

DIREITO TRIBUTÁRIO: UM CASO CONCRETO

Alexandre Barros Castro¹

EMENTA²

AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO INDEFERINDO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - PEDIDO DE TUTELA ANTECIPADA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - OFERECIMENTO DE FIANÇA BANCÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - A FIANÇA NÃO TEM O CONDÃO DE SUBSTITUIR O DEPÓSITO INTEGRAL DO DÉBITO - NÃO PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS PARA DEFERIMENTO DA TUTELA ANTECIPADA RECURSAL - DESNECESSIDADE DE, NESTE MOMENTO PROCESSUAL, ENFRENTAR TODOS OS PONTOS LEVANTADOS NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANUTENÇÃO DO INDEFERIMENTO DO EFEITO ATIVO AO RECURSO - AGRAVO REGIMENTAL CONHECIDO E IMPROVIDO - DECISÃO UNÂNIME. - O Magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, ainda mais se tratando de liminar, de cognição sumária, posto que as demais proposições, trazidas pelas partes, serão objeto de análise quando do julgamento definitivo do Agravo de Instrumento.³

¹ Mestre e Doutor em Direito Tributário pela PUC/SP. Especialista em Direito Processual Civil pela PUC/SP. Autor de diversas obras jurídicas. Advogado militante.

² Tribunal de Justiça do Estado de Sergipe ACÓRDÃO: 20129560 AGRAVO REGIMENTAL (C. Cível) 0412/2012; PROCESSO: 2012210454

JUIZ(A) CONVOCADO(A): IOLANDA SANTOS GUIMARÃES
AGRAVANTE IREP SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR, MÉDIO E FUNDAMENTAL LTDA
Advogado(a): CARLOS ROBERTO SIQUEIRA CASTRO

AGRAVADO MUNICÍPIO DE ARACAJU; PROC. MUNICÍPIO GEILZA LUTTIGARDS DIAS

³ ACÓRDÃO - Vistos, relatados, examinados e discutidos os presentes autos, decidem os membros que compõem o Grupo II, da 1ª Câmara Cível, por unanimidade de votos, conhecer do Agravo Regimental para negar-lhe provimento, em conformidade com o relatório e voto constantes dos autos, integrantes deste julgado. Aracaju/SE, 02 de Julho de 2012. IOLANDA SANTOS GUIMARÃES JUIZ(A) CONVOCADO(A)

RELATÓRIO: Trata-se de AGRAVO REGIMENTAL manejado pela IREP SOCIEDADE DE ENSINO SUPERIOR, MÉDIO E FUNDAMENTAL LTDA em face da Decisão Monocrática proferida nos autos dos Embargos de Declaração n.º 1691/2012 ofertados contra a decisão que indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal formulado nos autos do Agravo de Instrumento n.º 1054/2012 interposto em face do ora agravado MUNICÍPIO DE ARACAJU. Foi negado provimento aos Embargos de Declaração, cuja decisão monocrática recebeu a seguinte ementa: "EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AGRAVO DE INSTRUMENTO - DECISÃO SINGULAR DO RELATOR, INDEFERINDO O PEDIDO DE ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL - OMISSÃO E CONTRADIÇÃO - INOCORRÊNCIA - DESNECESSIDADE DE, NESTE MOMENTO PROCESSUAL, ENFRENTAR TODOS OS PONTOS

