer certidão negativa de débito (CND) sobre tributo questionado em juízo, estando o contribuinte na pendência de apresentar a mesma para poder participar de licitação pública”<sup>20</sup>.

Além disso, não se vislumbra qualquer prejuízo à Fazenda Pública no oferecimento antecipado de caução. Pelo contrário, pois, quando for ajuizada a execução fiscal e houver a necessidade de se garantir o juízo, esta etapa já terá sido cumprida, evitando-se maiores percalços e dificuldades ao próprio órgão fazendário. Sabe-se, por exemplo, que no âmbito dos processos executivos são muitos comuns os casos em que os executados não são encontrados para serem citados ou jamais são localizados bens para garantia e satisfação da dívida. E esse contexto só ajuda a ressaltar a utilidade da medida consistente na antecipação da penhora.

Com efeito, a cautelar de antecipação de caução não apresenta nenhum tipo de incompatibilidade com a execução fiscal que será ajuizada posteriormente ou com nenhuma das medidas efetivas de cobrança que poderão ser tomadas ao longo do processo principal.

Assim, resta demonstrado que, seja do ponto vista processual, seja do ponto de vista material, a cautelar para antecipação de penhora encontra guarida no nosso ordenamento, sendo que seus contornos encaixam-se com perfeição nos moldes especificados em lei para as cautelares, razão pela qual só se pode concluir por seu cabimento.

### 3.3. JUÍZO COMPETENTE

Como já visto anteriormente, as regras gerais referentes ao processo cautelar aplicam-se às cautelares para antecipação de penhora, inclusive a regra do artigo 800 do Código de Processo Civil, que prescreve que “as medidas cautelares serão requeridas ao juiz da causa; e, quando preparatórias, ao juiz competente para conhecer da ação principal”.

---

<sup>20</sup> *Direito processual tributário brasileiro*, p. 503.

Tendo em vista tal dispositivo, portanto, entende-se que a cautelar para antecipação da penhora deve ser proposta perante o juízo em que futuramente será proposta a execução fiscal correspondente.

Uma vez que as medidas de constrição de bens para garantia da execução são tomadas pelo juízo executivo, é também este que deve conhecer da ação cautelar para antecipação de penhora, a fim de se evitar decisões conflitantes e em atenção ao princípio da economia processual. Não faria sentido, assim, que outro juízo que não o executivo julgasse a cautelar, especialmente porque a função desta é justamente antecipar providência que será tomada apenas no âmbito da execução fiscal a ser ajuizada.

JAMES MARINS ressalta, ainda, a necessidade de posterior apensamento dos autos da cautelar à ação principal:

“Podendo ser utilizada de maneira preparatória à ação principal, ou em seu curso, a ação cautelar conserva sua dependência, razão pela qual seus autos são apensados aos autos da ação principal. Daí o foro competente para sua interposição ser o da causa principal”.<sup>21</sup>

O Superior Tribunal de Justiça<sup>22</sup> também já manifestou seu entendimento no sentido de aplicar-se o artigo 800 do Código de Processo Civil à situação em exame.

Note-se, destarte, que a questão da dependência da cautelar em relação à execução fiscal é igualmente patente, e corrobora a necessidade de a cautelar ser ajuizada perante o juízo competente para julgar a futura execução. Este, por sua vez, estará analisando matéria

---

<sup>21</sup> Direito processual tributário brasileiro, p. 501.

<sup>22</sup> “TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA DE DÉBITO FISCAL. REQUISITOS PARA SUA EXPEDIÇÃO.

(...)

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)”.

(REsp 885.075 / PR; Relator Ministro Teori Albino Zavascki; Primeira Turma; DJ 09/04/2007 p. 241 – grifou-se) (ANEXO A).

totalmente vinculada ao processo executivo que será ajuizado mais adiante, não havendo dúvida de que lhe compete a apreciação desta cautelar preparatória.

#### 3.4. POSICIONAMENTO DA JURISPRUDÊNCIA

O entendimento acerca do cabimento da cautelar de antecipação de penhora, atualmente, encontra a acolhida do Superior Tribunal de Justiça e dos Tribunais Regionais Federais.

O posicionamento atual do Superior Tribunal de Justiça foi consagrado por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 815.629/RS<sup>23</sup>, no qual a Primeira Seção daquela Corte, por maioria de votos, decidiu pela possibilidade de ajuizamento de cautelar de antecipação de penhora com vista à expedição de certidão positiva com efeito de negativa.

Inclusive, vale transcrever algumas passagens de significativa relevância do voto vencedor, proferido naquela oportunidade pela Ministra Eliana Calmon:

“Sabe-se que uma empresa sem certidão negativa para com o fisco praticamente tem sua atividade inviabilizada, pois não pode transacionar com os órgãos estatais, firmar empréstimos mesmo com empresas privada ou ainda participar de concorrência pública etc. Fica tal empresa na situação de "devedor remisso" e por maior repúdio que faça a jurisprudência às sanções administrativas impostas ao remisso, não se pode negar que elas existem. A certidão negativa ou mesmo a certidão positiva com efeito negativo é a chave da porta da produtividade da empresa.

(...)

Quero deixar consignado que embora não se possa interpretar o direito tributário sob o ângulo econômico, é impossível que o magistrado não se sensibilize com a situação econômico-financeira das empresas brasileiras que estão a enfrentar uma exorbitante carga tributária, um elevadíssimo custo do dinheiro, provocado

---

<sup>23</sup> EREsp 815.629 / RS; Relatora para Acórdão Ministra Eliana Calmon; Primeira Seção; DJ 06/11/2006 p. 299 (ANEXO B).

pelas altas taxas de juros e um recesso econômico refletido no pouco crescimento do país abaixo da medíocre taxa prevista pelo IPEA.

(...)

Ora, o que muda esta situação da outra que é a da oferta de penhora quando executado? Entendo que é apenas uma questão de tempo, porque nenhuma outra consequência pode ser extraída do depósito de bens em garantia, ofertado pelo contribuinte, antes de ser executado”.

A respeito da certidão negativa de débitos (ou da certidão positiva com efeito de negativa), acredita-se que não há dúvidas sobre sua importância vital para o desenvolvimento das atividades das empresas, sendo essencial sua apresentação em diversas situações, seja ao contratar com o poder público, seja no âmbito privado, ao realizar promoções comerciais que devem ser autorizadas pela Caixa Econômica Federal, por exemplo.

É interessante ressaltar também a visão da Relatora sobre a função social do direito, não fazendo nenhum sentido lógico se pretender apartar totalmente o direito da realidade que ele regula. Nesse contexto, ela asseverou que, ainda que a possibilidade de ajuizamento da cautelar nos moldes analisador ter um lastro economicista latente, não se pode olvidar que a aplicação do direito deve levar em conta, igualmente, a situação econômica vivida pelas empresas atualmente.

A preocupação com a manutenção das empresas, ademais, encontra eco também no direito positivo, como no caso da Lei nº 11.101/2005, a Lei de Recuperação de Empresas, por exemplo, que traz o instituto da Recuperação Judicial, cuja premissa maior é a reestruturação da empresa que se encontra numa situação difícil, mas não irremediável. A Lei destaca, ainda, o importante significado da função social da empresa, ao mesmo tempo em que se preocupa com o crédito. Logo se vê que a importância social da empresa, portanto, permeia a atuação tanto de legisladores quanto de aplicadores do direito, sendo perfeitamente compreensível e mesmo louvável que a Ministra Eliana Calmon tenha seguido por este viés ao proferir sua decisão nos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 815.629/RS.

Finalmente, nota-se que foi destacado também que a penhora antecipada através de ação cautelar não é capaz de trazer qualquer prejuízo à Fazenda Pública, sendo que a única

diferença em efetivar-se a penhora na execução fiscal, ou previamente, via cautelar, é apenas temporal.

Mas o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema nem sempre seguiu este rumo. Até meados de 2006, verificavam-se entendimentos firmes<sup>24</sup> do sentido de não se autorizar o manejo da cautelar para antecipação de caução.

Além disso, tendo em vista que o julgamento que consolidou o direcionamento atual da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça foi vencido por maioria, e não por unanimidade, entende-se que, apesar de a matéria se encontrar resolvida atualmente em favor dos interesses do contribuinte, sempre há possibilidade de o entendimento do Tribunal vir a sofrer alterações. No caso do Ministro José Delgado – voto vencido no EREsp 815.629/RS –, por exemplo, ainda que este venha aplicando o entendimento firmado pela Primeira Seção, ele deixa claro que, pessoalmente, discorda do cabimento da cautelar na situação em comento:

“ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. CAUÇÃO REAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA PENHORA. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTE SODALÍCIO. VIABILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO.

(...)

