

Medida Cautelar Fiscal e Cautelares Contra o Poder Público

Vicente Greco Filho

*Procurador de Justiça do Estado de São Paulo. Professor
Titular de Direito Penal da Faculdade de Direito da
Universidade São Paulo e Professor Associado do
Departamento de Direito Processual da Faculdade de Direito
da Universidade de São Paulo. Advogado.*

Duas leis do ano de 1992 disciplinaram providências ou medidas cautelares com o objetivo, de um lado, de fortalecer o fisco e, de outro, de reduzir o número de cautelares contra o Poder Público. Ambas merecem comentários conjuntos, porque se inserem dentro da sistemática do processo cautelar. Trata-se da Lei nº 8.397 de 6 de janeiro de 1992 e da Lei nº 8.437 de 30 de junho.

A Lei nº 8.397 de 6 de janeiro de 1992 instituiu o procedimento cautelar fiscal, a fim de assegurar a execução da dívida ativa da Fazenda Pública (inclusive contribuições sociais), por meio da indisponibilidade de bens do devedor, requerida pela Fazenda ao Juiz competente para o processo executório.

O ilustre tributarista IVES GANDRA DA SILVA MARTINS sustenta a

inconstitucionalidade da medida por violação do princípio do devido processo legal (em Repertório IOB Jurisprudência, 1ª quinzena de março de 1992, nº 05/92) e o ilustre Professor HUGO DE BRITO MACHADO (Cautelar Fiscal, *ibidem*) sustenta a sua inconveniência ou inadequação, inclusive sob o aspecto do possível aumento de congestionamento do Poder Judiciário e de poder abrir ensejo ao arbítrio.

Em primeiro lugar, há que se distinguir entre a vontade do legislador e a vontade da lei.

É evidente que teve o legislador em mente a antecipação da garantia do fisco desde a constituição do crédito fiscal, independentemente de qualquer incidente no percurso, até que se substitua a medida cautelar pela medida executiva que é a penhora ou outra garantia de pagamento.

Todavia, como se disse, uma coisa é a vontade do legislador, outra é a vontade da lei. Esta, quando é editada, se insere num universo compreensivo e será interpretada e aplicada dentro do espaço que lhe foi possível ocupar. Tem ela limitações verticais, decorrentes da hierarquia de normas jurídicas e limitações horizontais, na medida em que o que nela está disposto é entendido em consonância com outras normas jurídicas do mesmo nível hierárquico.

Não vejo, contudo, inconstitucionalidade na medida cautelar fiscal.

A indisponibilidade de bens já existe desde a Lei nº 6.024/74 (que, aliás, já adquiriu a imputabilidade penal), decorrente de ato administrativo, e não foi declarada inconstitucional. A antecipação ou garantia da execução é consequência natural do arresto, do seqüestro, das liminares em possessórias e em grande número de outras medidas cautelares, de modo que não vejo, nesse aspecto, violação do "due process of law".

No entanto, coerentemente com as preocupações procedentes dos dois ilustres professores acima citados, há que se chegar a uma interpretação da lei que atenda ao "logos del razonable", referido por RECASENS SICHES, mesmo porque, ainda que o legislador tenha tido a intenção de privilegiar determinada posição jurídica, os princípios que regem determinada área do direito não permitem que o desequilíbrio leve a conclusões injurídicas.

A técnica de privilegiar posições de direito material por intermédio de normas processuais é da natureza da própria instrumentalidade do processo. Af

está a ação de busca e apreensão decorrente de alienação fiduciária, para privilegiar o financiador, ou, para dar maior poder ao locador, a lei de locações prediais urbanas em vigor retirou o efeito suspensivo da apelação contra a sentença de despejo e criou, também, hipótese de desocupação concedida liminarmente. Isso apenas para exemplificar. Mas o privilégio não pode ser ilimitado, encontrando lindes nos princípios de direito processual e da ordem jurídica em geral.

A Lei nº 8.397/92 quis privilegiar, obviamente, a Fazenda Pública e não cometeu exageros, se for interpretada e aplicada como adiante se exporá, ainda que outra tenha sido a intenção do legislador.

A medida cautelar fiscal, dentro da tradição do processo cautelar, foi instituída como dependente da execução judicial da dívida ativa da Fazenda Pública, podendo ser requerida antes ou no curso da execução. Evidentemente se, na execução já instaurada, houver penhora, a medida executiva absorve a cautelar, inexistindo interesse processual para esta última. Na pendência da execução, somente será admissível a cautelar antes de efetivados o arresto ou a penhora previstos na Lei nº 6.830/80 ou na hipótese de revelarem-se eles insuficientes. O art. 10 da Lei nº 8.397/92 abona essa conclusão: se a medida cautelar fiscal pode ser substituída, a qualquer tempo, por uma das garantias do art. 9º da Lei nº 6.830/80, entre as quais se inclui a penhora, se esta já existir e for suficiente, não tem cabimento a cautelar fiscal.