LEVANTADOS NA INICIAL - ALEGAÇÕES NÃO CONDIZENTES COM AS HIPÓTESES LEGAIS DO ART. 535 DO CPC - INEXISTÊNCIA DOS VÍCIOS APONTADOS - MERO INCONFORMISMO DA EMBARGANTE - PREQUESTIONAMENTO - EFEITOS INFRINGENTES - IMPOSSIBILIDADE - EMBARGOS DE DECLARAÇÃO CONHECIDOS E IMPROVIDOS - DECISÃO MONOCRÁTICA DO RELATOR. 1. Os Embargos de Declaração são utilizados com o escopo de corrigir eventual obscuridade, contradição ou omissão existentes na decisão recorrida, não sendo o meio adequado para se tentar obter a reforma da decisão; 2. Não se admite Embargos de Declaração, para fins de prequestionamento, quando ausente qualquer dos requisitos do art. 535 do CPC; 3. O Magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão, ainda mais se tratando de liminar, de cognição sumária, posto que as demais proposições, trazidas pelas partes, serão objeto de análise quando do julgamento definitivo do recurso." Em suas razões (fls. 2061/2081), a agravante alega que a sua pretensão, em juízo de cognição sumária, é tão somente a suspensão da exigibilidade do crédito enquanto perdurar a ação, como única forma de resguardar o direito do contribuinte, do que não pode o Poder Judiciário subterfugar, sob pena de afronta direta ao art. 5º, XXXV, da CF/88. Aduz que a fiança bancária ofertada teve o único intuito de reforçar a sua boa fé que, antecipando-se à cobrança do Município de Aracaju em sede de execução fiscal, moveu o Judiciário para debater espontaneamente o crédito contra si constituído, e ainda não executado. Enfatiza que estão presentes os requisitos autorizadores ao deferimento da medida judicial assecuratória, posto que única capaz de evitar que sua atividade empresarial seja obstada pela ausência de certidão de regularidade fiscal e que ocorra a expropriação de seus bens. Discorre acerca da mesma fundamentação trazida no Agravo de Instrumento e nos Embargos de Declaração quanto à imunidade tributária, decadência e cobrança de ISS retroativamente. Por fim, pugna pela reforma da decisão em juízo prévio de retratação e, alternativamente, o provimento do presente recurso, para que seja deferida a antecipação da tutela recursal suspendendo a exigibilidade do crédito tributário. Em boa síntese, é o relatório.

VOTO

Juíza Convocada IOLANDA SANTOS GUIMARÃES (Relatora):

O recurso é tempestivo e merece ser conhecido. Todavia, não deve ser provido, uma vez que não vejo razão para alterar o entendimento exposto na decisão ora agravada.

Não obstante o empenho da agravante, a sua insatisfação não merece prosperar, posto que comungo da mesma posição externada pelo eminente Des. Cláudio Dinart Déda Chagas nos decisórios de fls. 1981/1985 e 2047/2052.

Trata-se de Ação Anulatória de Débito Fiscal, na qual o douto Juízo de 1º grau indeferiu o pedido de antecipação de tutela formulado pela agravante, que objetivava a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Para tanto, ofereceu como garantia a fiança bancária no valor total da obrigação tributária, acrescida de mais 30%, conforme previsão do art. 656, § 2º, do CPC.

Observo que o indeferimento do pedido de tutela antecipada na Ação Anulatória de Débito Fiscal se deu em razão de que a prova produzida não convenceu o Magistrado "a quo" da verossimilhança dos fatos alegados, notadamente a ilegalidade ou irregularidade da conduta fiscal, haja vista que a questão exige maior apuração dos fatos com dilação probatória.

Da mesma maneira, no âmbito deste agravo, entendo que a fumaça do bom direito, exigida para antecipar a pretensão recursal, não foi demonstrada pela agravante, principalmente diante do que dispõe o art. 151, II, do Código Tributário Nacional, art. 38, da Lei n.º 6.830/80 e a Súmula 112 do Superior Tribunal de Justiça, a seguir transcritos:

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

(...)II - o depósito do seu montante integral;

Art. 38 da Lei n.º 6.830/80:

A discussão judicial da Dívida Ativa da Fazenda Pública só é admissível em execução, na forma desta Lei, salvo as hipóteses de mandado de segurança, ação de repetição do indébito ou ação anulatória do ato declarativo da dívida, esta precedida do depósito preparatório do valor do débito, monetariamente corrigido e acrescido dos juros e multa de mora e demais encargos.;

Súmula n. 112/STJ: O depósito somente suspende a exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro.

De acordo com o disposto no art. 273 do Código de Processo Civil, são requisitos para antecipação de tutela: prova inequívoca de verossimilhança das alegações, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Para que a tutela antecipada, na forma pretendida, seja deferida é necessário mais que uma simples alegação de possibilidade de dano ou aparência do bom direito. O requerente deve fundamentar suas razões e provar os eventos que caracterizaram a verossimilhança do fato e a aparente possibilidade de lesão. No caso dos autos, não vislumbro a verossimilhança alegada.