3. A Primeira Turma de direito público deste Sodalício vinha expressando o entendimento pela impossibilidade de se obter a certidão negativa de débitos com efeitos de positiva por meio do oferecimento de caução pelo contribuinte em sede de ação cautelar. Então, o posicionamento era de não existir fundamento jurídico a ensejar a pretensão de suspensão da exigibilidade de crédito tributário e a conseqüente expedição de CND-EN, já que a caução de bem não pode suspender a exigibilidade do crédito. Contudo, a Primeira Seção, por maioria, em recente julgamento proferido nos EREsp 819629/RS, no dia 11/10/2006, por meio de voto vencedor da Ministra Eliana Calmon, mudou esse entendimento passando a admitir o oferecimento de caução de bem para

---

<sup>24</sup> (i) AgRg no REsp 841.934 / RS; Relator Ministro Francisco Falcão; Primeira Turma do STJ; DJ 05/10/2006 p. 272; (ii) REsp 843.911 / PR; Relator Ministro José Delgado; Primeira Turma do STJ; DJ 05/10/2006 p. 273; (iii) REsp 700.917 / RS; Relator Ministro Teori Albino Zavascki; Primeira Turma do STJ; DJ 19/10/2006 p. 242, dentre outros.

obtenção, pelo contribuinte, de certidão negativa de débitos com efeitos de positiva, nos caso em que ainda não houvesse sido ajuizada a execução fiscal pelo Fisco. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal. (...).<sup>25</sup>

Entretanto, é possível encontrar na jurisprudência argumentos contrários à possibilidade de apresentação de cautelar com vistas à antecipação de caução. No já referido voto vencido do Ministro José Delgado, no âmbito do EREsp 815.629/RS, por exemplo, este consignou que a decisão recorrida atribuiu interpretação extensiva ao artigo 206 do Código Tributário Nacional, deferindo a expedição de certidão sem que estivesse suspensa a exigibilidade do crédito tributário. Nesse contexto, defende-se que caução representada por bem móvel ou imóvel, a título de antecipação de penhora, não se enquadra em qualquer das hipóteses do artigo 151 do Código Tributário Nacional.

Este entendimento, contudo, não encontra a acolhida da jurisprudência majoritária atualmente, como já visto. E, de fato, os argumentos em favor da possibilidade de ajuizamento da cautelar de antecipação de penhora são muito mais numerosos.

O Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência no Recurso Especial nº. 568.209/PR<sup>26</sup>, ressaltou que, ao não se admitir a viabilidade da cautelar em comento, se estaria diante de sua situação esdrúxula: o contribuinte que contra si tivesse ajuizada ação de execução fiscal ostentaria condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda.

Na mesma ocasião, o Tribunal entendeu também que “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” e que “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”.

---

<sup>25</sup> REsp nº 883.459/RS; Relator Ministro José Delgado; Primeira Turma do STJ; DJ 07/05/2007 p. 292 – grifos nossos (ANEXO C).

<sup>26</sup> EREsp 568.209 / PR; Relator Ministro Luiz Fux; 1ª Seção do STJ; DJe 23/06/2008 (ANEXO D).

Resta suficiente claro, destarte, que o Superior Tribunal de Justiça vem decidindo da forma mais acertada em relação ao cabimento da cautelar para antecipação de penhora, sendo inúmeras as razões que justificam a utilização do instituto, que apresenta perfeita consonância com o ordenamento vigente.

### 3.5. POSICIONAMENTO DA DOUTRINA

De modo geral, se observa que não há muita discussão doutrinária a respeito da cautelar de antecipação de penhora, apesar da relevância do assunto. Contudo, é possível encontrar referências a esta matéria mesmo quando ela não é o tema principal de determinado trabalho.

Ao tratar sobre a demora no ajuizamento das execuções fiscais pela Fazenda Pública, por exemplo, RENATO LOPES BECHO constata que um dos efeitos desses ajuizamentos tardios é justamente o aumento das demandas acautelatórias para antecipação de caução, dentre outros:

“(…) temos a firme opinião de que há uma demora injustificada juridicamente no ajuizamento das execuções fiscais federais, ao menos na subseção judiciária de São Paulo/SP. Esse fato tem levado a alterações legislativas, que arranham a Constituição Federal (como a levada a cabo pela Lei Complementar n. 118/2005, a respeito da interrupção do prazo de prescrição), aumentam o redirecionamento de feitos contra os pretensos responsáveis tributários (diante da não-localização da empresa devedora), elevam os gastos do Estado com a condenação em honorários advocatícios e demais ônus de sucumbência e aumentam o número de feitos, pelas apelações à condenação na execução fiscal, proposituras de embargos do devedor por parte do Poder Público e pelo ajuizamento de ações cautelares inominadas, pelos pretensos devedores, para antecipar a ocorrência da penhora de bens”<sup>27</sup>.

PABLO GALAS PEDROSA, por sua vez, trata especificamente sobre a cautelar para antecipação de penhora, mas, diante da jurisprudência já consolidada sobre o assunto, ele deixa de analisar o cabimento da ação sob seu ponto de vista pessoal, e concentra sua análise

---

<sup>27</sup> BECHO, Renato Lopes. *Efeitos do ajuizamento tardio das execuções fiscais*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 170, p. 74 – grifos nossos.

sobre os requisitos que entende obrigatórios para efetivação da penhora por meio de cautelar. Nesse contexto, ele ressalta o seguinte:

“(...) a cautelar de caução como antecipação de penhora acaba por travestir-se num instrumento de violação da ordem de preferência dos bens penhoráveis. Daí que em face do entendimento que se consolidou no STJ, reconhecendo o vínculo de acessoriedade entre a cautelar de caução e à execução fiscal, impõe-se dimensionar seus efeitos no âmbito do processo cautelar”<sup>28</sup>.

O referido autor não deixa clara sua opinião a respeito do instituto em comento, mas, pelos seus comentários, se pode entrever que possui restrições à cautelar para antecipação de penhora. Todavia, diante de sua aceitação pela jurisprudência, só lhe resta definir contornos mais nítidos para este tipo de ação, de forma a evitar eventuais prejuízos ao Poder Público em contrapartida às “facilidades” outorgadas aos contribuintes. Repita-se que este entendimento não está explícito no texto sob exame, mas, de algum modo, se entende que pode ser depreendido da argumentação levada a cabo por PABLO GALAS PEDROSA.

De outro modo, EDUARDO ARRIEIRO ELIAS defende firmemente o manejo de cautelar para antecipação de caução com vistas à obtenção de certidão positiva com efeito de negativa. Dentre os pontos levantados por ele, vale ressaltar a questão da interpretação literal do artigo 206 do Código Tributário Nacional, na qual se baseiam muitos daqueles que condenam a utilização da cautelar em tela:

“Aqueles que insistem na negativa da possibilidade de oferecimento de caução, o fazem com escopo no artigo 111, I, do CTN<sup>29</sup>.

No entanto, nada mais arcaico que fundamentar uma decisão, como fazem alguns magistrados, em uma chamada interpretação literal da lei.

(...)

---

<sup>28</sup> *Ação cautelar de caução para instrumento de antecipação de penhora: efeitos e aplicação da Lei de Execução Fiscal. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 161, p. 73.*

<sup>29</sup> “Art. 111. Interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre:  
I - suspensão ou exclusão do crédito tributário”.

Nunca será possível privilegiar uma interpretação gramatical, em detrimento de normas e princípios consagrados no Texto Magno. Certamente, não se pode desconsiderar o texto legal. No entanto, não há como interpretá-lo de forma separada de todo o ordenamento jurídico que o sustenta”<sup>30</sup>.

De fato, não se pode olvidar que a interpretação sistemática é essencial na verificação da adequação das normas ao direito positivo vigente. Além disso, corresponde ao único método que efetivamente justifica a atividade do aplicador do direito, haja vista que, se a interpretação literal fosse suficiente para esclarecimento da presente questão, bastaria também que o intérprete fosse tão somente alfabetizado, sendo prescindível seu conhecimento científico acerca do direito.

Portanto, no que tange à verificação da adequação da cautelar para antecipação de penhora ao ordenamento vigente, nada mais eficiente do que se aplicar a interpretação sistemática. Note-se, inclusive, os benefícios deste método interpretativo, consoante lição de PAULO DE BARROS CARVALHO:

“(…) não é difícil distribuir os citados métodos de interpretação pelas três plataformas da investigação lingüística. Os métodos literal e lógico estão no plano sintático, enquanto o histórico e o teleológico influem tanto no nível semântico quanto pragmático. O critério sistemático da interpretação envolve os três planos e é, por isso mesmo, exaustivo da linguagem do direito. Isoladamente, só o último (sistemático) tem condições de prevalecer, exatamente porque ante-supõe os anteriores. É, assim, considerado o método por excelência”<sup>31</sup>.

Sob diferentes prismas, portanto, pode ser demonstrado o cabimento da cautelar para antecipação de penhora, bem como a fragilidade dos argumentos que sustentam o posicionamento contrário.

---

<sup>30</sup> *Certidões negativas de débito e medidas cautelares de caução de bens - posição jurisprudencial pacífica*. Disponível em: <[http://www.fiscosoft.com.br/main\\_index.php?home=home\\_artigos&m=\\_&nx\\_=&viewid=134978](http://www.fiscosoft.com.br/main_index.php?home=home_artigos&m=_&nx_=&viewid=134978)>. Acesso em: 25.02.2010.

<sup>31</sup> *Curso de direito tributário*, p. 102.

## CONCLUSÃO

Tendo em vista os pontos levantados neste trabalho, só se pode concluir que a ação cautelar para antecipação de penhora encontra perfeita acolhida no ordenamento brasileiro.

De fato, esta ação se trata de verdadeiro direito do contribuinte, que sem dúvidas pode se valer deste instrumento como forma de evitar uma situação que, às vezes, é até mais prejudicial do que a daquele que está sendo executado.

É amplamente sabido que a certidão negativa de débitos é de apresentação essencial nos mais diversos negócios jurídicos, não devendo ser injustamente negada a sua obtenção àqueles que realmente têm condições de garantir a dívida.

Além disso, entende-se que também é de vital importância o fato de que a ação cautelar para antecipação de penhora não é capaz de resultar em nenhum prejuízo à Fazenda Pública.

