

"Deposito Preparatorio de Ação no Direito Tributario"

«Caso tipico do deposito preparatorio de ação para empresas que pretendam garantir o seu direito de divergir da interpretação fiscal junto ao Poder Judiciario, assegurando, todavia, a Fazenda com bens suficientes para ser ressarcida, na eventualidade de vir seu ponto de vista não ser aceito, quando pela

Justiça examinado. A materia, como processo tributario, é nova, mas se justifica face a nova forma de agressão a principios substantivos criados pela Portaria n.º 1/68 do Ministerio da Fazenda». (Importante artigo de nosso colaborador IYES GANDRA DA SILVA MARTINS — Quarta Pagina).

Deposito Preparatorio de Ação no Direito Tributario

IVES GANDRA DA SILVA MARTINS

— A Ciencia Juridica é constituída de forma tal que a toda regra substantiva ameaçada permite os meios de investigação necessarios para encontrar-se a norma adjetiva pertinente, capaz de propiciar o exercicio de sua defesa, através dos caminhos existentes no direito positivo.

— Assim sendo, não existe direito substantivo que não possa ser protegido, em Juízo, mesmo que, ao primeiro exame, pareça inexistir medidas viáveis para a sua sustentação. Até porque se assim não fosse, o direito desprotegido seria direito inexistente, porque ineficaz ou violável de forma irreversível, o que não se pode admitir na ciencia juridica.

— Por esta razão, cabe ao interprete, sempre que uma norma substantiva deva ser protegida, encontrar a formula processual pertinente e, a inexistência de uma formula especifica, aquela que mais se prestará para a sua defesa judicial, mesmo que emprestada a este ou àquilo ramo da arvore juridica.

— É o caso tipico do deposito preparatorio de ação para empresas que pretendam garantir o seu direito de divergir da interpretação fiscal junto ao Poder Judiciario, assegurando, todavia, a Fazenda com bens suficientes para ser ressarcida, na eventualidade de vir seu ponto de vista não ser aceito, quando pela Justiça examinado.

— A materia, como processo tributario, é nova, mas se justifica face a nova forma de agressão a principios substantivos criados pela Portaria n.º 1/68 do Ministerio da Fazenda.

— Em que pese o ineditismo da medida e surpreendente formula encontrada que, ao invés de preservar eventuais direitos da União, tendem a provocar uma acelerada decomposição da empresa atingida, e em que pese já ter o Egrégio Tribunal Federal de Recursos considerado legal a sua promulgação, nos autos do habeas-corpus 2012 impetrado junto àquela Corte, o perigo de novas portarias, novas ameaças, permanece podendo atingir a tantas quantos, no momento, discutem com o Ministerio da Fazenda.

— Ora, sempre que a materia em litigio não puder ser examinada de plano, por não constituir direito liquido e certo, mas direito, cuja investigação da pertinencia e validade demanda pericias, estudos, provas testemunhais e outras, a medida excepcional do mandado de segurança não pode ser utilizada.

— Assim sendo, o unico caminho viavel para a empresa nesta situação, em discutir a sua interpretação divergente da do Fisco, será através de ação ordinaria de anulação de debito fiscal, a ser proposta tão logo tome conhecimento da decisão do Ministerio, no seu caso em particular.

— Ora, a forma aberta pela Portaria n.º 1/68 de forçar uma empresa a concordar com as imposições administrativas. A FIM DE NÃO PODER RECORRER AO PODER JUDICIARIO, em toda a materia em que a liquidez e certeza do direito não defluam, de plano, cria a necessidade de o contribuinte também, de plano, mostrar à Fazenda ter a capacidade de, se perdendo o litigio, saldar seu só então debito com o Fisco, por ter bens suficientes para fazê-lo.

— No campo processual tributario inexistente, todavia, uma formula propria, sendo que a unica garantia especifica é aquela do processo de executivo fiscal, na qual a empresa executada pelo Fisco ao dar bens à penhora, ganha o direito de discutir a validade do seu ponto de vista, por garantir a Fazenda contra quaisquer riscos.