Principalmente porque a sustação da exigibilidade de crédito tributário somente pode ocorrer nos casos delineados no Código Tributário Nacional, que tem status de Lei Complementar.

Essa limitação observa o princípio da legalidade que, no Direito Tributário, assume a configuração de reserva absoluta e representa óbice às interpretações extensiva e analógica (art. 111 do CTN).

Logo, a garantia apta à suspensão prevista no mencionado art. 151 é o depósito em dinheiro do montante integral do crédito tributário, que não se confunde com a fiança nem por ela é substituído, posto que pressupõe a viabilidade de sua imediata conversão em renda da Fazenda Pública, caso o pedido seja julgado improcedente.

A oferta de fiança não corresponde a uma das situações previstas no art. 151 do CTN para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, esse é o entendimento do STJ, in verbis:

TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO - DEPÓSITO EM DINHEIRO - SUBSTITUIÇÃO POR FIANÇA BANCÁRIA - IMPOSSIBILIDADE - SÚMULA 112/STJ - POSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO SOMENTE EM EXECUÇÃO FISCAL.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário só ocorre mediante o depósito em dinheiro do montante integral devido, conforme o disposto no art. 151, II, do CTN, em que não consta a possibilidade de suspensão por meio de fiança bancária.

2. Aplicação da Súmula 112/STJ: "O depósito somente suspende e exigibilidade do crédito tributário se for integral e em dinheiro".

3. O procedimento previsto no art. 15, I, da Lei n. 6.830/80 não se aplica em sede de ação anulatória de débito fiscal.

4. A agravante não trouxe argumento novo capaz de infirmar os fundamentos que alicerçaram a decisão agravada.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1157794/MT, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/03/2010, DJe 24/03/2010).

Da mesma forma, não tem procedência a tentativa da agravante de fundamentar sua pretensão no § 2º do art. 656 do Código de Processo Civil, eis que o referido artigo delimita com clareza seu âmbito de aplicabilidade, qual seja, à "garantia de execução", sobre o tema também já se pronunciou a Superior Corte de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. IMPOSSIBILIDADE DE SUBSTITUIÇÃO DO DEPÓSITO EM DINHEIRO POR SEGURO GARANTIA JUDICIAL, EM AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL.

1. A Primeira Seção, ao julgar o REsp 945.037/AM, decidiu pela impossibilidade de movimentação dos depósitos judiciais de tributos antes do trânsito em julgado do processo a que se encontram vinculados (DJe de 3.8.2009).

2. O seguro garantia judicial, assim como a fiança bancária, não é equiparável ao depósito em dinheiro para fins de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante a taxatividade do art. 151 do CTN e o teor da Súmula 112/STJ. Nesse sentido: REsp 1.156.668/DF, 1ª Seção, Rel. Min. Luiz Fux, DJe de 10.12.2010, submetido ao regime do art. 543-C do CPC.

3. Como bem observou o juiz da primeira instância, revela-se inaplicável, in casu (para suspender a própria exigibilidade do crédito tributário), o disposto no § 2º do art. 656 do CPC, invocado para arrimar a pretensão de substituição do depósito em dinheiro por seguro garantia judicial, porquanto não se trata de simples requerimento de substituição de penhora nos autos de lide executiva, mas sim de pedido formulado em ação anulatória de débito fiscal. Pelo mesmo motivo de não se tratar de processo de execução, é inaplicável ao caso o art. 620 do CPC.

4. Recurso especial não provido.

I - SITUAÇÃO PROPOSTA PARA ANÁLISE (BREVE RELATO)

O acórdão trazido à baila traz questão de grande relevância na seara processual exacional, especificamente no que diz respeito à suspensão da exigibilidade da obrigação tributária, requerida no trâmite de ação anulatória de débito fiscal, ante a prestação de fiança bancária, meio não previsto dentre as hipóteses elencadas no artigo 151, II da Lei nº 5.172, de 23 de outubro de 1966. Em sede de agravo de instrumento, houve decisão singular do relator, indeferindo o pedido de **antecipação da tutela recursal** por entender que a fiança a que alhures aludimos não se presta ao fim de suspender a referida exigibilidade creditícia, exatamente ante à falta de previsão legal.