Finalmente, tem-se, portanto, que os argumentos de fato e de direito que corroboram o cabimento da cautelar para antecipação de penhora são mais relevantes e significativos do que aqueles argumentos que indicam pela sua impossibilidade.

Espera-se, por tudo isso, que este instrumento continue sendo acolhido pelo Poder Judiciário, e que de fato possa contribuir para a diminuição da morosidade na efetivação de determinados atos administrativos, cuja demora sempre acaba por onerar desnecessariamente o sujeito passivo da obrigação tributária.

## BIBLIOGRAFIA

BECHO, Renato Lopes. *Efeitos do ajuizamento tardio das execuções fiscais*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 170, p. 74.

CARVALHO, Aurora Tomazini de. *Teoria Geral do Direito (O Construtivismo lógico semântico)*. Tese (Doutorado em Filosofia do Direito). Pontifícia Universidade Católica de São Paulo, São Paulo, 2009, p. 214.

CARVALHO, Paulo de Barros. *Direito tributário linguagem e método*, 2ª ed., São Paulo: Noeses, 2008.

\_\_\_\_\_. *Direito tributário: fundamentos jurídicos da incidência*. 7ª ed., São Paulo: Saraiva, 2009.

\_\_\_\_\_. *Curso de direito tributário*, 18ª ed., São Paulo: Saraiva, 2007.

CONRADO, Paulo Cesar. *Processo tributário*, 2ª ed. São Paulo: Quartier Latin, 2007.

\_\_\_\_\_. *Processo tributário analítico*. São Paulo: Dialética, 2005.

ELIAS, Eduardo Arrieiro. *Certidões negativas de débito e medidas cautelares de caução de bens - posição jurisprudencial pacífica*. Disponível em: <[http://www.fiscosoft.com.br/main\\_index.php?home=home\\_artigos&m=\\_&nx\\_=&viewid=134978](http://www.fiscosoft.com.br/main_index.php?home=home_artigos&m=_&nx_=&viewid=134978)>. Acesso em: 25.02.2010.

MARINS, James. *Direito processual tributário brasileiro (administrativo e judicial)*, 3ª ed. São Paulo: Dialética, 2003.

MELO, José Eduardo Doares de. *Curso de direito tributário*, 7ª ed. São Paulo: Dialética, 2007.

PEDROSA, Pablo Galas. *Ação cautelar de caução como instrumento de antecipação de penhora: efeitos e aplicação da Lei de Execução Fiscal*. In: Revista Dialética de Direito Tributário nº 161, p. 70.

SANTI, Eurico Marcos Diniz de (Coord.). *Curso de especialização em direito tributário - estudos analíticos em homenagem a Paulo de Barros Carvalho*. Rio de Janeiro: Forense, 2007.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. *Curso de direito processual civil*, 42ª ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005. v.1.

## ANEXO A

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 885.075 - PR (2006/0128753-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**  
**RECORRENTE** : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
**PROCURADOR** : MOZART LEITE DE OLIVEIRA JUNIOR E OUTROS  
**RECORRIDO** : DÓRIA CONSTRUÇÕES CIVIS LTDA  
**ADVOGADO** : LEONARDO SPERB DE PAOLA E OUTROS

## **EMENTA**

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.

## **ACÓRDÃO**

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Denise Arruda, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília, 20 de março de 2007.

**MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**  
Relator

**RECURSO ESPECIAL Nº 885.075 - PR (2006/0128753-8)**

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
PROCURADOR : MOZART LEITE DE OLIVEIRA JUNIOR E OUTROS  
RECORRIDO : DÓRIA CONSTRUÇÕES CIVIS LTDA  
ADVOGADO : LEONARDO SPERB DE PAOLA E OUTROS

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:**

Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região que, nos autos de ação anulatória de débito fiscal em que foi formulado, incidentalmente, pedido de fornecimento de certidão de regularidade fiscal mediante oferecimento de garantia real, deu provimento ao agravo de instrumento da autora, reformando decisão que indeferira a tutela antecipada, decidindo que a "certidão positiva com efeitos de negativa em favor da agravante somente poderá ser emitida caso inexistam outros débitos impeditivos além dos abrangidos pela demanda originária. Nessa medida, poderá a agravante exercer suas atividades comerciais, com a apresentação da certidão de regularidade fiscal, e terá o INSS a garantia dos débitos com o caucionamento dos bens, sem prejuízo do ajuizamento fiscal" (fl. 165-v).

No recurso especial (fls. 170-181), fundado na alínea *a* do permissivo constitucional, o recorrente aponta ofensa aos arts. 151 e 206 do CTN, ao argumento de que a certidão positiva com efeitos de negativa somente pode ser expedida nas hipóteses em que o crédito estiver garantido por penhora ou estiver com a exigibilidade suspensa, enquanto, no caso, "necessário seria que o recorrido depositasse o montante integral do crédito em discussão a fim de ver suspensa a exigibilidade do crédito tributário" (fl. 177).

Em contra-razões, pugna a recorrida pela integral manutenção do julgado (fls. 185-195).  
É o relatório.

# Superior Tribunal de Justiça

**RECURSO ESPECIAL Nº 885.075 - PR (2006/0128753-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**  
**RECORRENTE** : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS  
**PROCURADOR** : MOZART LEITE DE OLIVEIRA JUNIOR E OUTROS  
**RECORRIDO** : DÓRIA CONSTRUÇÕES CIVIS LTDA  
**ADVOGADO** : LEONARDO SPERB DE PAOLA E OUTROS

## **EMENTA**

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"* (REsp 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).

2. Não se enquadra em qualquer destas situações a oferta de bens em garantia mediante simples petição nos autos de ação anulatória de débito fiscal.

3. Recurso especial a que se dá provimento.

## **VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):**

1. Dispõe o art. 206 do CTN o seguinte:

*"Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior [ou seja, de certidão negativa] a certidão de que conste a existência de crédito não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa"*

Uma nova hipótese de obtenção de certidão negativa com efeito de positiva foi reconhecida pela 1ª Seção, no julgamento do REsp 815629/RS, relatora para acórdão a Min. Eliana Calmon, DJ 06.11.2006. Na oportunidade, por voto de maioria, ficou decidido, conforme expressa a ementa do acórdão, 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*".

Mesmo com base em tal entendimento (que foi adotado por escassa maioria, sem minha adesão pessoal), não há como aplicá-lo à hipótese dos autos. É que a caução aventada no precedente deve ser promovida, conforme referido, mediante o ajuizamento de ação cautelar vinculada à futura ação (principal) de execução fiscal, com a qual, portanto, guarda relação de acessoriedade e de dependência. Ela deve ser ajuizada, conseqüentemente, perante o juízo competente para essa futura execução (CPC, art. 800).

Ora, no caso concreto, não foi isso o que ocorreu. Aqui, a oferta da garantia se deu por simples petição nos autos de ação anulatória de débito (fls. 89/91, que correspondem às fls. 546/548 dos autos originais). A hipótese, portanto, não atende aos requisitos supostos no precedente do Tribunal e nem aos de competência para a causa.

Também não se pode imaginar que a garantia assim oferecida possa se enquadrar na outra das demais previstas no art. 206 do CTN, que é a da suspensão da exigibilidade do crédito tributário. No julgamento do RESP 447.127/RS, o Ministro José Delgado, relator, sintetizou da seguinte forma a orientação do Tribunal a respeito: "*as hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário estão elencadas, de forma taxativa, no art. 151 do CTN, sendo defeso ao intérprete ampliar sua previsibilidade*" (DJ de 09.12.2002). Dicção semelhante colhe-se dos precedentes da 2ª Turma, como, v.g., o RESP 260.713/RS, Min. Eliana Calmon, DJ de 08.04.2002: "*As hipóteses de suspensão da exigibilidade do crédito tributário estão elencadas, numerus clausus, no art. 151 do CTN*". Essa mesma orientação foi confirmada na 1ª Turma, no julgamento do RESP 499.758/SC, relator Min. Luiz Fux, DJ de 19.12.03: "*A suspensão da exigibilidade do crédito tributário vem definida no Código Tributário Nacional, vedando-se ao intérprete alargar as situações previstas no art. 151 em obediência ao princípio da legalidade*".

Nas circunstâncias do caso concreto, portanto, a garantia admissível seria unicamente a do depósito integral e em dinheiro do valor do tributo questionado, nos termos do art. 151, II do CTN. Reforça tal conclusão o art. 38 da Lei de Execuções Fiscais, que exige, para efeito de discussão de débito inscrito em dívida ativa nos autos de ação anulatória, o "*depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos*". No mesmo sentido também o enunciado da Súmula 112/STJ, de seguinte teor: "*O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro*".

3. Diante do exposto, dou provimento ao recurso especial. É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2006/0128753-8

**REsp 885075 / PR**

Números Origem: 200504010481495 200570000137236

PAUTA: 20/03/2007

JULGADO: 20/03/2007

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DEBORAH MACEDO DUPRAT DE BRITTO PEREIRA**

Secretária

Bela. **MARIA DO SOCORRO MELO**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : INSTITUTO NACIONAL DO SEGURO SOCIAL - INSS

PROCURADOR : MOZART LEITE DE OLIVEIRA JUNIOR E OUTROS

RECORRIDO : DÓRIA CONSTRUÇÕES CIVIS LTDA

ADVOGADO : LEONARDO SPERB DE PAOLA E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - Contribuição - Social - Previdenciária - Sobre a folha de salários

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Denise Arruda, Francisco Falcão e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro José Delgado.