— Os bens dados à penhora, num executivo fiscal, por representarem garantia real, transformam o executado em contribuinte sem debito com o Fisco, já que este assegurado está, podendo obter inclusive certidões negativas, nos termos dos artigos 205 e 206 do Código Tributario Nacional:

Art. 205 — A lei podera exigir que a prova de quitação de determinado tributo, quando exigível, seja por certidão negativa, expedida à vista de requerimento do interessado, que contenha todas as informações necessarias à identificação de sua pessoa, domicilio fiscal e ramo de negocio ou atividade e indique o periodo a que se refere o pedido.

Paragrafo unico — A certidão negativa será sempre expedida nos termos em que tenha sido requerida e sera fornecida dentro de 10 (dez) dias da data da entrada do requerimento na repartição.

Art. 206 — Tem os mesmos efeitos previstos no artigo anterior a certidão de que conste a existência de creditos não vencidos, em curso de cobrança executiva em que tenha sido efetivada a penhora, ou cuja exigibilidade esteja suspensa.

— É evidente que o legislador ao dar efeito tão claro à garantia representada pela penhora, pretendeu duas metas bem definidas:

a) permitir que qualquer lesão ao direito de contribuinte fosse discutida em Juízo, sem «capitis diminutio» para o contribuinte, que recorresse ao poder imparcial;

b) garantir o Fisco, no caso de resultado favoravel, contra

Ora, os remedios para esta situação apresentados pelo Código de Processo Civil e que, por analogia e principios gerais de direito publico poderiam ser aplicados a especie, são a saber:

I — deposito preparatorio de ação;

II — caução;

III — homologação do penhor legal.

— Destas três a mais proxima do remedio pretendido é o deposito preparatorio da ação, já que visa garantir a Fazenda das possibilidades financeiras do contribuinte em pagar o pretendido debito, se confirmado pelo Judiciario, e garantir o contribuinte contra pressões de toda a natureza e inclusive aquelas criadas, de forma surpreendente e preocupante, pela Portaria n.º 1/68.

— E visa garantir previamente, já que se transforma apenas no primeiro passo de uma ação mais ampla a ser iniciada pelo contribuinte «a posteriori».

— Reza o artigo 689 do C.P.C. que:

«O deposito preparatorio de ação far-se-á mediante mandado do juiz e notificação da parte.

§ 1.º — Esse deposito não admitirá contestação, correndo por conta do vencido na causa principal despesas, salarios e perdas e danos.

§ 2.º — Quando, por motivo justificado, o depositario não puder guardar a coisa, podera o respectivo deposito judicial, citado o depositante para recebê-la ou impugnar o pedido, dentro do prazo de quarenta e oito (48) horas, findo o qual o juiz decidirá na forma do disposto no art. 685».

— Pelo dispositivo acima «não impede que»:

a) a medida seja utilizada no campo especifico de direito tributario;

b) seja o contribuinte colocado como fiel depositario dos bens dado em deposito.

— Entende a agravante até que o § 2.º permite expressamente que o «depositante» fique como depositario, já que, se este por motivo justificado não puder guardar a coisa, citará o depositante para recebê-la, SEM QUE A AÇÃO PREPARATORIA perca sua validade e pertinencia.

— Ora, pela hipotese do paragrafo 2.º, a figura do «depositante e do depositario» se confundem, sem que a ação seja terminada, em decorrência de ficar o depositante, como fiel depositario da coisa.

— Assim sendo, legitima a pretensão de qualquer empresa, que para proteger-se contra atos semelhantes ao da Portaria n.º 1/68 pleiteie ação preparatoria, utilizando-se do remedio processual mais adequado ao seu direito substantivo ameaçado, como medida previa a ação anulatoria a ser proposta apos.

— Alias, neste sentido leia-se trecho do acordão no agravo de petição n.º 11.825 da 5.ª Camara Civil do T. J. do D. Federal publicado no Diario da Justiça da Guanabara de 1-9-60, a pagina 477:

«O deposito a que se refere o art. 689 do Cod. de Processo Civil é apenas um ato preparatorio da ação a propor.

— Não admite opposição alguma, apenas a notificação da parte, correndo por conta do vencido na causa principal despesas, salarios e perdas e danos.

— Essas medidas, na lição de Calamandrei, não se destinam à realização direta e imediata do direito substancial, mas a assegurar a eficacia de uma providencia subsequente, destinada esta à atuação do direito material.