Dentre os vários institutos que analisamos neste módulo, a ementa em análise aborda o agravo de instrumento, o agravo regimental, os embargos de declaração e a antecipação de tutela recursal. Ante a delimitação que se impõe, entendi por bem optar

(REsp 1260192/ES, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/12/2011, DJe 09/12/2011). (grifo nosso).

Desse modo, diante da ausência de outros elementos, não há como antecipar a pretensão recursal.

Por outro lado, é importante consignar que não restou demonstrado o risco de dano para a agravante, necessário à concessão do efeito ativo pretendido, já que não há notícia do ajuizamento da execução fiscal, nem tampouco de bloqueio de numerário, a agravante fala apenas em iminência, é o que se extrai do trecho abaixo (fl. 26):

Dessa maneira, o periculum in mora consiste, justamente, na iminência que se encontra de ver contra si ajuizada uma execução fiscal com possível bloqueio judicial, sem que o crédito tributário de ISS seja ao menos devido.

Não obstante esse argumento convém frisar que eventual inscrição na dívida ativa e ajuizamento do processo executivo fiscal é uma faculdade do credor, garantida constitucionalmente, que não pode ser mitigada.

Por fim, registro que a questão somente será resolvida de maneira exauriente no momento do julgamento do Agravo de Instrumento n.º 1054/2012 pelo órgão colegiado.

Os pontos abordados na decisão agravada foram os necessários para o deslinde da questão em sede de liminar, de cognição sumária, sendo que as demais proposições serão objeto de análise em momento oportuno, ou seja, quando do julgamento final do Agravo de Instrumento.

Sendo assim, não apresentando a parte agravante, nas razões recursais do Agravo Regimental em exame, argumentos aptos a ilidir a decisão monocrática recorrida, remanescem absolutamente incólumes os fundamentos que a sustentaram.

Diante do exposto, reafirmo, portanto, as decisões monocráticas de fls. 1981/1985 e 2047/2052 e NEGO PROVIMENTO ao presente Agravo Regimental.

É como voto.

Aracaju, 02 de Julho de 2012.

Juíza Convocada IOLANDA SANTOS GUIMARÃES

Relatora

Aracaju/SE, 02 de Julho de 2012.

IOLANDA SANTOS GUIMARÃES

JUIZ CONVOCADO

pela análise em particular, da antecipação da tutela recursal, tema que abordamos na aula do dia 5 de outubro, pp. ministrada pelo Prof. Dr. William Santos Ferreira.

II- ANTECIPAÇÃO DA TUTELA RECURSAL

Com a reforma processual, Lei nº 8.952 de 13 de dezembro de 1994, o artigo 273 do Código de Processo Civil foi alterado, permitindo-se que preenchidos todos os requisitos estabelecidos naquele dispositivo legal, a antecipação dos efeitos da sentença de mérito em qualquer processo.

Segundo Teori Albino Zavaski⁴, o legislador acautelou-se a fim de evitar controvérsias com que de há muito o Direito pátrio se debatia, mormente no que se referia à antecipação da tutela seu alcance e a sua reversibilidade, notadamente quando o Estado era parte. Assim, agora o legislador em sua reforma teve o cuidado de trazer disciplinamento novo, diverso do que se impunha, por exemplo, às cautelares, possibilitando a reversibilidade da decisão que antecipava os efeitos da tutela pretendida. As antigas discussões doutrinárias acerca das principais diferenças advindas das cautelares e das antecipações de tutela deixaram de existir, restando claras as diferenças entre ambas: o caráter satisfativo da tutela na primeira, e o assecuratório do direito na segunda.