Brasília, 20 de março de 2007

**MARIA DO SOCORRO MELO**

Secretária

## ANEXO B

# Superior Tribunal de Justiça

**EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 815.629 - RS  
(2006/0138481-9)**

**RELATORA : MINISTRA ELIANA CALMON**  
**EMBARGANTE : BRASKEM S/A**  
**ADVOGADO : MARCELO REINECKEN DE ARAÚJO E OUTROS**  
**EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL**  
**PROCURADOR : GILBERTO MOREIRA COSTA E OUTROS**

## **EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL – EMBARGOS DE DECLARAÇÃO – ERRO MATERIAL – GARANTIA REAL – DÉBITO VENCIDO MAS NÃO EXECUTADO – PRETENSÃO DE OBTER CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA (ART. 206 DO CTN).

1. Corrige-se evidenciado erro material para fazer constar que o caso examinado pelo aresto ora embargado versa sobre prestação de garantia real na forma de caução.

2. 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).

3. A caução pode ser obtida por medida cautelar e serve como espécie de antecipação de oferta de garantia, visando futura execução.

4. Caução que não suspende a exigibilidade do crédito.

5. Embargos de declaração acolhidos, com a correção do erro material apontado.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça "A Seção, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração, com a correção do erro material apontado, nos termos do voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra Relatora." Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin e José Delgado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2006 (Data do Julgamento)

**MINISTRA ELIANA CALMON**  
Relatora

**EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 815.629 - RS  
(2006/0138481-9)**

EMBARGANTE : BRASKEM S/A  
ADVOGADO : MARCELO REINECKEN DE ARAÚJO E OUTROS  
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL  
PROCURADOR : GILBERTO MOREIRA COSTA E OUTROS

**RELATÓRIO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON:** - Trata-se de embargos de declaração opostos contra acórdão assim ementado:

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.  
(fl. 1.842)

Insurge-se a BRASKEM S/A sustentando erro material no *decisum*, aduzindo que a hipótese dos autos versa sobre prestação de garantia sob a forma de caução.

Nesse sentido, requer a correção de certos pontos do julgado ora embargado, a fim de que reste consignado que o caso ora examinado versa sobre oferecimento de caução.

É o relatório.

# *Superior Tribunal de Justiça*

**EDcl nos EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 815.629 - RS  
(2006/0138481-9)**

**RELATORA** : **MINISTRA ELIANA CALMON**  
**EMBARGANTE** : **BRASKEM S/A**  
**ADVOGADO** : **MARCELO REINECKEN DE ARAÚJO E OUTROS**  
**EMBARGADO** : **FAZENDA NACIONAL**  
**PROCURADOR** : **GILBERTO MOREIRA COSTA E OUTROS**

## **VOTO**

**A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON (RELATORA):** - O que ocorreu, na verdade, foi um equívoco, quando se fez constar depósito no lugar de caução.

Verifica-se que a caução foi, efetivamente, a garantia ofertada pelo embargante com o objetivo de obter a certidão positiva com efeito negativo.

Assim, acolho os embargos, sem efeito modificativo, e, corrigindo o erro material verificado, onde se lê na decisão a expressão depósito, entendida como forma de garantia oferecida pela BRASKEM S/A, leia-se caução.

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2006/0138481-9

**EDcl nos  
EREsp 815629 / RS**

Números Origem: 200471000007648 20047100008756 200501843263 200502120961 200504010454479

PAUTA: 13/12/2006

JULGADO: 13/12/2006

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOSÉ DELGADO**

**Relatora dos EDcl**

Exma. Sra. Ministra **ELIANA CALMON**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **WALLACE DE OLIVEIRA BASTOS**

Secretária

Bela. **Carolina Vêras**

**AUTUAÇÃO**

EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL  
PROCURADOR : GILBERTO MOREIRA COSTA E OUTROS  
EMBARGADO : BRASKEM S/A  
ADVOGADO : HENRY GONÇALVES LUMMERTZ E OUTROS

ASSUNTO: Tributário - Certidão Negativa de Débito - Fiscal

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO**

EMBARGANTE : BRASKEM S/A  
ADVOGADO : MARCELO REINECKEN DE ARAÚJO E OUTROS  
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL  
PROCURADOR : GILBERTO MOREIRA COSTA E OUTROS

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, recebeu os embargos de declaração, com a correção do erro material apontado, nos termos do voto da Sr<sup>a</sup>. Ministra Relatora."

Os Srs. Ministros João Otávio de Noronha, Teori Albino Zavascki, Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin e José Delgado votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Luiz Fux.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília, 13 de dezembro de 2006

Carolina Vêras  
Secretária



## ANEXO C

**RECURSO ESPECIAL Nº 883.459 - RS (2006/0191464-0)**

**RELATOR** : **MINISTRO JOSÉ DELGADO**  
**RECORRENTE** : FAZENDA NACIONAL  
**PROCURADOR** : RICARDO PY GOMES DA SILVEIRA E OUTROS  
**RECORRIDO** : E MAYANS CONSTRUCAO E COM/ LTDA  
**ADVOGADO** : ANDRÉ AMARAL PEREIRA E OUTRO

**EMENTA**

**ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. CAUÇÃO REAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA PENHORA. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTA SODALÍCIO. VIABILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO.**

1. Em exame recurso especial interposto desafiado pela Fazenda Nacional com esteio na alínea "a" da permissão constitucional contra acórdãos assim ementados:

*"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. CAUCIONAMENTO. OBTENÇÃO CPD-EN.*

*A jurisprudência mais atual desta Corte e do STJ vem aceitando a possibilidade de medida cautelar com o caucionamento, ao fundamento de que o contribuinte não pode sofrer prejuízo com a demora da Fazenda Pública em ajuizar executivo fiscal para cobrança dos créditos tributários" (fl. 42).*

*"PROCESSUAL CIVIL EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO.*

*Devem ser providos os embargos declaratórios propostos com o fim exclusivo de prequestionamento, de forma a viabilizar o acesso à Instância Superior." (fl. 49).*

A recorrente sustenta violação dos artigos 535 II, do Código de Processo Civil, 151, II, e 206 do Código Tributário Nacional, sob o pálio da seguinte argumentação: a) violação do artigo 535, II do CPC por o acórdão ter se restringido a enumerar os artigos suscitados pela recorrente nos embargos de declaração apenas para prequestioná-los, sem, contudo, oferecer o necessário debate sobre eles; b) no que se refere ao artigo 151, II do Código Tributário Nacional, a infringência acontece na medida em que, ao ser concedida cautelar para a obtenção de CTN-EN, deferiu-se, indiretamente, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário mediante o oferecimento de simples caução, quando, na verdade, tal só é possível pelo depósito integral e em dinheiro do débito; c) não pode ser concedida CND-EN ao contribuinte que não preenche os requisitos elencados no artigo 206 do Código Tributário Nacional, uma vez que essa certidão seria "...ideologicamente falsa, pois que traduziria inverdade, além de contrariar frontalmente a lei". Não foram ofertadas contra-razões.

2. Embora o acórdão dos embargos declaratórios não sirva para

# *Superior Tribunal de Justiça*

prequestionar o artigo 151, II, "d" do CTN, uma vez que limitou-se a citar os artigos suscitados pela recorrente sem realmente debatê-los, a parte não ficou prejudicada, já que o artigo 206 do Código Tributário Nacional foi prequestionado pelo acórdão da apelação. Não ficando, destarte, caracterizado prejuízo à Fazenda Nacional. Afasta-se, pois, a alegada infringência do artigo 535, II do Código Processual Civil.

**3.** A Primeira Turma de direito público deste Sodalício vinha expressando o entendimento pela impossibilidade de se obter a certidão negativa de débitos com efeitos de positiva por meio do oferecimento de caução pelo contribuinte em sede de ação cautelar. Então, o posicionamento era de não existir fundamento jurídico a ensejar a pretensão de suspensão da exigibilidade de crédito tributário e a conseqüente expedição de CND-EN, já que a caução de bem não pode suspender a exigibilidade do crédito. Contudo, a Primeira Seção, por maioria, em recente julgamento proferido nos EREsp 819629/RS, no dia 11/10/2006, por meio de voto vencedor da Ministra Eliana Calmon, mudou esse entendimento passando a admitir o oferecimento de caução de bem para obtenção, pelo contribuinte, de certidão negativa de débitos com efeitos de positiva, nos caso em que ainda não houvesse sido ajuizada a execução fiscal pelo Fisco. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal.

