

FGV DIREITO SP
MESTRADO PROFISSIONAL

Garantia do Crédito Tributário: uma proposta de reconciliação do direito com as práticas do mercado

Karina Gomes Andrade

Anteprojeto de pesquisa apresentado ao
Mestrado Profissional da FGV Direito SP.

Versão de 04.09.2018

1. Tema, contexto, objetivos e delimitação de escopo

A garantia do crédito tributário, pressuposto para a discussão judicial da dívida regularmente inscrita na dívida ativa, tem se tornado um grande desafio para os contribuintes em um contexto em que as discussões tributárias submetidas ao Poder Judiciário se multiplicam como decorrência do aprimoramento dos instrumentos voltados à cobrança do crédito fiscal e da crise institucional vivenciada pelo Conselho Administrativo de Recursos Fiscais (CARF), a legislação que trata das modalidades de garantia do crédito tributário permanece engessada e há um claro movimento normativo voltado a conferir efetividade ao processo executivo por meio de garantias consubstanciadas primordialmente em dinheiro, carta de fiança e seguro garantia.

Nas últimas décadas, a despeito da inegável evolução das relações econômicas, a Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal) permaneceu praticamente inalterada no que tange às modalidades de garantia do crédito tributário. A única novidade, neste aspecto, ficou por conta da Lei n.º 13.043/14, que incluiu o seguro garantia no rol dos bens e direitos passíveis de nomeação no âmbito da demanda executiva fiscal.

Por outro lado, neste mesmo período, foram promovidas importantes inovações normativas voltadas a conferir efetividade e celeridade ao processo de execução no contexto da Reforma do Poder Judiciário, inaugurada pela Emenda Constitucional n.º 45/04, merecendo destaque a Lei n.º 11.382/06, que alterou profundamente a Lei n.º 5.869/73, que veiculava o já revogado Código de Processo Civil (CPC).

Essa norma, entre outras providências, inaugurou a possibilidade de o credor, na inicial, já indicar os bens a serem penhorados (art. 652, §2º do CPC/73); alterou a ordem de gradação da penhora, priorizando ativos financeiros (art. 655 do CPC/73); legalizou a penhora *on line* sem condicioná-la ao esgotamento das tentativas de localização dos bens do executado passíveis de penhora (art. 655-A do CPC/73); transformou as hipóteses de ineficácia da nomeação de bens à penhora em circunstâncias que legitimam o requerimento de substituição da garantia, prevendo, ainda, a possibilidade de a penhora ser substituída por fiança bancária ou seguro garantia em valor não inferior ao débito constante da inicial acrescido de trinta por cento (art. 656 do CPC/73); e, ainda, estabeleceu, como regra, a não atribuição de efeito suspensivo aos embargos à execução, exceto quando restar demonstrada a relevância dos seus

fundamentos e a existência de dano grave ou de difícil reparação imposto ao devedor em decorrência do prosseguimento da execução (art. 739-A do CPC/73).

Em face das alterações legislativas acima mencionadas, o Superior Tribunal de Justiça (STJ) alterou a sua orientação jurisprudencial, de forma que os precedentes que restringiam a penhora de ativos financeiros ao esgotamento de todas as medidas voltadas à identificação de bens passíveis de penhora¹ e admitiam reiteradamente a flexibilização da ordem de gradação em homenagem ao princípio da menor onerosidade, constante do art. 620 do CPC/73² deram lugar a acórdãos que legitimam o bloqueio de ativos financeiros independentemente de qualquer medida prévia³ e que tratam a quebra da ordem de gradação da penhora como medida excepcionalíssima que só tem lugar quando o executado evidencia as razões pelas quais a menor onerosidade deve prevalecer⁴.

Com a entrada em vigor da Lei n.º 13.105/15, que instituiu o novo CPC, a preferência pelo dinheiro na garantia dos feitos executivos ganhou força, na medida em que o artigo 835 do diploma legal, apesar de manter a ordem de gradação da penhora nos mesmos moldes do código anterior, estabeleceu, no seu parágrafo primeiro, a primazia do dinheiro em relação aos demais bens e direitos listados, autorizando o juiz, nas demais hipóteses a alterar a ordem de gradação legal estabelecida.