No campo tributário, por certo, é perfeitamente possível a antecipação da tutela⁵, notadamente nas ações em que o objeto seja a busca da tutela jurisdicional que declare nulo o crédito tributário. Corrobora nosso pensar, Dejalma Andreino Nogueira Júnior, que assim explicita seu magistério: “...possíveis como objetos da antecipação de tutela a nulidade da constituição do crédito tributário, o direito à compensação de valores

⁴ ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª edição, São Paulo: Editora Saraiva, 2009.

⁵ Tivemos a oportunidade de assim exarar nosso pensamento em obra de nossa lavra em coautoria: “...reveste-se apenas de antecipação de sua tutela, diante do maior risco que poderia advir sem aquela preliminar prestação jurisdicional, qual seja, o de suspender, até decisão final, a exigibilidade do crédito tributário, ou ao menos até que revogue a tutela”. In Castro, Alexandre Barros e Souza, Luis Henrique Neris de. *Código Tributário Nacional Comentado*. Saraiva: São Paulo, 2010, p. 276.

antecipados no regime de substituição tributária progressiva (art. 150 § 7º da Constituição Federal) e a declaração de inexistência de relações jurídico-tributárias”⁶

Em verdade na seara instrumental impositiva mesmo antes da reforma processual civil de 1994, já se concedia a tutela antecipatória, fosse em sede de ações cautelares, ou em sede de mandados de segurança impetrados para suspender a exigibilidade de tributo tido por inconstitucional. Diante de tal panorama, inúmeras foram as decisões que passaram a deferir a antecipação de tutela para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário. O argumento utilizado para a concessão de tal medida, haja vista que não fazia parte do rol do art. 151 do Código Tributário Nacional⁷, era que, por ter a mesma natureza jurídica das demais tutelas de urgência, e não havendo nenhum óbice para a sua concessão, seria- perfeitamente cabível a concessão de tutela antecipada com aquele fim. Neste sentido, segue o julgamento do Recurso Especial nº 260085, da lavra da Ministra Eliana Calmon:

“PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO - SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE (ART.151 DO CTN) - TUTELA ANTECIPADA (ART. 273 DO CPC).1. A tutela antecipada pode ser aplicada contra o poder público, quando presentes os pressupostos para a sua outorga. 2. Se a tutela antecipada do art. 273 do CPC tem natureza jurídica idêntica a de liminares previstas em ações especiais, não se tem dificuldade em inseri-la, por extensão, ao elenco do art. 151 do CTN. 3. Interpretação

⁶ NOGUEIRA JUNIOR, Dejalma Andreilino. *A Tutela Antecipatória contra a Fazenda Pública no Processo Tributário*, in *Direito Tributário: Direito Processual Administrativo e Judicial*. Martins, Ives Gandra; Brito Edvaldo (organizadores), São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2011. Entende o autor que desde que não haja nenhum impedimento previsto no CPC, é possível a concessão de antecipação de tutela prevista nos arts. 273 e 461 § 3º contra a Fazenda Pública, desde que presentes os requisitos para a sua concessão. Ou seja, desde que haja prova inequívoca ou que seja relevante o fundamento da demanda, que haja verossimilhança da alegação, fundado receio de dano ou risco de ineficácia do provimento final, atos procrastinatórios da Fazenda e não haja perigo de irreversibilidade da decisão, a antecipação de tutela pode ser deferida.

⁷ Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - **a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial; (Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)**

VI - o parcelamento. **(Incluído pela Lcp nº 104, de 10.1.2001)**

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

sistemática compatível com a índole do direito público. 4. Recurso especial não conhecido.”⁸