— Por isso é que se conceituam as medidas preventivas, preparatorias, como accessorias de uma causa principal que ellas val seguir e na qual encontrarão solução».

— Leia-se tambem despacho do MM. Juiz da 5.ª Vara da Justiça Federal em processo iniciado neste sentido e no qual s. exa. admitiu «imparcialmente» a nova formula processual como pertinente à especie:

«... que fazer deposito de bens, como preparatorio de ação, nos termos do art. 689 e seguintes do Código de Processo Civil, na forma e pelas razões expendidas na inicial. Esse deposito é feito mediante mandado do juiz e notificação da parte. Não admite contestação. Alguns autores, adstritos à letra da lei, ensinam se deva efetuar, previamente, o «deposito e notificação» depois, o requerido. A proposta, diz Hugo Simas: «A quitação e de diminuta importancia, em geral tanto faz que o requerido seja notificado antes ou depois de sua realização, que não podera impedir» (Comentarios ao Código de Processo Civil, vol. III, Tomo I, par. 339). E acrescenta: «Parece-nos mais regular, porém, notificar o requerido antes do deposito. Ele não poderá contestar, mas poderá expor ao juiz o que lhe parecer justo ou conveniente contra esse deposito» (idem, obr. cit.). Tal entendimento se me afigura, por todos os titulos, correto. Nele arrimado, mando se notifique, previamente, a Fazenda Nacional, na pessoa do seu representante.

tribuinte, que recorresse ao poder impetrante.

b) garantir o Fisco, no caso de resultado favorável, contra qualquer dilapidação do patrimônio do contribuinte litigante, visando fraudar a execução.

Nada mais justo e mais lógico, iniciasse o Fisco «imediatamente», a execução dos seus créditos tributários, assim por ele julgados, de forma, normalmente, parcial, no contencioso administrativo, já que parte e juiz ao mesmo tempo.

O que se vê, entretanto, é o retardamento da execução, a fim de colocar o contribuinte numa situação de não discutir em Juízo, pela aplicação de sanções, as mais variadas, que vão inclusive desde o corte de créditos bancários ao pagamento antecipado de impostos, com reflexos às vezes insanáveis no capital de giro das empresas.

Quando a matéria em discussão com o Juízo é de clareza solar, o retardamento na execução não prejudica maiormente o contribuinte, que pode recorrer ao Poder Judiciário, através do remédio heroico do mandado de segurança.

Nem se argumente que sempre se poderia impetrar mandado de segurança contra sanções preliminares, matéria pacífica nos tribunais superiores, mas não na 1.ª Instância de São Paulo, onde, por exemplo, alguns de seus dignos juizes entendem que recolher antecipadamente impostos, APESAR DE APELAR O CAPITAL DE GIRO DAS EMPRESAS E ENSEJAR A APREENSÃO DE MERCADORIAS, A QUEM NÃO CUMPRIR A SANÇÃO DISCRIMINATORIA, é juridico e legal.

Assim sendo, o dever de executar o seu pretendido credito de imediato (a Fazenda entende ser faculdade) para garantir Fisco e Contribuinte do exame por um poder imparcial dos pontos divergentes, SEMPRE QUE RETARDADO, REPRESENTA UM ONUS INSUPPORTAVEL PARA O CONTRIBUINTE, agora agravado com a inedita formula criada pela Portaria n.º 168.

Por esta razão, o «abuso do poder», representado pela não execução de pretendidos créditos e a sua não discussão no Poder Judiciário, só pode ser elidido por alguma formula processual cabível e que, garantindo a Fazenda da mesma maneira que nos executivos fiscaes, coloque o contribuinte a salvo de qualquer onus ou penalidade, que poderá ir inclusive à prisão dos diretores da empresa, que ouse discutir com o Fisco.

Reza o artigo 108 do Código Tributario Nacional que: «Na ausencia de disposição expressa, a autoridade competente para aplicar a legislação tributaria utilizará sucessivamente, na ordem indicada:

I — a analogia;

II — os principios gerais de direito tributario;

III — os principios gerais de direito publico;

IV — a equidade;

§ 1.º — O emprego da analogia não poderá resultar na exigencia de tributo não previsto em lei.