Se, por um lado, esta medida legaliza a flexibilidade da ordem de gradação da penhora amplamente debatida pelo Judiciário, por outro, impede tal providência quando houver disponibilidade de dinheiro.

No cenário acima delineado, resta claro que, na atualidade, o contribuinte solvente que possui débitos executados tem, basicamente, três alternativas para garanti-los: depositar o montante integral em juízo, ofertar uma fiança bancária ou um seguro garantia.

Não se pode perder de vista, contudo, que a penhora de dinheiro, a contratação de fiança bancária ou de seguro garantia implicam em custos elevadíssimos ao longo do processo e, em relação às duas últimas modalidades de garantia, há, ainda, um problema gravíssimo anunciado que é a indisponibilidade de produtos no mercado na medida em que as instituições financeiras e seguradoras estão chegando no limite de alavancagem.

Assim, o escopo do trabalho é o de analisar, de forma bastante pragmática, quais são as alternativas que se apresentam para resolver o problema que gravita em torno da dissociação entre as modalidades de garantia do crédito tributário previstas em lei na atualidade e a realidade econômica definida pelo mercado, bem como o de propor medidas alternativas que possam equalizar o *trade off* entre efetividade da execução e menor onerosidade.

¹ EREsp 791.701/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 10/05/2006, DJ 22/05/2006, p. 144.

² AgRg no Ag 483.789/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/09/2003, DJ 13/10/2003, p. 235; REsp 644.158/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/10/2005, DJ 24/10/2005, p. 258.

³ REsp 1116647/ES, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 15/03/2011, DJe 25/03/2011.

⁴ AgRg no AREsp 626.462/MG, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/04/2015, DJe 24/04/2015.

2. Justificativa da relevância prática e do potencial inovador

Conforme firmado anteriormente, a garantia do crédito tributário é requisito para a discussão judicial da dívida, o que significa dizer que os entraves enfrentados pelo contribuinte neste aspecto podem inviabilizar o seu acesso ao Poder Judiciário, que é um direito constitucionalmente assegurado.

Estes entraves não prejudicam apenas os contribuintes, mas também a Fazenda Pública sob dois aspectos: i) se a atividade empresarial for inviabilizada ou prejudicada por conta de cobranças não discutidas no Poder Judiciário por conta da falta de garantia apropriada, haverá, necessariamente, perda na arrecadação; e ii) o uso de garantias líquidas, porém onerosas, como é o caso do dinheiro, do seguro e da fiança, pode se voltar contra o próprio Estado na medida em que já está sendo discutida junto ao Poder Judiciário a necessidade de o exequente ressarcir as despesas incorridas ao longo do processo com a manutenção de garantias na hipótese de desfecho da lide favorável ao contribuinte, com base nos princípios da causalidade e da sucumbência.

Em vista dos problemas atuais apresentados anteriormente – crescimento exponencial do contencioso judicial tributário, onerosidade excessiva decorrente das imposições legal e jurisprudencial da prestação de garantias pautadas em dinheiro, fiança bancária e seguro e da dificuldade de crédito – o potencial desse trabalho será o de propor medidas antes não cogitadas ou pouco amadurecidas com vistas a equacionar o problema, assegurando a efetividade sem comprometer a menor onerosidade.

3. Familiaridade com objeto da pesquisa

Na condição de sócia responsável pelo contencioso judicial tributário de escritório de advocacia, atuo em diversas execuções fiscais e embargos a execuções fiscais, em que se discute, às vezes mais do que o próprio mérito da cobrança, questões em torno da garantia da dívida.