Com a alteração levada a efeito pela Lei Complementar nº 104, de 10 de janeiro de 2001 e a consequente inserção do inciso V no artigo 151 do Código Tributário Nacional, não mais restou qualquer dúvida acerca da possibilidade da eficácia da tutela antecipada como espécie de suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Se por um lado a questão parecia sanada, noutra vertente, muitos Magistrados passaram a exigir o depósito do montante integral, previsto no inciso II do referido artigo 151 do CTN, para a concessão da tutela antecipada, muito embora não haja qualquer disposição legal nesse sentido. Tal entendimento passou a ser frequente nos tribunais, ante o não convencimento por parte de alguns julgadores acerca da verossimilhança do direito do autor.⁹ Além do acórdão sobre o qual nos debruçamos neste exercício, podemos, trazer à colação, dentre outros:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO. ARGUMENTOS QUE NÃO INFIRMAM OS FUNDAMENTOS DECISÓRIOS. Não tendo as razões de agravo infirmado os fundamentos decisórios merece mantida, na íntegra, a decisão agravada, sintetizada na ementa a seguir transcrita: "PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ANTECIPAÇÃO DA TUTELA. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO DE ICMS. ARTIGO 151, II, III E V, CTN. PEDIDO PRINCIPAL VISANDO À COMPENSAÇÃO DE CRÉDITO DO ESTADO COM PRECATÓRIO OBJETO DE CESSÃO DEVIDO PELO IPERGS. IMPOSSIBILIDADE. EMENDA CONSTITUCIONAL Nº 62/09. DECRETO ESTADUAL Nº 47.063/10. DEPÓSITO

⁸ Recurso Especial nº 260085/RS, Recurso Especial, Superior Tribunal de Justiça, 2º Turma, Ministra Eliana Calmon, 8 abril de 2002

⁹ Como cediço o art. 273, do Código de Processo Civil, preceitua que, para a concessão da antecipação de tutela, há a necessidade de demonstração de prova inequívoca dos fatos para o convencimento do julgador da verossimilhança do direito alegado, acrescida do fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação.

Cândido Rangel Dinamarco traz interessante lição a respeito: "Ficam ao critério discricionário do juiz, que ele exercerá prudente e motivadamente em cada caso, a outorga da tutela antecipada total ou parcial..." acrescenta, ainda, que "A exigência de prova inequívoca significa que a mera aparência não basta e que a verossimilhança exigida é mais do que o *fumus boni juris* exigido para a cautelar" In *A Reforma do Código de Processo Civil*, 1ª ed. São Paulo. Ed. Malheiros, 1995, p. 141 e 143.

DO MONTANTE INTEGRAL DO CRÉDITO. NECESSIDADE DE QUE SEJA EM DINHEIRO. PEDIDO ADMINISTRATIVO E DECISÃO DEFINITIVA. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA. ARTIGO 273, CAPUT, CPC. É firme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, assim como deste Tribunal, quanto à inadmissibilidade da compensação de crédito do Estado com precatório objeto de cessão devido pelo IPERGS, quer pela inexistência de lei estadual que a tanto autorize, como exige o artigo 170, CTN, quer pela ausência de créditos e débitos recíprocos. Aliás, com a vigência da EC nº 62/09, tendo o Estado do Rio Grande do Sul adotado o regime do artigo 97, § 1º, I, ADCT, os precatórios somente terão poder liberatório se e quando deixar de ser procedido o respectivo depósito, a par de se definir a possibilidade de abatimento compensatório em relação à entidade devedora (art. 100, § 9º, CF/88). Quanto à suspensão da exigibilidade do crédito tributário, forte no artigo 151, II e III, CTN, o depósito do montante integral deve ser em dinheiro e o pedido administrativo deve estar pendente de julgamento, respectivamente, contexto diante do qual resta afastada a verossimilhança das alegações, inviabilizando, pois, a concessão da tutela antecipada pleiteada, assim como raciocínio em termos do disposto no artigo 151, V, CTN." ¹⁰

Feitas tais colocações, há ainda que recordar ante o acórdão em análise que, a concessão da antecipação dos efeitos da tutela contido no instituto processual elencado no artigo 273 do Código de Processo Civil não pode ater-se única e tão somente ao primeiro grau de jurisdição. Claro está que se constatando a existência dos pressupostos para concessão da medida, prova inequívoca e verossimilhança das alegações, bem como o receio de dano irreparável ou de difícil reparação, abuso de direito de defesa ou ainda o manifesto objetivo protelatório do réu, torna-se perfeitamente aplicável o instituto da antecipação dos efeitos da tutela também nas instâncias superiores, quando do manejo dos recursos.

