

RECURSO ESPECIAL Nº 1.156.668 - DF (2009/0175394-1)

RELATOR : **MINISTRO LUIZ FUX**
RECORRENTE : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL
RECORRIDO : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADO : MARCUS VINICIUS SOUZA MAMEDE E OUTRO(S)

VOTO-VISTA

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA: TELEMAR NORTE LESTE S/A, ora recorrida, ajuizou ação ordinária anulatória de autos de infração lavrados contra ela pelo não-recolhimento da contribuição ao PIS, da COFINS, da CSLL e do IRPJ.

Incidentalmente, propôs ação cautelar para garantir a expedição de certidão de regularidade fiscal e a exclusão do seu nome do CADIN por meio do oferecimento de caução consistente em fiança bancária emitida pelo Banco Votorantim S/A.

A liminar foi concedida, determinando-se a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, "mediante apresentação de fiança bancária não inferior ao valor do débito discutido mais 30% (trinta por cento), nos termos do § 2º, do art. 656, do CPC, a qual deverá ter validade durante todo o tempo que perdurar a ação judicial, sob pena de restauração da exigibilidade dos créditos tributários".

Essa decisão foi impugnada por agravo de instrumento, em que a Fazenda Nacional deduziu os seguintes pedidos:

- (a) antecipação da tutela, para suspender os efeitos da decisão agravada;
- (b) anulação, ou subsidiariamente, a reforma da decisão agravada, recebendo-se a apelação interposta nos autos originários unicamente em seu efeito devolutivo;
- (c) alternativamente, a expressa manifestação acerca dos temas que delineiam a matéria, de sorte a propiciar seu acesso ao STJ e ao STF em eventuais recursos endereçados a essas Cortes (e-STJ fl. 25)

A Sétima Turma do TRF da 1ª Região, por unanimidade de votos, negou provimento ao recurso, por concluir que "a carta de fiança bancária é uma das hipóteses de suspensão da exigibilidade de crédito tributário, pela equivalência legalmente presumida entre ela e o depósito em dinheiro (art. 9º, § 3º, da Lei 6.830/80)". (e-STJ fl. 1397)

Os embargos de declaração opostos na sequência foram rejeitados, com aplicação de multa de 1% sobre o valor atualizado da causa, dada a natureza supostamente protelatória do expediente. (e-STJ fls. 1413-1415)

A União interpôs recurso especial, fundado nas alíneas "a" e "c", do inciso III, do art. 105 da CF/88, no qual aponta, além de dissídio jurisprudencial, a violação dos seguintes dispositivos:

- (a) art. 535, II, do CPC, por negativa de prestação jurisdicional;

Superior Tribunal de Justiça

(b) art. 538, parágrafo único, do CPC, pois defende que os embargos não eram protelatórios, devendo ser afastada a multa aplicada, nos termos da Súmula 98/STJ;

(c) arts. 111, 151, 204 e 206, do CTN, na medida em que a fiança bancária não se insere como uma das causas de suspensão de exigibilidade do crédito tributário, sendo indevida, portanto, a expedição de certidão de regularidade fiscal e a retirada do nome da recorrida do CADIN; e

(d) arts. 3º, 9º, 11 e 38, da Lei 6.830/80, já que a prestação de caução encontra-se prevista na Lei 6.830/80 somente como garantia da execução fiscal, não sendo cabível em ação cautelar preparatória de ação anulatória de débito fiscal.

Em contrarrazões, a recorrida afirma que, com a cautelar de fiança, pretende antecipar a garantia da execução vindoura, assegurando a expedição de certidão de regularidade fiscal e a retirada do seu nome dos cadastros de inadimplentes. Assevera que já houve o ajuizamento da execução fiscal e que a caução prestada é suficiente a sua garantia.

O processo foi admitido como representativo de controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008, para examinar "a questão referente à possibilidade ou não de substituição do depósito integral do montante da exação por fiança bancária, sob o enfoque do art. 151 do CTN e do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte". (e-STJ fl. 1428)

O eminente Relator Ministro Luiz Fux deu provimento em parte ao recurso, afastando a alegada violação do art. 535, II, do CPC, mas acolhendo a pretensão da recorrente quanto ao afastamento da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, bem como relativamente ao mérito.

Em seu voto, fez a distinção entre duas situações, a seu ver, absolutamente distintas, *verbis*:

Deveras, a matéria não é nova nesta Corte Superior, devendo-se destacar duas situações absolutamente distintas: a) pretensão de expedição da certidão positiva do débito, com efeito de negativa, mediante a prestação de caução, em medida cautelar, anteriormente ao ajuizamento da execução fiscal; b) pretensão de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, do CTN.