§ 2.º — O emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido».

Por autoridade competente, à falta de distinção, entendemos todas elas administrativas e judiciais, e principalmente estas — já que estas são que esclarecem, de forma absoluta, a correta aplicação da legislação tributaria substantiva ou adjetiva.

Ora, a analogia e os principios gerais de direito publico são duas formas de interpretação que permitem a busca, no Direito Processual Civil, do remédio de defesa applicavel a um direito substantivo ameaçado.

Sendo o processo de executivo fiscal de iniciativa fazendária — e podendo ser retardado, na tentativa de forçar o contribuinte a aceitar, sem recurso ao Judiciário, a interpretação pela Fazenda imposta, somente um remédio processual que tivesse os mesmos efeitos da penhora e cuja iniciativa pudesse ser do próprio contribuinte evitaria a coação representada pelo atraso na execução.

Finalmente, transcreve trechos do voto do exmo. sr. ministro Rabello, nos autos do «habeas-corpus» impetrado pelos patronos dos diretores das firmas atingidas pela Portaria n.º 168, em que caracteriza que a intenção de o contribuinte pagar tributos, em discussão com o Fisco, por si só elide a figura da «apropriação indebita» e as sanções applicadas pela Portaria n.º 168:

«Assim, para que a apropriação indebita tenha lugar, é preciso, primeiro, que se configure a negativa de devolver a coisa, negativa esta que, sendo o elemento material do delicto, deve revelar-se de forma clara, iniludível e concreta, caracterizando o «animus res sibi habendi». Ora, do que li e do que aprendi dos autos, nunca, em tempo algum, manifestou a impetrante a intenção de não restituir o imposto em tela. Ha até a afirmativa feita pelo eminente impetrante, cuja palavra, alicerçada num passado não constituido à custa das faces roupa-gens que o poder costuma emprestar a pessoas até ontem absolutamente anônimas, me merece fé, de que a empresa e ele procuraram recolher o debito e fizeram gestões, inclusive perante a própria autoridade coatora, no sentido de esclarecimento do estranho episodio das guias preenchidas e deviadadas e até hoje não suficientemente apuradas do imposto a ser recolhido ao Banco do Brasil, fato que as informações da autoridade impetrada evidentemente não elucidam ou satisfazem. Assim, o que existe, até agora, e não o crime de apropriação — só se consuma quando manifestado, com a recusa da devolução, o «animus» de cometê-lo, mas, apenas, incidentes fiscaes derredor a um episodio de não recolhimento de imposto, que se multiplica aos milhões por este País afora, sob os olhos da Fazenda, ellas, sabidamente contida em procedimentos mais violentos pelas repercussões negativas, inclusive no campo social do desemprego, que, uma ação sua, menos complacente, pode desencadear. Tenho, por isso, que os impetrantes não cometeram por enquanto o crime, à sombra do qual a autoridade coatora lhes decretou a prisão administrativa. Concedo a ordem, sem prejuizo do processo regular, pedindo a atenção de meus illustres pares para os veementes pronunciamentos editados pelos Conselhos da Ordem dos Advogados do Rio e de São Paulo, contra a tese consubstanciada no texto agredido e que, a se tornar regra fiscal, seria a subversão da norma juridica vigente. Nem este Tribunal, nem qualquer juiz, pode desejar a impunidade dos fraudadores da lei. Mas, da lei. E, só da lei».

Ora, o simples fato de ter o contribuinte querido exercer o seu direito de garantir o Fisco, já por si elidiria as sanções penais, o que, entretanto, não atinge aquelas sanções fiscaes e materiais, a que estará sujeita, se não vier a assegurar a sua discussão antes do julgamento administrativo.

Entende o autor destas linhas que se faz necessario a acatamento da formula emprestada ao Código de Processo Civil para o processo especifico tributario, unica capaz de equilibrar o dever tributario, impetrante, pelo Fisco em faculdade de executar seus pretendidos credits, com garantia assegurada por penhoras de bens do contribuinte.

Se a proposta é, nesta forma, institucionalizar-se-ia o contencioso administrativo como única instancia decisoria, em virtude de sua natureza e da complexidade do direito e do fato constituido pelo caso, e a utilização da medida extrema representada pela instituição de segurança.