Os arts. 2º e 3º da Lei nº 8.397 especificam o "periculum in mora" e o "fumus boni iuris" para a concessão da medida. O "periculum in mora" se revela pela ocorrência da impontualidade (inciso IV do art. 2º) ou de fatos denunciadores da insolvência (demais incisos do mesmo art. 2º), como se exige para a concessão do arresto (art. 813 do Código de Processo Civil). Os fatos denunciadores da insolvência, como a dilapidação de bens ou a tentativa de ausentar-se, instituem uma presunção, de natureza relativa e que, portanto, pode ser elidida pelo depósito do valor devido, demonstrando estar o devedor "in bonis". Demonstrado o fato denunciador da insolvência ou a impontualidade, cabe ao devedor o ônus de demonstrar não haver perigo de falta de pagamento.

O "fumus boni iuris" decorre da existência de prova literal da constituição do crédito fiscal e prova documental de algum dos casos mencionados no art. 2º, como dispõe o art. 3º da Lei nº 8.397/92. Mas não só: depende, também, de ter sido o crédito fazendário regularmente constituído em procedimento administrativo

e, também, que o fundamento do crédito afirmado seja juridicamente possível e consistente. Assim, não há "fumus boni iuris" se o crédito, ainda que regularmente constituído em procedimento administrativo, esteja fundado em norma jurídica manifestamente inconstitucional ou, por exemplo, sem qualquer base de ordem fática.

Entendo, também, inexistir "fumus boni iuris" se a exigibilidade do crédito estiver suspensa nas hipóteses do art. 151 do Código Tributário Nacional ou se foi proposta ação anulatória do débito fiscal com depósito preparatório nos termos do art. 38 da Lei nº 6.830/80. Com maior razão se o débito estiver extinto ou excluído.

É certo que, no caso de fatos denunciadores da insolvência do art. 813 do Código de Processo Civil, ou da sentença condenatória da qual pende recurso (parágrafo único do art. 814 do CPC), é possível arresto sem que a dívida seja ainda exigível. Todavia, no primeiro caso, efetivado o arresto, o credor tem o prazo de 30 dias para propor o pedido de decretação da insolvência, que é a ação principal do arresto, e, decretada a insolvência, ocorre o vencimento antecipado da dívida que passa, então, a ser exigível. No segundo caso, o crédito já está consagrado em sentença judicial, a qual, apesar de modificável por meio de recurso, é suficiente para caracterizar o "fumus boni iuris". Além disso, a eventual demora na propositura da execução depende da tramitação do processo judicial e não do credor, até que a sentença possa ser executada, ainda que provisoriamente. Se a demora dependesse do credor, não teria dúvida em concluir que ocorreria a caducidade do arresto, como por exemplo se, exequível a sentença, o credor não propusesse a execução no prazo de 30 dias.

No caso da suspensão da exigibilidade do crédito tributário a administração fazendária nada pode fazer quanto à sua cobrança e desnaturaria a própria essência da cautela, que se assenta na transitoriedade, entender que a medida pudesse persistir por tempo indeterminado enquanto a administração, por exemplo, decide recurso administrativo.

Os arts. 11 e 12 da Lei nº 8.397/92 estabelecem o prazo de 60 dias para a propositura da execução fiscal contados da data em que a exigência se tornar irrecorrível na esfera administrativa, sob pena de caducidade da medida, e, salvo decisão em contrário, a conservação de sua eficácia durante o período de suspensão do crédito.

Há algumas alternativas a considerar, conciliando a posição acima assumida

e os dispositivos citados:

1ª - Foi interposto recurso ou outra providência que provoque a suspensão da exigibilidade do crédito fazendário antes da concessão da medida cautelar fiscal. Nesse caso, a medida não deverá ser concedida por falta de "fumus boni iuris".

2ª - Foi interposto recurso ou outra providência que provoque a suspensão da exigibilidade do crédito após a concessão da medida cautelar fiscal. Caberá ao juiz, em cada caso, decidir sobre a conservação da eficácia, ou não, da medida, levando em consideração os seguintes fatores: a) se o fundamento do recurso ou da providência excluiu, ainda que temporariamente, o "fumus boni iuris" para a manutenção da medida, porque os pressupostos das medidas cautelares podem sempre ser reexaminados se novas circunstâncias surgirem; b) se a conservação da eficácia da medida não causará onerosidade injusta ou excessiva para o devedor. Se entender o juiz de manter a eficácia da medida, então aplica-se o prazo do art. 11, ou seja, a Fazenda Pública tem até 60 dias após a irrecorribilidade da exigência do crédito na esfera administrativa para a propositura da execução judicial. É de observar-se, porém, que a conservação da medida se torna imediatamente injusta se a administração não cumpre os prazos legais ou regulamentares no exame dos recursos. Se a administração cumpre os prazos, tendo entendido o juiz de continuar presente o "fumus boni iuris", mantendo a cautela, o devedor poderá precipitar o decurso do prazo do art. 11 desistindo do recurso administrativo.