Assim, conheço bem as dificuldades enfrentadas não só pelos contribuintes de boa-fé que, longe de pretenderem se esquivar das obrigações que lhe são imputadas, desejam apenas discutir juridicamente a procedência das cobranças, mas se vêm muitas vezes impedidos de fazê-lo porque não têm como prestar garantia que seja aceita pela Fazenda Pública e/ou pelo Judiciário, mas também pela Fazenda Pública, que lida com contribuintes recalcitrantes, que atuam de forma protelatória e evasiva, frustrando de forma premeditada o adimplemento do crédito.

4. Modelo de pesquisa

O trabalho de pesquisa tem como modelo a resolução de um problema atual que, a despeito de decorrer do atual modelo de cobrança do crédito tributário, possui viés econômico na medida em que está intrinsecamente ligado aos encargos financeiros envolvidos na prestação de garantias no âmbito tributário, à disponibilidade de crédito no mercado, ao limite de alavancagem das instituições financeiras e seguradoras e que, talvez por essa razão, ainda é carente de um exame sistematizado e completo.

5. Quesitos

A partir da minha experiência profissional e das leituras preliminares realizadas, entendo que a abordagem do tema proposto requer o enfrentamento dos seguintes quesitos:

Quesito 1: Qual a função econômica da garantia no processo de cobrança judicial do crédito tributário? Quais as modalidades de garantias usualmente adotadas pelos devedores? Qual o custo e o grau de dificuldade para o devedor conseguir prestar essas garantias?

Quesito 2: Os conceitos de garantia e penhora se equivalem no contexto da execução fiscal?

Quesito 3: Quais as modalidades de garantias admitidas pela legislação em vigor no processo de cobrança do crédito tributário? Existe fundamento jurídico para a exigência de garantia como condição de procedibilidade da defesa judicial do devedor executado? Que riscos se quer prevenir com a prestação da garantia nesse caso? Em que medida isso faz sentido econômico?

Quesito 4: Desde a promulgação da Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal) até os dias atuais, houve alterações importantes na legislação que trata das modalidades de garantia do crédito tributário?

Quesito 5: E no que tange à efetividade do processo de execução, quais foram as principais mudanças normativas, em especial às que se relacionam ao asseguramento da satisfação do crédito tributário?

Quesito 6: Em que medida a jurisprudência se manteve fiel às prescrições normativas atinentes à garantia do crédito tributário cobrado judicialmente? Os tribunais foram capazes de compatibilizar os princípios da efetividade da execução no interesse do credor e da menor onerosidade (garantia do executado)?

Quesito 7: Ao longo desses anos, como evoluíram as relações econômicas? Essa evolução concorreu para o surgimento de novas modalidades de garantias não contempladas pela legislação tributária? Quais as alternativas atualmente disponíveis no mercado com efeitos equivalentes?

Quesito 8: É possível afirmar que o atual modelo normativo de garantia do crédito tributário em execução fiscal encontra-se em harmonia com a dinâmica de mercado? Virtual incompatibilidade desatende os interesses do Fisco e/ou do contribuinte? Em que medida?

Quesito 9: Que modalidades de garantia poderiam atender às necessidades do credor, com menos ônus para o devedor? Em que medida a sua utilização na prática depende de alteração legislativa?

Quesito 10: Quais alterações, no plano normativo, seriam recomendáveis para promover o ajustamento do modelo legal de garantia com a realidade econômica definida pelo mercado?

6. Fontes de pesquisa e forma de acesso

A pesquisa será pautada nas seguintes fontes:

Legislação: estudo da Lei n.º 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal) e alterações relevantes sofridas ao longo dos últimos anos, do Código de Processo Civil de 1973 e principais alterações relacionadas com a temática em foco, do Código de Processo Civil de 2015, sem perder de vista as disposições constitucionais pertinentes, assim como projetos de lei sobre os novos rumos do processo executivo que estiverem em tramitação no Poder Legislativo.

Doutrina: o aprofundamento do assunto se dará a partir da leitura de livros, artigos e trabalhos científicos que tratem da garantia do crédito tributário discutido judicialmente.