Quanto à primeira situação, a Seção de Direito Público do STJ, sob o regime insculpido no art. 543-C, do CPC, 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, em aresto cuja ementa restou assim vazada:

.....
Com efeito, o entendimento é diverso no tocante à possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, cujas hipóteses encontram-se taxativamente elencadas no art. 151, do CTN, que deve ser interpretado literalmente:

.....
Destarte, a prestação de caução, mediante o oferecimento de fiança bancária, ainda que no montante integral do valor devido, não se encontra encartada nas hipóteses elencadas no art. 151 do CTN, não ostentando o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário, mas apenas de garantir o débito exequendo, em equiparação ou antecipação à

Superior Tribunal de Justiça

penhora, com o escopo precípua de obter a expedição de Certidão Positiva com Efeitos de Negativa.

Deveras, somente o depósito em dinheiro do montante integral do débito exequendo tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, não se incluindo nesse conceito a fiança bancária. Sobre o tema foi editado o Enunciado Sumular 112 desta Corte, *in verbis*: "O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

.....
In casu, o Tribunal *a quo* concedeu liminar, para suspender a exigibilidade do crédito tributário e para determinar a expedição de certidão positiva com efeitos de negativa, ao entendimento de que o art. 9º, § 3º, da Lei 6.830/80 não estabelecerá qualquer distinção entre o depósito em dinheiro e a fiança bancária - que detém total liquidez, certeza e exigibilidade - para garantir o crédito tributário. Por isso, merece reforma o acórdão recorrido.

A nobre Ministra Eliana Calmon inaugurou a divergência para negar provimento ao recurso, por concluir que fiança bancária equivale a dinheiro. Assim, "no momento em que exigir a Fazenda o pagamento, imediatamente esse dinheiro é colocado à sua disposição. Daí por que a liquidez e certeza da fiança bancária faz com que ela seja idêntica ao depósito em dinheiro".

Pedi vista para melhor examinar a matéria.

Como já expus inicialmente, estamos a analisar agravo de instrumento interposto nos autos de ação cautelar incidental de que se valeu a recorrida para atender a uma necessidade imediata, qual seja, a obtenção de uma certidão de regularidade fiscal.

O Juízo de primeiro grau deferiu a liminar, asseverando que "é direito da parte garantir a futura execução de modo a obter certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, nos termos do art. 206 do CTN". (e-STJ fl. 1244)

Para melhor compreensão do que ficou decidido, transcrevo, na íntegra, a decisão objeto do agravo de instrumento da Fazenda Nacional, ora recorrente:

Não cabe rediscutir no âmbito do processo cautelar as razões de mérito que fundamentaram a negativa de concessão da tutela antecipada na ação principal. Sem embargo, ***é direito da parte garantir a futura execução de modo a obter a certidão positiva de débitos com efeitos de negativa, nos termos do art. 206 do CTN.***

O Superior Tribunal de Justiça, por meio da 1ª Seção, nos autos do EREsp 815.629/RS (Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 06/11/2006), pacificou o entendimento de 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 de negativo (art. 206 CTN)."*** No entanto, como bem salientado nesse mesmo aresto, ***"o depósito pode ser obtido por medida cautelar e serve como espécie de antecipação de oferta de garantia, visando futura execução. Depósito que não suspende a exigibilidade do crédito"***.

Assim, embora a caução oferecida não seja bastante para suspender a exigibilidade do crédito, podendo a Fazenda executá-lo normalmente, tal caução servirá como antecipação da garantia dessa futura execução.

Ante o exposto, defiro a garantia do juízo de forma antecipada, relativamente ao crédito tributário objeto dos Processos Administrativos 15374.002156/00-73 e 15374.002155/00-19, até final decisão de mérito da AO 2007.34.00.036175-5, mediante apresentação de fiança bancária em valor não inferior ao do débito ora discutido mais 30%

Superior Tribunal de Justiça

(trinta por cento), nos termos do § 2º do art. 656 do CPC, a qual deverá ter validade durante todo o tempo em que perdurar a ação judicial, sob pena de restauração da exigibilidade dos créditos tributários. (e-STJ fls. 1244-1245)

Essa decisão foi atacada por agravo de instrumento da Fazenda Nacional, ao qual se negou provimento nos termos da ementa já anteriormente transcrita.

A controvérsia inicial – como se nota do *decisum* concessivo da liminar em primeira instância – girava em torno da viabilidade de garantir-se a execução de forma antecipada por meio de cautelar de fiança para obter-se certidão de regularidade fiscal.

A discussão, com a devida vênia, foi desvirtuada pela Corte regional no julgamento do agravo. O acórdão recorrido manteve a decisão agravada, que concedera a liminar, por fundamento diverso, especificamente o de que a fiança equivale a dinheiro e, portanto, tem aptidão para suspender a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, II, do CTN e, conseqüentemente, para garantir a expedição da certidão de regularidade fiscal requerida.

O eminente Min. Luiz Fux, tomando por base o julgamento realizado no TRF da 1ª Região, submeteu o recurso ao rito do art. 543-C do CPC para examinar "a questão referente à possibilidade ou não de substituição do depósito integral do montante da exação por fiança bancária, sob o enfoque do art. 151 do CTN e do Enunciado Sumular n. 112 desta Corte". (e-STJ fl. 1428)

Sua Excelência afirmou, **com absoluta correção**, que somente o depósito em dinheiro do montante integral do débito exequendo tem o condão de suspender a exigibilidade do crédito tributário, não se incluindo nesse conceito a fiança bancária, nos termos da Súmula 112/STJ, *verbis*: "o depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

Nada tenho a opor às **teses jurídicas** adotadas no voto do eminente Relator, já que embasadas em sólidos precedentes desta Corte, os quais levaram, inclusive, à edição da Súmula 112/STJ.