Nesse esteio, o artigo 527 do Código de Processo Civil¹¹ cuida dos poderes do relator no agravo de instrumento. Especificamente no inciso III pode o relator atribuir

¹⁰ Agravo Nº 70045137767, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Armínio José Abreu Lima da Rosa, 28 de setembro de 2011

¹¹ Art. 527 – Recebido o agravo de instrumento no tribunal, e distribuído incontinenti, o relator:

efeito suspensivo ao recurso (art. 558) ou deferir em antecipação de tutela a pretensão recursal, no todo ou em parte. Em ambos os casos, o relator emitirá um provimento monocrático sob a forma liminar. A antecipação da tutela recursal objetiva adiantar, no todo ou em parte, a pretensão formulada no agravo, como por exemplo, não pagar integral ou parcialmente uma obrigação tributária, ou atender inteiramente ou de forma apenas parcial ao cumprimento de um dever instrumental.¹²

III – COMENTÁRIOS FINAIS

No acórdão em análise, entendemos que não andou bem o relator, seja por exigir a integralidade do depósito, seja por afastar a possibilidade da prestação de fiança bancária para antecipação de tutela almejada, suspensão da exigibilidade do crédito tributário. Sua decisão lastreou-se, sobretudo em infundados argumentos, que *permissa venia*, reproduzimos:

De acordo com o disposto no art. 273 do Código de Processo Civil, são requisitos para antecipação de tutela: prova inequívoca de verossimilhança das alegações, o fundado receio de dano irreparável ou de difícil reparação e o abuso de direito de defesa ou manifesto propósito protelatório do réu.

Para que a tutela antecipada, na forma pretendida, seja deferida é necessário mais que uma simples alegação de possibilidade de dano ou aparência do bom direito. O requerente deve fundamentar suas razões e provar os eventos que caracterizaram a verossimilhança do fato e a aparente possibilidade de lesão. No caso dos autos, não vislumbro a verossimilhança alegada.

Principalmente porque a sustação da exigibilidade de crédito tributário somente pode ocorrer nos casos delineados no Código Tributário Nacional, que tem status de Lei Complementar.

Essa limitação observa o princípio da legalidade que, no Direito Tributário, assume a configuração de reserva absoluta e

III- poderá atribuir efeito suspensivo ao recurso (art. 558), ou deferir, em antecipação de tutela, total ou parcialmente a pretensão recursal, comunicando ao juiz a decisão. (destaquei)

¹² Preferimos a terminologia “dever instrumental” à expressão “obrigação acessória” a partir dos escólios do saudoso Geraldo Ataliba, que cunhou esta última em nosso país ante a imprecisão da letra da lei, que trata de acessoriedade, sem que exista qualquer obrigação principal a escorá-la.

representa óbice às interpretações extensiva e analógica (art. 111 do CTN).

Logo, a garantia apta à suspensão prevista no mencionado art. 151 é o depósito em dinheiro do montante integral do crédito tributário, que não se confunde com a fiança nem por ela é substituído, posto que pressupõe a viabilidade de sua imediata conversão em renda da Fazenda Pública, caso o pedido seja julgado improcedente.

Com efeito, os requisitos para a suspensão da exigibilidade do crédito tributário não são concorrentes ou aditivos, vale dizer o artigo 151 do Código Tributário Nacional não faz qualquer menção à necessidade de depósito integral para a concessão da tutela antecipatória, quer em primeira instância, quer em grau recursal. Há que se levar em consideração ainda, que exigir verossimilhança e ainda exigir a integralidade do crédito em discussão como depósito, resulta extremamente temeroso, na medida em que se o débito for de altíssimo valor e o sujeito passivo tributário não dispor de tal quantia em dinheiro, terá que aguardar até o trânsito em julgado da ação para, pelo menos, deixar de ter, por exemplo, dentre outros, seu nome inscrito em dívida ativa.