**4.** Recurso especial não-provido.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, que ressaltou o seu ponto de vista. Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 10 de abril de 2007 (Data do Julgamento)

**MINISTRO JOSÉ DELGADO**

Relator

# Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 883.459 - RS (2006/0191464-0)

## RELATÓRIO

**O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator):** Cuidam os autos de agravo de instrumento cujo julgamento pelo TRF 4ª Região foi assim relatado (fl. 40):

*"Trata-se de agravo de instrumento interposto em face de decisão que, reconhecendo a inexistência de cautelar satisfativa, deixou de receber a petição inicial de ação cautelar onde se buscava a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa mediante o oferecimento de caução real.*

*A parte recorrente alega, em síntese, que a decisão recorrida está em dissonância com a jurisprudência e afirma que inexistente cobrança judicial do débito. Aduz que é possível o ajuizamento de cautelar de caução para que se alcance os efeitos do artigo 206 do CTN. Requer o provimento do agravo do instrumento para, independentemente de emenda à inicial, seja dado prosseguimento a ação cautelar. O pedido de antecipação da tutela recursal foi indeferido (fl. 35).*

*É o relatório"*

O acórdão do julgamento ficou assim ementado (fl. 42):

**"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. CAUCIONAMENTO. OBTENÇÃO CPD-EN.**

*A jurisprudência mais atual desta Corte e do STJ vem aceitando a possibilidade de medida cautelar com o caucionamento, ao fundamento de que o contribuinte não pode sofrer prejuízo com a demora da Fazenda Pública em ajuizar executivo fiscal para cobrança dos créditos tributários".*

A Fazenda Nacional opôs embargos de declaração com o fim de prequestionar os artigos 151, II e 206 do Código Tributário Nacional. Os embargos foram acolhidos conforme a ementa a seguir transcrita (fl. 49):

**"PROCESSUAL CIVIL EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO.**

*Devem ser providos os embargos declaratórios propostos com o fim exclusivo de prequestionamento, de forma a viabilizar o acesso à Instância Superior".*

Inconformada com o desfecho da lide, a Fazenda Nacional interpôs recurso especial pela alínea "a" da permissão constitucional alegando violação dos artigos 535, II do Código de Processo Civil, 151, II e 206 do Código Tributário Nacional os quais preconizam, respectivamente:

# Superior Tribunal de Justiça

"Art. 535. Cabem embargos de declaração quando:

II - for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o juiz ou tribunal."

"Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;"

"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."

As razões recursais sustentam que:

- aponta-se violação do artigo 535, II, do CPC por o acórdão ter-se restringido a enumerar os artigos suscitados pela recorrente nos embargos de declaração apenas para prequestioná-los sem, contudo, oferecer o necessário debate sobre eles;
- no que se refere ao artigo 151, II, do Código Tributário Nacional, a infringência acontece na medida em que, ao ser concedida cautelar para a obtenção de CTN-EN, deferiu-se, indiretamente, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário mediante o oferecimento de simples caução, quando, na verdade, tal só seria possível pelo depósito integral e em dinheiro do débito;
- não pode ser concedida CND-EN ao contribuinte que não preenche os requisitos elencados no artigo 206 do Código Tributário Nacional, uma vez que essa certidão seria *"...ideologicamente falsa, pois que traduziria inverdade, além de contrariar frontalmente a lei"*.

Cita precedentes jurisprudenciais oriundos desta Corte de Justiça favoráveis à sua tese pugnando, por fim, pelo conhecimento e provimento do recurso.

Correu em branco o prazo para contra-razões.

É o relatório.

**RECURSO ESPECIAL Nº 883.459 - RS (2006/0191464-0)**

**EMENTA**

**ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. CAUÇÃO REAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA PENHORA. NOVO ENTENDIMENTO DA PRIMEIRA SEÇÃO DESTESODALÍCIO. VIABILIDADE. RECURSO NÃO-PROVIDO.**

1. Em exame recurso especial interposto desafiado pela Fazenda Nacional com esteio na alínea "a" da permissão constitucional contra acórdãos assim ementados:

*"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO CAUTELAR. CAUCIONAMENTO. OBTENÇÃO CPD-EN.*

*A jurisprudência mais atual desta Corte e do STJ vem aceitando a possibilidade de medida cautelar com o caucionamento, ao fundamento de que o contribuinte não pode sofrer prejuízo com a demora da Fazenda Pública em ajuizar executivo fiscal para cobrança dos créditos tributários" (fl. 42).*

*"PROCESSUAL CIVIL EMBARGOS DECLARATÓRIOS. PREQUESTIONAMENTO.*

*Devem ser providos os embargos declaratórios propostos com o fim exclusivo de prequestionamento, de forma a viabilizar o acesso à Instância Superior." (fl. 49).*

A recorrente sustenta violação dos artigos 535 II, do Código de Processo Civil, 151, II, e 206 do Código Tributário Nacional, sob o pálio da seguinte argumentação: a) violação do artigo 535, II do CPC por o acórdão ter se restringido a enumerar os artigos suscitados pela recorrente nos embargos de declaração apenas para prequestioná-los, sem, contudo, oferecer o necessário debate sobre eles; b) no que se refere ao artigo 151, II do Código Tributário Nacional, a infringência acontece na medida em que, ao ser concedida cautelar para a obtenção de CTN-EN, deferiu-se, indiretamente, a suspensão de exigibilidade do crédito tributário mediante o oferecimento de simples caução, quando, na verdade, tal só é possível pelo depósito integral e em dinheiro do débito; c) não pode ser concedida CND-EN ao contribuinte que não preenche os requisitos elencados no artigo 206 do Código Tributário Nacional, uma vez que essa certidão seria "...ideologicamente falsa, pois que traduziria inverdade, além de contrariar frontalmente a lei". Não foram ofertadas contra-razões.

2. Embora o acórdão dos embargos declaratórios não sirva para prequestionar o artigo 151, II, "d" do CTN, uma vez que limitou-se a citar os artigos suscitados pela recorrente sem realmente debatê-los, a parte não ficou prejudicada, já que o artigo 206 do Código Tributário Nacional foi prequestionado pelo acórdão da apelação. Não ficando, destarte, caracterizado prejuízo à Fazenda Nacional. Afasta-se, pois, a alegada infringência do artigo 535, II do Código Processual Civil.

3. A Primeira Turma de direito público deste Sodalício vinha expressando o entendimento pela impossibilidade de se obter a certidão negativa de débitos com efeitos de positiva por meio do oferecimento de caução pelo contribuinte em sede de ação cautelar. Então, o posicionamento era de não existir fundamento jurídico a ensejar a pretensão de suspensão da exigibilidade de crédito tributário e a conseqüente expedição de CND-EN, já que a caução de bem não pode suspender a exigibilidade do crédito. Contudo, a Primeira Seção, por maioria, em recente julgamento proferido nos EREsp 819629/RS, no dia 11/10/2006, por meio de voto

# Superior Tribunal de Justiça

vencedor da Ministra Eliana Calmon, mudou esse entendimento passando a admitir o oferecimento de caução de bem para obtenção, pelo contribuinte, de certidão negativa de débitos com efeitos de positiva, nos casos em que ainda não houvesse sido ajuizada a execução fiscal pelo Fisco. Adota-se o entendimento firmado pela Seção, com ressalva do ponto de vista pessoal.

4. Recurso especial não-provido.

## VOTO

**O SR. MINISTRO JOSÉ DELGADO (Relator):** Conheço do recurso especial.

Preliminarmente, assinalo que, embora o acórdão dos embargos declaratórios não tenha servido para prequestionar o artigo 151, II, "d" do CTN, uma vez que limitou-se a citar os artigos suscitados pela recorrente sem realmente debatê-los, a parte não ficou prejudicada, já que o artigo 206 do Código Tributário Nacional foi prequestionado pelo acórdão da apelação. Não ficando, destarte, caracterizado prejuízo à Fazenda Nacional, afasto a aludida infringência ao artigo 535, II, do Código de Processo Civil e passo a examinar o mérito.

A Primeira Turma de Direito Público deste Sodalício vinha expressando o entendimento pela impossibilidade de se obter a certidão negativa de débitos com efeitos de positiva por meio do oferecimento de caução pelo contribuinte em sede de ação cautelar. Então, o posicionamento era de não existir fundamento jurídico a ensejar a pretensão de suspensão da exigibilidade de crédito tributário e a conseqüente expedição de CND-EN, já que a caução de bem não pode suspender a exigibilidade do crédito. . Nesse sentido, eis os escólios abaixo alinhados:

*"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*

# *Superior Tribunal de Justiça*

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 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. 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.

6. 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.

7. 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.

8. 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 dos demais credores –, mas os terceiros que, assumindo compromissos na confiança da fé pública que a

# *Superior Tribunal de Justiça*

*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.*

*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.*

*11. Recurso especial provido." (REsp 700917 / RS, Rel. Mi. Teori Zavascki, DJ 19.10.2006)*

*"ADMINISTRATIVO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DECLARATÓRIA. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA. CAUÇÃO. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA PENHORA. INVIABILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 206 DO CTN. PRECEDENTES. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DE DIVERSOS PRECEITOS LEGAIS. SÚMULAS 282/STF E 211/STJ. NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO PELA APONTADA VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC.*

*1. Cuidam os autos de ação declaratória com pedido de tutela antecipada ajuizada por INÁCIO PROCÓPIO NETO contra a FAZENDA NACIONAL objetivando a suspensão da exigibilidade do crédito tributário inscrito em dívida ativa pelo retardamento no ajuizamento de ação de execução fiscal, reconhecendo-se o direito de obter Certidão Positiva de Débitos com Efeitos de Negativa mediante o oferecimento de caução, bem como seja determinada a retirada do seu nome do Cadastro de Inadimplentes (CADIN). Determinada a emenda da inicial por não constar do pedido da tutela antecipada o referente à retirada do nome do autor do CADIN, retificou-se o pedido com a exclusão desta pretensão. A tutela foi indeferida, havendo pedido de reconsideração que não foi atendido. A sentença julgou procedentes os pedidos para acolher como garantia de pagamento do débito fiscal o bem móvel indicado e declarar o direito do autor obter, quando requerido e enquanto o valor de mercado do bem oferecido for superior ao valor do débito consolidado - o que poderá ser aferido periodicamente pela Fazenda Nacional - Certidão Positiva com Efeitos de Negativa, se outro débito não constar em seu desfavor. Apelou a Fazenda, tendo o TRF/4ª Região negado-lhe provimento, mas dado parcial provimento à remessa oficial para afastar a pretensão de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Opostos embargos de declaração, que foram*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*acolhidos parcialmente, para efeito de prequestionamento. Recurso especial fundamentado na alínea "a", de autoria da Fazenda, discutindo a impossibilidade da apresentação de caução que permita a emissão de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa. Externa, ainda, contrariedade ao fato dos embargos de declaração terem sido acolhidos apenas para efeito de prequestionamento, sem, contudo, examinar os dispositivos tidos como omitidos. Para tanto, alega como contrariados os seguintes preceitos infraconstitucionais: arts. 9º e 11 da LEF, e 111, I e 151, II, e 206 do CTN.*