Cabe, finalmente, considerar que o art. 7º da Lei comentada poderia dar a entender que, requerida a medida, a concessão da liminar seria automática. Não vejo aí o entendimento correto. O art. 8º da própria Lei, ao disciplinar a contagem do prazo para a contestação, prevê duas situações: da juntada do mandado de citação devidamente cumprido e da juntada do mandado de execução da medida cautelar quando concedida liminarmente. Isso quer dizer que, na primeira hipótese, não foi concedida a liminar, o que ocorrerá se o juiz não se convencer, desde logo, da existência dos pressupostos para a concessão da medida conforme acima exposto. Haverá, portanto, sempre, por parte do magistrado, a análise do "periculum in mora" e do "fumus boni iuris", especialmente diante do pedido de liminar "inaudita altera parte". Da decisão que conceder liminarmente a medida cautelar cabe agravo de instrumento, dispõe o parágrafo único do art. 7º da Lei. O agravo de instrumento não tem efeito suspensivo, de regra, mas será fatal a possibilidade de mandado de segurança para dar esse efeito ao recurso. A Lei

somente prevê o agravo na hipótese de concessão da liminar. Teria excluído na hipótese de negativa da concessão? Creio que sim, porque se desejasse que o recurso fosse "pro et contra" teria assim estabelecido, ou nada disposto a respeito, aplicando-se, então, subsidiariamente, o Código de Processo Civil. Como dispôs expressamente, excepcionou o Código.

A segunda lei que disciplinou a concessão de cautelares é a de nº 8.437 de 30 de junho de 1992, desta vez com o objetivo de reduzir tais medidas contra o Poder Público.

Trata-se de lei conceitual, que pretende dar certos parâmetros para a utilização do poder geral de cautela preconizado no art. 798 do Código de Processo Civil quando em face do Poder Público.

A preocupação a respeito não me é nova, mas não só em face do Poder Público.

Dissemos em outras oportunidades que o poder geral de cautela, ampliado pelo Código vigente, em momento algum quis que se substituíssem as medidas cautelares típicas pelas inominadas. Se não cabem aquelas por falta de requisito legal, não podem vir acobertadas pelo manto do art. 798. Este teve a finalidade de atender a situações novas, que o legislador não previu e que merecem proteção. Se o legislador previu e estabeleceu os requisitos para a concessão, como é o caso, para exemplificar, do arresto, garantidor de futura execução por quantia, é porque deseja que somente seja concedido, qualquer que seja o nome que se lhe dê, se presentes os seus pressupostos específicos. Isso porque o legislador já prefixou que a concessão fora dos casos previstos seria abusiva. Em outras palavras, dentro do exemplo citado, conceder "indisponibilidade de bens" ou "bloqueio de contas bancárias", para garantia de futura e hipotética execução (ainda que universal), é conceder arresto, sem título de dívida líquida e certa ou sentença condenatória (art. 814, parágrafo único do Código de Processo Civil), ilegal, portanto.

Por outro lado, a concessão da cautela, para que não seja abusiva, deve guardar relação lógica e de proximidade com a satisfação do direito pleiteado em caráter principal. Se este é remoto ou ainda dependendo de processo de conhecimento para se definir, processo esse que, depois, dependerá de execução, somente em situações excepcionalíssimas é que se pode admitir a antecipação de uma constrição judicial.

Esses conceitos, em linhas gerais, foram acolhidos pela Lei nº 8.437/92.

Ou seja, se cabe mandado de segurança, não cabe cautelar inominada, faltante algum dos requisitos do primeiro. Se o mandado de segurança seria originário de Tribunal, não cabe cautelar com o mesmo objeto em primeiro grau.

Todavia, ainda que a lei esteja conceitualmente correta, sua aplicação será muito difícil, senão impossível, caindo, como tantas outras, no limbo das normas sem eficácia.

Isso porque o legislador se esqueceu de que a lei não pode substituir a doutrina jurídica e o entendimento jurisprudencial, atuando, cada uma em áreas diversas do conhecimento e da prática do Direito.

O art. 1º "caput" da Lei nº 8.437 de 30 de junho de 1992 prevê não ser cabível "medida liminar contra atos do Poder Público no procedimento cautelar ou em quaisquer outras ações de natureza cautelar ou preventiva, toda vez que providência semelhante não puder ser concedida em ações de mandado de segurança, em virtude de vedação legal".