Todavia, no que se refere especificamente à **situação de fato** subjacente ao recurso em exame sinaliza no sentido de adotar-se orientação já consagrada nesta Corte no julgamento do REsp 1.123.669/RS, também submetido ao rito do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008, *verbis*:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART. 543-C, DO CPC. AÇÃO CAUTELAR PARA ASSEGURAR A EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO POSITIVA COM EFEITOS DE NEGATIVA.

POSSIBILIDADE. INSUFICIÊNCIA DA CAUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O contribuinte pode, após o vencimento da sua obrigação e antes da execução, garantir o juízo de forma antecipada, para o fim de obter certidão positiva com efeito de negativa. (Precedentes: EDcl no AgRg no REsp 1057365/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 02/09/2009; EDcl nos EREsp 710.153/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 23/09/2009, DJe 01/10/2009; REsp 1075360/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/06/2009, DJe 23/06/2009; AgRg no REsp 898.412/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado

Superior Tribunal de Justiça

em 18/12/2008, DJe 13/02/2009; REsp 870.566/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/12/2008, DJe 11/02/2009; REsp 746.789/BA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2008, DJe 24/11/2008; EREsp 574107/PR, Relator Ministro JOÃO OTÁVIO DE NORONHA DJ 07.05.2007)

2. Dispõe o artigo 206 do CTN que: "tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de créditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa." A caução oferecida pelo contribuinte, antes da propositura da execução fiscal é equiparável à penhora antecipada e viabiliza a certidão pretendida, desde que prestada em valor suficiente à garantia do juízo.

3. É viável a antecipação dos efeitos que seriam obtidos com a penhora no executivo fiscal, através de caução de eficácia semelhante. A percorrer-se entendimento diverso, o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco não se voltou judicialmente ainda.

4. Deveras, não pode ser imputado ao contribuinte solvente, isto é, aquele em condições de oferecer bens suficientes à garantia da dívida, prejuízo pela demora do Fisco em ajuizar a execução fiscal para a cobrança do débito tributário. Raciocínio inverso implicaria em que o contribuinte que contra si tenha ajuizada ação de execução fiscal ostenta condição mais favorável do que aquele contra o qual o Fisco ainda não se voltou judicialmente.

5. *Mutatis mutandis* o mecanismo assemelha-se ao previsto no revogado art. 570 do CPC, por força do qual era lícito ao devedor iniciar a execução. Isso porque as obrigações, como vínculos pessoais, nasceram para serem extintas pelo cumprimento, diferentemente dos direitos reais que visam à perpetuação da situação jurídica nele edificadas.

6. Outrossim, instigada a Fazenda pela caução oferecida, pode ela iniciar a execução, convertendo-se a garantia prestada por iniciativa do contribuinte na famigerada penhora que autoriza a expedição da certidão.

(...)

10. Recurso Especial parcialmente conhecido e, nesta parte, desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1.123.669/RS, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01.02.2010)

Como já se afirmou, o debate dos temas teve como cenário uma ação cautelar de fiança ajuizada para garantir, de forma antecipada, execução fiscal vindoura, assegurando-se ao requerente certidão de regularidade fiscal, além da suspensão de seu nome dos cadastros de inadimplentes.

Com efeito, o suporte fático em que se assenta o feito é equivalente ao que embasou o aresto julgado sob o rito dos repetitivos.

Desta feita, ainda que o acórdão recorrido tenha desfocado a controvérsia exposta à apreciação judicial, reportando-se à exigência do depósito em dinheiro no montante integral do débito exequendo, tema que obteve lúcida análise do Relator, ancorado na melhor doutrina e em precedentes de ambas as turmas desta Seção, por outro lado, a TELEMAR NORTE LESTE, ora recorrida, não pode ser penalizada, até porque o agravo da Fazenda foi desprovido, ausente, portanto, reforma na decisão que concedeu liminar à empresa.

Assim, o fato de a discussão ter tomado outro rumo quando o Tribunal de origem apreciou o agravo de instrumento, não há razão para afastar-se a aplicação do precedente, examinado sob as luzes do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n.º 08/2008.

Superior Tribunal de Justiça

Entendo, portanto, que o recurso não comporta provimento quanto ao mérito, prejudicada a alegação de infringência ao art. 535, II, do CPC.

A pretensão da recorrente somente logra êxito quanto ao afastamento da multa do art. 538, parágrafo único, do CPC, nos termos da Súmula 98/STJ.

Assim posta a questão, pedindo vênias ao relator, dou provimento em parte ao recurso especial, tão somente para excluir a multa de que trata o art. 538, parágrafo único, do CPC.

É como voto.