Se tais argumentos por si só já não bastassem, há que considerar que há diversas decisões que corroboram nosso pensar:

*TJSP - Agravo de Instrumento: AI 2988243020118260000 SP
Processo:*

AI 2988243020118260000 SP 0298824-30.2011.8.26.0000

Relator(a): Reinaldo Miluzzi

Julgamento: 05/03/2012

Órgão Julgador: 6ª Câmara de Direito Público

Publicação: 05/03/2012

Ementa

EXECUÇÃO FISCAL Oferecimento de carta de fiança bancária - Admissibilidade da garantia Desnecessidade de depósito em dinheiro Possibilidade de suspensão da exigibilidade do crédito tributário - Precedentes do STJ e do TJSP - Decisão concessiva mantida - Recurso não provido

O Superior Tribunal de Justiça ao se debruçar sobre a questão, também já se pronunciou sobre o tema:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TUTELA ANTECIPADA. CABIMENTO. ART. 151, V, DO CTN. REDAÇÃO DADA PELA LC 104/2001. PRECEDENTES DO STJ. 1. O Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento de que é possível o cabimento de liminar em ação cautelar para suspender a exigibilidade do crédito tributário independentemente da realização do depósito do montante integral do débito, circunstância esta que não importa em ofensa ao disposto no art. 151 do Código Tributário Nacional.¹³ 2. A Lei Complementar n. 104, de 10 de janeiro de 2001, ao acrescentar o inciso V ao artigo 151 do CTN, indicando como causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada em outras espécies de ação judicial, apenas ratificou o entendimento já adotado pela doutrina e pela jurisprudência pátrias. 3. "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quanto a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" Súmula n. 83/STJ. 4. Recurso especial não-provido.¹⁴

Não podemos olvidar ainda que a seara tributária insere-se no campo do direito público, portanto, muito mais garantido estaria o interesse coletivo com a prestação de fiança bancária, em valor aliás superior ao crédito em discussão, como oferecido pelo agravante, do que aguardar a fase executória, e correr o risco acerca da inexistência de bens propícios para os consequentes embargos, e o iniludível prejuízo público, vale dizer, sob nenhuma ótica pode-se tecer louros á decisão proferida.

Assim, em acanhada síntese não aquiescemos com o posicionamento do relator, que entendeu por bem não conceder os efeitos antecipatórios da tutela em grau recursal, ante as razões que acima apresentamos, fundadas na jurisprudência, bem como nos princípios da proporcionalidade, uma vez que resulta desproporcional a exigência do depósito do montante integral, em dinheiro, notadamente se de grande monta, para que

¹³ Destaquei.

¹⁴ Recurso Especial nº261902/RS, Recurso Especial, Superior Tribunal de Justiça, 2º Turma, Ministro João Otávio de Noronha, 6 de dezembro de 2005

seja suspensa a exigibilidade do débito fiscal, ante a clara afronta aos princípios norteadores de nossa processualística.

IV- REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BENUCCI, Renato Luis. *Antecipação de Tutela em face da Fazenda Pública*. São Paulo: Dialética.

CASTRO, Alexandre Barros e SOUZA, Luis Henrique Neris de. *Código Tributário Nacional Comentado*. São Paulo: Saraiva, 2010

CUNHA, Leonardo José Carneiro da: *A Fazenda Pública em Juízo*, 8º edição, São Paulo: Dialética, 2010

DINAMARCO Cândido Rangel. *A Reforma do Código de Processo Civil*, 1ª ed. São Paulo: Malheiros, 1995.

FADEL, Sergio Sahione. *Antecipação de Tutela no Processo Civil*. 2ª edição. São Paulo: Dialética..

MANENTE, Luciana Nini. *Tutela Antecipada no Direito Processual Tributário*. São Paulo :Quartier Latin.

MARINONI, Luiz Guilherme. *Antecipação da Tutela*, 10ª edição, São Paulo: Revista dos Tribunais, 2008.

NOGUEIRA JUNIOR, Dejalma Andrelino. *A Tutela Antecipatória contra a Fazenda Pública no Processo Tributário*, in *Direito Tributário: Direito Processual Administrativo e Judicial*. Martins, Ives Gandra da; Brito Edvaldo (organizadores), São Paulo: Revista dos Tribunais, 2011.

ZAVASKI, Teori Albino. *Antecipação da Tutela*. 7ª edição, São Paulo: Saraiva, 2009.