Exige ele uma apreciação hipotética de "providência semelhante" que poderia "ser concedida em mandado de segurança", incabível "em virtude de vedação legal". Tal comparação, no plano da hipótese, é muito difícil, senão impossível. Isso porque o cabimento e a adequação de determinada providência pleiteada perante o Poder Judiciário diferem se forem analisados "em tese" ou se forem analisados diante de um caso concreto.

Mas parece que o que a lei quis dispor foi o seguinte:

Se lei expressa veda a concessão de medida liminar (a tal "providência semelhante") em mandado de segurança, como acontece nas Leis nº 2.770 de 4 de maio de 1956 e nº 4.348 de 26 de junho de 1964, está proibida a concessão em procedimento cautelar.

Assim se admitindo a interpretação, razoável é a disposição legal, desde que superada a dificuldade da comparação entre as ações, como acima apontado.

Todavia, há outro ponto a considerar. As normas constitucionais de eficácia plena, como a do "habeas corpus" ou do mandado de segurança prevalecem sobre normas jurídicas infra-constitucionais, que não se aplicam se tenderem a acarretar consequências obstativas da garantia constitucional.

Não é que normas restritivas de liminares sejam inconstitucionais (jamais se questionou a constitucionalidade das leis acima referidas), mas o que ocorre é que se a liminar for indispensável à efetivação da garantia constitucional, em determinado caso concreto, será concedida a despeito da proibição legal, porque aquela prevalece sobre esta.

O mesmo vale para o contido no § 3º do art. 1º da Lei comentada, o qual considera incabível liminar satisfativa contra o Poder Público, que esgote no todo ou em parte o objeto da ação.

Sempre foi preocupação da Jurisprudência a concessão de liminar satisfativa, que antecipa, muitas vezes de maneira irreversível, o que deveria ser o provimento definitivo, inclusive em virtude da exigência do devido processo legal, restringindo-a a casos excepcionais. Ora, esses casos excepcionais são aqueles em que a própria efetividade da atuação jurisdicional está condicionada à concessão do provimento imediato, ainda que satisfativo, de modo que, como acima se disse, ocorrendo aquela situação de necessidade, poderá ele ser concedido, independentemente da proibição legal.

Aliás, a rigor, a absoluta maioria dos casos de proibição legal de concessão de liminares em mandado de segurança são de hipóteses em que não deveriam mesmo ser concedidas, porque ausente o pressuposto de sua concessão, qual seja a necessidade da providência imediata sob pena de, em sendo procedente a pretensão definitiva, ser ela ineficaz se a liminar não tivesse sido concedida.

Em outras palavras, essas leis têm mais caráter didático ou de explicitação do que a doutrina e a Jurisprudência entendiam anteriormente, de modo que se os conceitos jurídicos fossem aplicados corretamente não seriam elas necessárias. De outro lado, se em casos excepcionais a liminar é indispensável à efetivação da garantia constitucional, deverá ela ser concedida ainda que exista a proibição legal.

As disposições dos arts. 2º e 3º não apresentam maiores dificuldades, observando-se, porém, o erro de técnica processual de se referir, ainda, no processo civil a recurso "ex officio".

O art. 4º estende para as ações em geral contra o Poder Público a possibilidade de suspensão de liminar pelo Presidente do Tribunal, nos moldes instituídos pela Lei nº 4.348 de 26 de junho de 1964 para o mandado de segurança. A providência é salutar, porque substitui a interposição de agravo e a impetração

de mandado de segurança para dar-lhe efeito suspensivo, sendo, portanto, mais econômica e prática.

Estranho, porém, é o § 1º desse artigo, porque se refere a "cautelar inominada no processo de ação popular e na ação civil pública, enquanto não transitada em julgado" (sic). Estranho porque na ação popular e na ação civil pública a liminar pode ser concedida nos próprios autos, independente de processo cautelar. Deve o dispositivo referir-se a eventual processo cautelar anterior à propositura da ação principal, mas o que, no caso de ação popular, é, no mínimo, inusitado. Provavelmente a referência legal, aliás dispensável porque a hipótese já estaria incluída no "caput" do artigo, teve em mente algum caso concreto que incomoda ou incomodou a Administração e mereceu a previsão legal.

Em suma, ambas as leis comentadas acabam por demonstrar a importância do processo como instrumento utilizado pelo legislador para privilegiar posições jurídicas de direito material, mas também demonstram que a Lei não é, jamais, a solução mágica para os problemas e que sua aplicação está sempre condicionada à efetividade das normas constitucionais e à sua consonância dentro do ecossistema jurídico em que se inserem.