*Sem contra-razões.*

*2. Ausência de prequestionamento dos arts. 9º e 11 da LEF, e 111, I e 151, II do CTN, os quais não foram objeto de debate e deliberação pela Corte de origem. Incidência das Súmulas 282/STF e 211/STJ.*

*3. A mera indicação de violação do teor do art. 535, II, do CPC, desprovida das razões para que seja anulado o acórdão a quo, é insuficiente para se emprestar seguimento ao recurso especial. Há necessidade de que a parte fundamente o seu pedido, discorrendo motivadamente sobre a infringência ao preceito legal federal e aponte o vício existente (omissão, obscuridade ou contradição) a macular o julgado proferido. Não basta a alegação genérica da existência de omissões quanto às teses jurídicas suscitadas nos embargos declaratórios de segundo grau. Não se pode presumir que as alegações defendidas naquela seara ordinária sejam as mesmas desta via especial.*

*4. Comete afronta ao art. 206 do Código Tributário Nacional o decisório que entende ser possível, mediante o ajuizamento de ação declaratória ou ação cautelar, o oferecimento de caução com o objetivo de antecipar a eficácia da penhora em ação executiva, para fins de obtenção de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.*

*5. A expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa tem, como pressuposto para a sua concessão, a existência de débitos que estejam com sua exigibilidade suspensa ou garantidos por uma das formas previstas em lei.*

*6. Precedentes da 1ª Turma desta Corte: REsp 575002/SC, Rel. p/acórdão Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 17/02/2005, REsp 545533/RS, desta Relatoria, DJ de 01/08/2005, REsp 572157/RS, Relª. p/acórdão Minª. Denise Arruda, DJ de 14/11/2005, REsp 716260/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 19/12/2005.*

*7. Recurso especial parcialmente conhecido e provido." ( REsp 843911, Rel. Min. José Delgado, DJ 05.10.2006)*

Contudo, a Primeira Seção, em recente julgamento proferido nos EREsp 819629/RS , no dia 11/10/2006, por meio de voto vencedor da Ministra Eliana Calmon, mudou esse entendimento passando a admitir o oferecimento de caução de bem para obtenção, pelo contribuinte, de certidão negativa de débitos com efeitos de positiva, nos caso em que ainda não houvesse sido ajuizada a execução fiscal pelo Fisco. O voto condutor da ilustre ministra ficou assim consignado:

*"Tenho entendimento sobre o tema no sentido de não me deter em demasia nas regras de processo quando se trata de garantia, como na hipótese dos autos em que*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*a parte, devedora do fisco, não se nega a pagar, mas está precisando com urgência de uma certidão negativa.*

*Sabe-se que uma empresa sem certidão negativa para com o fisco praticamente tem sua atividade inviabilizada, pois não pode transacionar com os órgãos estatais, firmar empréstimos mesmo com empresas privadas ou ainda participar de concorrência pública etc. Fica tal empresa na situação de "devedor remisso" e por maior repúdio que faça a jurisprudência às sanções administrativas impostas ao remisso, não se pode negar que elas existem. A certidão negativa ou mesmo a certidão positiva com efeito negativo é a chave da porta da produtividade da empresa.*

*Na prática, o inadimplente pode assumir duas atitudes: a) paga ou garante o seu débito com o depósito no valor integral, o que lhe rende, na última hipótese, a possibilidade de até suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do artigo 151 do CTN; ou b) aguarda a execução para, só a partir daí, garantindo o juízo com a penhora, defender-se ou mesmo obter a certidão positiva com efeito negativo, nos termos do artigo 206 do CTN.*

*A hipótese dos autos encerra situação peculiar e que merece atenção: está o contribuinte devedor, sem negar que deve, aguardando que o fisco o execute para só a partir daí assumir a atitude de pagar ou discutir, sem pleitear naturalmente a suspensão do crédito tributário já constituído, certamente por não dispor de numerário suficiente para realizar o depósito no montante integral.*

*Quero deixar consignado que embora não se possa interpretar o direito tributário sob o ângulo econômico, é impossível que o magistrado não se sensibilize com a situação econômico-financeira das empresas brasileiras que estão a enfrentar uma exorbitante carga tributária, um elevadíssimo custo do dinheiro, provocado pelas altas taxas de juros e um recesso econômico refletido no pouco crescimento do país abaixo da medíocre taxa prevista pelo IPEA.*

*Voltando à questão, diante do quadro traçado uma empresa que pretende discutir, por exemplo, o montante do seu débito, não negado, o que fazer para dar continuidade às suas atividades, se não pode sequer embargar ?*

*Na hipótese, a empresa utilizou-se de uma cautelar para, por via da tutela de urgência, de logo garantir a execução pelo depósito de bens do seu patrimônio, devidamente avaliado e formalizado para servir de garantia à futura execução ou até mesmo aos futuros embargos. Ora, o que muda esta situação da outra que é a da oferta de penhora quando executado? Entendo que é apenas uma questão de tempo, porque nenhuma outra consequência pode ser extraída do depósito de bens em garantia, ofertado pelo contribuinte, antes de ser executado.*

*O depósito em garantia, requerido como cautelar, longe de ser um absurdo, é perfeitamente factível como veículo de antecipação de uma situação jurídica, penhora, para adredemente obter o contribuinte as consequências do depósito: certidão positiva com efeito negativo, tão-somente, na medida em que está a questão restrita aos limites traçados pelo acórdão que apenas concedeu a segurança para o fim determinado.*

*Com estas considerações, reportando-me aos argumentos constantes do acórdão impugnado, que é da Segunda Turma por mim relatado, voto pelo conhecimento mas improvidamente dos embargos de divergência."*

O referido acórdão ficou assim sumariado:

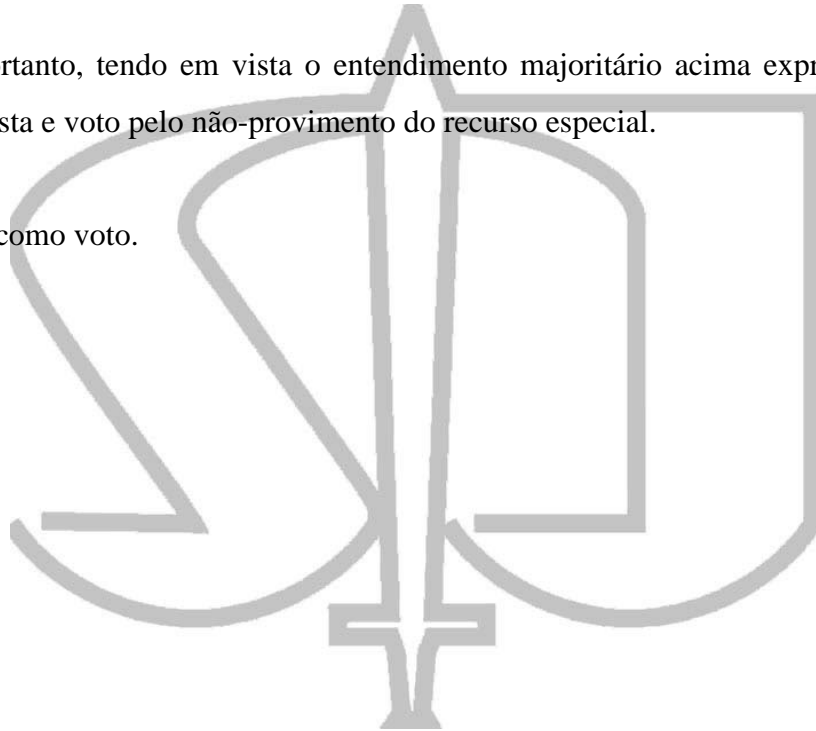
# *Superior Tribunal de Justiça*

*"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 conhecidos mas improvidos. "*

Portanto, tendo em vista o entendimento majoritário acima expresso, ressalvo o meu ponto de vista e voto pelo não-provimento do recurso especial.