Jurisprudência: serão analisadas, ainda, as decisões judiciais proferidas no decorrer dos últimos anos sobre a temática em foco como forma de viabilizar as críticas e o aprimoramento da legislação em vigor e do próprio posicionamento dos tribunais.

Com este embasamento, a expectativa é que as perguntas anteriormente formuladas sejam respondidas e possam ser apresentadas conclusões e propostas que agreguem à comunidade jurídica.

7. Bibliografia preliminar

ASSIS, Araken de. Manual da Execução. 13 ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2010.

BASTOS, Antônio Adonias. A defesa do executado de acordo com os novos regimes da execução estabelecidos pelas Leis n.º 11.232/2005 e 11.382/2006. São Paulo: JusPODIVM, 2008.

CONRADO, Paulo Cesar. Execução Fiscal. 3. Ed. São Paulo: Noeses, 2017.

CUNHA, Leonardo Carneiro da (coord); JUNIOR, Antônio Carlos F. de Souza. Novo CPC e o Processo Tributário. São Paulo: Focofiscal, 2015.

FRASCINO, Glauca Lauletta. Avaliação de bens e dificuldades em atingir o objetivo da garantia integral ao crédito tributário. In: Garantias Judiciais no Processo Tributário Cenários, Perspectivas e Desafios. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

FILHO, Sérgio Farina; MASCITO, Andréa; PEROBA, Luiz Roberto. Execução provisória de garantias. Embargos à execução sem efeito suspensivo. In: Garantias Judiciais no Processo Tributário Cenários, Perspectivas e Desafios. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

JENIER, Carlos Augusto (coord). Execução fiscal. Belo Horizonte: Del Rey, 2003.

JÚNIOR, Nelson Nery; SANTOS, Ernane Fidélis dos Santos; WAMBIER, Luiz Rodrigues; WAMBIER, Teresa Arruda Alvim (coord). Execução Civil Estudos em homenagem ao Professor Humberto Theodoro Júnior. São Paulo: Editora Revista dos Tribunais, 2007.

LOPES, Mauro Luís Rocha. Processo judicial tributário, Execução Fiscal e Ações Tributárias. Rio de Janeiro: Lúmen Juris, 2007.

MELO, José Eduardo Soares de. Processo Tributário Administrativo e Judicial. São Paulo: Quartier Latin do Brasil, 2009.

MENDONÇA, Priscila Faricelli. Celebração de negócio jurídico processual para fins de garantia tributária. In: Garantias Judiciais no Processo Tributário Cenários, Perspectivas e Desafios. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

NASCIMENTO, Carlos Valder do. Direito Tributário V. Garantias do crédito tributário e administração tributária. Ilhéus: Editus - Editora da UESC, 2016.

NETO, Reinaldo Ravelli. Custos Diretos e Indiretos das Garantias: Seus Impactos na Realidade Empresarial. In: Garantias Judiciais no Processo Tributário Cenários, Perspectivas e Desafios. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

PEIXOTO, Daniel Monteiro; VIEIRA, Maria Eugênia Doin; ZAGARI, Daniella. Ressarcimento dos custos incorridos pelo contribuinte com a garantia. In: Garantias Judiciais no Processo Tributário Cenários, Perspectivas e Desafios. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

REGINI, Lígia. Garantia e suspensão da exigibilidade do crédito tributário segundo os tribunais. In: Garantias Judiciais no Processo Tributário Cenários, Perspectivas e Desafios. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

SHIMURA, Sérgio. Título executivo. São Paulo: Saraiva, 1997.

SILVA, José Afonso da. Execução Fiscal (segundo o novo Código de Processo Civil). São Paulo: Revista dos Tribunais, 1975.

TEDESCO, Paulo Camargo. Penhora online e os desafios das garantias na era digital do processo. In: Garantias Judiciais no Processo Tributário Cenários, Perspectivas e Desafios. São Paulo: Editora Blucher, 2018.

THEODORO JÚNIOR, Humberto. Lei de Execução Fiscal: comentários e jurisprudência. 10. Ed. São Paulo: Saraiva, 2007.