É como voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2006/0191464-0

**REsp 883459 / RS**

Números Origem: 200572060020366 200604000007276

PAUTA: 10/04/2007

JULGADO: 10/04/2007

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **JOSÉ DELGADO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS**

Secretário

Bel. **RUBENS CESAR GONÇALVES RIOS**

**AUTUAÇÃO**

RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL  
PROCURADOR : RICARDO PY GOMES DA SILVEIRA E OUTROS  
RECORRIDO : E MAYANS CONSTRUCAO E COM/ LTDA  
ADVOGADO : ANDRÉ AMARAL PEREIRA E OUTRO

ASSUNTO: Execução Fiscal - Dívida Ativa - Certidão

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, que ressaltou o seu ponto de vista.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Denise Arruda votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 10 de abril de 2007

**RUBENS CESAR GONÇALVES RIOS**  
Secretário

## ANEXO D

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 568.209 - PR (2005/0197587-5)**

**RELATOR** : **MINISTRO LUIZ FUX**  
**EMBARGANTE** : **FAZENDA NACIONAL**  
**PROCURADOR** : **ALEXANDRE MOREIRA TAVARES DOS SANTOS E OUTRO(S)**  
**EMBARGADO** : **ARAUCÁRIA TRANSPORTE COLETIVO LTDA**  
**ADVOGADO** : **GERSON VANZIN MOURA DA SILVA E OUTRO(S)**

**EMENTA**

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

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 do STJ: **REsp 574.107/PR**, DJ 07.05.2007; **REsp 940.447/PR**, DJ 06.09.2007; e **REsp 779.121/SC**, DJ 07.05.2007).

2. O artigo 206, do CTN, dispõe 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.

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 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.

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

# *Superior Tribunal de Justiça*

certidão.

7. Embargos de divergência desprovidos.

## **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, conhecer dos embargos, mas lhes negar provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), José Delgado e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília (DF), 14 de maio de 2008(Data do Julgamento)

**MINISTRO LUIZ FUX**  
Relator



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 568.209 - PR (2005/0197587-5)**

**RELATÓRIO**

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Trata-se de embargos de divergência opostos pela FAZENDA NACIONAL contra acórdão proferido pela Segunda Turma, no âmbito de recurso especial, da relatoria do e. Ministro Castro Meira, cuja ementa restou assim vazada:

*"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO. ART. 206 DO CTN. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE.*

*1. Mesmo antes do ajuizamento da execução fiscal, é lícito ao contribuinte oferecer caução no valor do débito inscrito em dívida ativa com o objetivo de, antecipando a penhora que garantiria o processo de execução, obter certidão positiva com efeitos de negativa. Precedentes.*

*2. Entendimento diverso levaria à distorção inaceitável: o contribuinte que contra si já tivesse ajuizada execução fiscal, garantida por penhora, faria jus à certidão positiva com efeitos de negativa; já quando o Fisco ainda não houvesse proposto a execução, embora igualmente solvente, o contribuinte não teria direito à certidão.*

*3. Recurso especial improvido."*

Sustenta a embargante a existência de divergência jurisprudencial entre o *decisum* ora atacado e o Recurso Especial 575.002/SC, proferido pela Primeira Turma, da relatoria do e. Ministro Francisco Falcão, em que se sagrou vencedora a tese adotada pelo e. Ministro Teori Albino Zavascki, *verbis*:

*"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*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*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 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 dos 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*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*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." (REsp 575002/SC, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, Rel. p/ Acórdão Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 17.02.2005, DJ 26.09.2005)*

Sustenta a embargante que, da comparação analítica entre os arestos confrontados, evidencia-se o dissídio jurisprudencial, haja vista que, enquanto o acórdão embargado, da Segunda Turma, entendeu que, é possível o oferecimento de caução, em sede de cautelar, para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário e o conseqüente

# *Superior Tribunal de Justiça*

fornecimento de certidão positiva de débito com efeito de negativa, o acórdão paradigma concluiu por sua inviabilidade.

Apresentada impugnação aos embargos de divergência, na qual se aponta superada a divergência jurisprudencial apontada, ante a superveniência de julgado da Primeira Seção, que adota tese que corrobora o entendimento perfilhado pelo acórdão embargado, consoante se depreende da leitura de sua ementa:

*"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. ARTS. 206 E 151 DO CTN. CAUÇÃO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE.*

*1. A Seção de Direito Público do STJ firmou o entendimento de ser 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 de negativa. Arts. 206 e 151 do Código Tributário Nacional (EREsp n. 815.629/RS, relatora p/ o acórdão Ministra Eliana Calmon, DJ de 6.11.2006). Ressalva de entendimento pessoal do relator em sentido diverso.*

*2. Embargos de divergência acolhidos." (EREsp 574107/PR, Rel. Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 28.03.2007, DJ 07.05.2007)*

É o relatório.

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 568.209 - PR (2005/0197587-5)**

**EMENTA**

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

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 do STJ: **EREsp 574.107/PR**, DJ 07.05.2007; **REsp 940.447/PR**, DJ 06.09.2007; e **EREsp 779.121/SC**, DJ 07.05.2007).

2. O artigo 206, do CTN, dispõe 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.

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 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.

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. Embargos de divergência desprovidos.

**VOTO**

**O EXMO. SR. MINISTRO LUIZ FUX (Relator):** Com efeito, a questão *sub*

# Superior Tribunal de Justiça

*judice* cinge-se à possibilidade de oferecimento de caução, cujo respectivo executivo fiscal ainda não fora ajuizado, visando à obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa.

Não assiste razão à Fazenda Nacional, uma vez que a Seção de Direito Público do STJ firmou o entendimento de ser 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 de negativa, como se infere dos seguintes arestos, assim ementados:

*"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. ARTS. 206 E 151 DO CTN. CAUÇÃO. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE.*

*1. A Seção de Direito Público do STJ firmou o entendimento de ser 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 de negativa. Arts. 206 e 151 do Código Tributário Nacional (REsp n. 815.629/RS, relatora p/ o acórdão Ministra Eliana Calmon, DJ de 6.11.2006). Ressalva de entendimento pessoal do relator em sentido diverso.*

*2. Embargos de divergência acolhidos." (EREsp 574107/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA, DJ 07.05.2007)*

*"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO CAUTELAR. CERTIDÃO DE REGULARIDADE FISCAL. ANTECIPAÇÃO DOS EFEITOS DA PENHORA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTE DA PRIMEIRA SEÇÃO. ERESP 815629/RS. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535, II, DO CPC. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA CONFIGURADA.*

*1. Recurso especial interposto pelo Instituto Nacional do Seguro Social em face de acórdão proferido pelo TRF da 4ª Região segundo o qual: a) a jurisprudência dominante admite o caucionamento intentado com o propósito de antecipar o efeito da penhora, possibilitando a expedição da certidão de regularidade fiscal, nos termos do art. 206 do CTN; b) correta a fixação dos honorários advocatícios fixados em R\$ 5.000,00 (cinco mil reais), a teor do que disciplina o art. 20, § 4º, do CPC, considerando a sucumbência mínima da empresa autora. Em suas razões, o INSS alega que: a) há entendimento desta Corte no sentido de que é impossível o oferecimento de caução para fins de expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, por não se enquadrar dentre as hipóteses de suspensão do crédito tributário prevista no Código Tributário Nacional; b) o Tribunal de origem deixou de apreciar expressamente a matéria dos artigos 111, I, do CTN, 9º, § 4º, 38, da LEF e 21 do CPC, pelo que deve ser anulado por violação do art. 535, II, do CPC; c) é patente que a empresa autora não decaiu de parte mínima do pedido, mas sim de parte expressiva, logo a verba honorária deve ser*

# Superior Tribunal de Justiça

*fixada de forma proporcional ao decaimento dos litigantes.*

2. *Se não houve omissão no acórdão a ser suprida pelo recurso integrativo é inoportuna a alegação de ofensa do art. 535, II, do CPC.*

3. *A Primeira Seção, quando do julgamento dos EREsp 815629/RS, desta Relatoria, Rel. p/acórdão Min. Eliana Calmon, DJ de 11/10/2006, uniformizou o entendimento acerca da matéria no âmbito das Primeira e Segunda Turmas ao decidir que é possível a obtenção de certidão positiva com efeitos de negativa de débitos (art. 206 do CTN) mediante o ajuizamento de ação cautelar de caução.*

4. *Sucumbência mínima configurada. Levando-se em conta que o provimento judicial foi pela expedição da certidão pretendida, desde que: "atendidas as condicionantes estabelecidas no presente decism, ou seja, deverá a autora complementar a carta fiança no equivalente a 16,03% do débito consolidado em agosto de 2005, ficando garantida a expedição da Certidão Positiva com efeitos de Negativa apenas durante o prazo de validade do documento e desde que outro débito não conste em seu desfavor" (fl. 140).*

5. *Recurso especial não-provido." (REsp 940447/PR, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ 06.09.2007)*

**"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO CAUTELAR. CAUÇÃO. ART. 206 DO CTN. CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITO DE NEGATIVA. POSSIBILIDADE.**

1. *É lícito ao contribuinte oferecer, antes do ajuizamento da execução fiscal, caução no valor do débito inscrito em dívida ativa com o objetivo de, antecipando a penhora que garantiria o processo de execução, obter certidão positiva com efeitos de negativa. Precedentes.*

2. *Entendimento diverso do perfilhado pelo Tribunal de origem levaria à distorção inaceitável: o contribuinte que contra si já tivesse ajuizada execução fiscal, garantida por penhora, teria direito à certidão positiva com efeitos de negativa; já quanto àquele que, embora igualmente solvente, o Fisco ainda não houvesse proposto a execução, o direito à indigitada certidão seria negado.*

3. *Embargos de divergência providos." (EREsp 779121/SC, Relator Ministro CASTRO MEIRA, DJ 07.05.2007)*

Dispõe o 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".*

Do dispositivo legal acima transcrito, vê-se que a garantia do crédito, em suma, é a essência da norma, regramento jurídico de direito material que permite a expedição da almejada Certidão Positiva com Efeito Negativo.

# Superior Tribunal de Justiça

Para tanto, antecipa-se a empresa autora, oferecendo, mediante ação, com caráter cautelar, garantia prévia à eventual execução fiscal, ainda não ajuizada pela Fazenda Nacional. Deste modo, suspender-se-ia a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, V do CTN, com redação dada pela LC nº 104/2001.

De acordo com os referidos arts. 151 e 206 do CTN, em interpretação combinada, conclui-se não haver, em tese, qualquer óbice para que o contribuinte, antes de iniciada a ação executiva fiscal, apresente garantia por via cautelar, orientação firmada neste STJ.

Vale ressaltar que essa antecipação da garantia não se constitui propriamente em penhora, que é instituto essencialmente de natureza processual, inexistente se ainda não há processo de execução. Reveste-se, na verdade, das características de garantia prestada por quem pretende oferecê-la na forma da lei processual.

Independentemente dessa diferenciação conceitual, à luz da *ratio essendi* do artigo 206 do CTN, sobressai importante que haja uma garantia idônea ao cumprimento da obrigação, que autorize a expedição de certidão positiva com efeito negativo, sendo indiferente seja essa garantia prestada na execução, em via administrativa ou de outra forma.

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.

*Mutatis mutandis*, o mecanismo assemelha-se ao previsto no art. 570 do CPC por força de que 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.

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.

*Last, but not least*, o devedor do Fisco, assim como o executado formalmente tem o direito de, na execução, oferecer bens à penhora, bem como direito aos efeitos daí decorrentes, contidos no art. 206 do CTN, mas a demora no ajuizamento da execução pode causar grandes prejuízos à parte caucionante. Ora, se é verdadeiro princípio geral de direito que 'a todo direito corresponde uma ação, que o assegura' (art. 75 do Código Civil), daí advém a conclusão de que a demora ou inércia do Fisco não pode impedir a autora de garantir

# *Superior Tribunal de Justiça*

o débito que virá a ser executado através de caução preparatória de penhora, de modo a favorecer-se do disposto no art. 206 do CTN. A ação cautelar de caução, que em verdade é tutela satisfativa, consoante assenta Calamandrei na sua introdução ao estudo sistemático dos "*procedimenti d'urgenza*", mostra-se adequada à tutela de tal direito (pretensão), seja na forma do art. 826 e seguintes do CPC, seja com base no Poder Geral de Cautela (entre outros, art. 798 do CPC).

Acrescenta-se que o poder geral de segurança do juiz, ou o denominado poder geral de cautela tem sido admitidos no âmbito Tributário. Nesse sentido:

*"Veja-se que, nas questões de direito comum, a Jurisprudência dos Tribunais tem dado à tutela cautelar inespecífica a abrangência necessária à salvaguarda dos interesses em conflito, não se limitando, nessa atuação, ao eventual mérito da lide-matriz:*

*"Os arts. 798 e 799 do CPC conferem ao Juiz poder cautelar geral, via do qual fica autorizado a ordenar as medidas provisórias que julgar adequadas para evitar dano à parte." (TFR, AG 52.070-PI., Rel. Min. Torreão Braz, DJU 10.09.87).*

*"Para preservar ou tutelar o interesse em risco de lesão, se permite ao Juiz valorar, mediante o exame superficial, a cautelar deduzida, substanciada no *fumus boni juris* e no *periculum in mora*, nada impedindo, para tanto, ser incerta ou controvertida a relação jurídica existente entre as partes, bastando ser possível dirimi-la no processo principal" (TJPR, AG 376/87, Rel. Des. José Meger, Paraná Judiciário, 25, p. 32).*

*O mestre Pinto Ferreira também admite o emprego da tutela cautelar em matéria tributária, frisando que as causas da suspensão da exigibilidade do crédito tributário, referidas no art. 151 do Código, são meramente enunciativas e não taxativas, e não constituem *numerus clausus*, arrematando nestes termos a sua exposição:*

*"Assim, se o lançamento é ilegal ou precluso o mandado de segurança, é possível a medida cautelar inominada decorrente do poder geral de cautela, como medida preventiva da ação de nulidade." (Medidas Cautelares, Forense, 1990, p. 210)."*

*(Suspensão da Exigibilidade de Tributo através de Tutela Judicial Cautelar, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 42, março-1999, p. 95-107).*

# *Superior Tribunal de Justiça*

"Neste contexto, à luz do preceito de hermenêutica contido no art. 5º da LICC - o juiz atenderá aos fins sociais e às exigências do bem comum -, aliado ao poder geral de cautela disposto no art. 798 do CPC, que é albergado no princípio da prestação jurisdicional útil, constitucionalmente previsto, a aparente vedação de concessão de liminar em ação cautelar inominada para a suspensão da exigibilidade do crédito, é superada.

(...)

Como realça Hugo de Brito Machado, tanto o elemento finalístico ou teleológico, como o elemento sistemático, levam a conclusão de ser cabível a medida liminar em ação cautelar destinada a suspender a exigibilidade.

Consigna o professor pernambucano:

"Pelo elemento teleológico, tem-se que a finalidade dos provimentos cautelares é garantir a utilidade das decisões judiciais. Sem a possibilidade de acautelamento dos direitos, o perecimento destes torna inútil a decisão proferida no processo de conhecimento.

Pelo elemento sistemático, tem-se que as normas do art. 151, incisos II e IV, não devem ser interpretadas isoladamente, mas no contexto do ordenamento jurídico em que estão encartadas, no qual se destaca, como Lei Maior, a Constituição Federal.

O poder geral de cautela, conferido ao Juiz, tem matriz na constituição, na norma segundo a qual a lei não excluirá da apreciação do judiciário lesão ou ameaça a direito. A garantia de prestação jurisdicional há de ser entendida como garantia de prestação jurisdicional útil, e a cautelar tem por fim garantir a utilidade da prestação jurisdicional" ("A Ação Cautelar e a Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário", *Repertório IOB de Jurisprudência*, 2ª quinzena de janeiro de 1996, nº 2/96, p. 44).

Para aqueles que têm no art. 151, IV do CTN, uma restrição ao poder cautelar do juiz, "ter-se-á de considerar dita norma, que não tem natureza de lei complementar por não ser uma norma geral de direito tributário, revogada pelo Código de Processo Civil" (Machado, Hugo de Brito, *ob. cit.*, p. cit.).

Afinal, o Código Tributário Nacional, na medida em que não cuide de matéria reservada constitucionalmente à lei complementar, não pode ser recebido como tal, mas como simples lei ordinária federal.

Nas palavras de Célio de Freitas Batalha: "a lei 5.172, de 25.10.66, embora chamada de Código Tributário Nacional, não

# *Superior Tribunal de Justiça*

*tem, no seu todo, natureza jurídica de lei complementar, só podendo ser recebida, com tal conceito, na medida em que se demonstre estar a matéria, por ela veiculada, reservada, pela Constituição Federal, para ser tratada por via de lei complementar" (Lei Complementar em Matéria Tributária, Revista de Direito Tributário, nº 49, julho-setembro/89, p. 129).*

*(...)*

*Não se pode olvidar, por fim, da advertência de Hugo de Brito Machado, que "uma discriminação contra o contribuinte, excluindo deste o direito à proteção cautelar, seria contrária à Constituição, também por afronta ao princípio da isonomia, inclusive em sua manifestação específica albergada pelo inciso XLI, do art. 5º, segundo o qual a lei punirá qualquer discriminação atentatória dos direitos e liberdades fundamentais".(Machado, op. cit., p. cit.)*

*Adotando-se uma interpretação que conduza à compatibilidade das disposições do art. 151, do CTN, e do art. 798, do CPC, com a Constituição e os seus princípios, aparenta-se perfeitamente possível a liminar em ação cautelar, vir suspender a exigibilidade do crédito tributário.*

*Até porque "nenhum princípio constitucional supera o dos direitos e garantias individuais. E, como garantia dos direitos individuais não, há outra maior do que o da proteção judicial". (Min. Carlos Mário Velloso, em voto no Agravo de Instrumento nº 42.023 – Ceará – 3ª Turma do TFR (Revista de Direito Tributário ano 10, ed. RT, São Paulo, janeiro/março/86, vol. 35, p. 203)."*

*(A Suspensão da Exigibilidade do Crédito Tributário e a Ação Cautelar, Revista Dialética de Direito Tributário, nº 38, novembro-1998, p. 25-29).*

Com essas considerações, NEGO PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

**ERTIDÃO DE JULGAMENTO  
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2005/0197587-5

**EREsp 568209 / PR**

Números Origem: 200270000109860 200301318174

PAUTA: 14/05/2008

JULGADO: 14/05/2008

**Relator**

Exmo. Sr. Ministro **LUIZ FUX**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. **Carolina Vêras**

**AUTUAÇÃO**

EMBARGANTE : FAZENDA NACIONAL  
PROCURADOR : ALEXANDRE MOREIRA TAVARES DOS SANTOS E OUTRO(S)  
EMBARGADO : ARAUCÁRIA TRANSPORTE COLETIVO LTDA  
ADVOGADO : GERSON VANZIN MOURA DA SILVA E OUTRO(S)

ASSUNTO: Tributário - Certidão Negativa de Débito - Fiscal

**CERTIDÃO**

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Seção, por unanimidade, conheceu dos embargos, mas lhes negou provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Denise Arruda, Humberto Martins, Herman Benjamin, Carlos Fernando Mathias (Juiz convocado do TRF 1ª Região), José Delgado e Eliana Calmon votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki.

Brasília, 14 de maio de 2008

Carolina Vêras  
Secretária