



FACULDADE DE DIREITO DA UNIVERSIDADE DO PORTO

Miguel Gonzalez Amado

**A GARANTIA IDÓNEA À LUZ DA RECENTE JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO
TRIBUNAL ADMINISTRATIVO**

VI CURSO DE ESPECIALIZAÇÃO EM DIREITO FISCAL

Janeiro de 2013

Com um especial agradecimento ao Dr. Rui Ribeiro Pereira por toda a disponibilidade e ajuda prestadas na elaboração do presente trabalho.

ÍNDICE

1. Introdução	IV
2. Tipos de Garantias Idóneas	V
3. Isenção da Prestação de Garantia	VIII
4. Ofício Circulado n.º 60.076	X
5. Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 0730/12	XII
6. Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 0208/12	XVI
7. Acórdão proferido no âmbito do processo n.º 01414/12	XVII
8. Conclusão	XVIII

1. INTRODUÇÃO

No âmbito do presente estudo, relevou o facto de durante o ano de 2012, a jurisprudência do Supremo Tribunal Administrativo (doravante “STA”) ter indicado, de forma reiterada, um caminho mais claro quanto ao conceito de idoneidade da garantia prestada em processo de execução fiscal.

Ainda que, após as mencionadas decisões jurisprudenciais, este conceito mantenha, do lado da Autoridade Tributária, uma margem para discricionariedade e nem sempre fácil determinabilidade, pretendemos com a elaboração deste trabalho, estabelecer um nexo de ligação entre as recentes decisões proferidas e a colocação das mesmas em prática, tentando desta forma contribuir para a diminuição, na esfera do contribuinte, das implicações gravosas que a prestação de uma garantia pode acarretar.

Numa época onde a máquina fiscal manifesta uma forma de actuação, por um lado, bastante incisiva e eficaz, demonstra, por outro lado, um *modus operandi* demasiadamente indiscriminado, causando violentos danos na esfera patrimonial dos contribuintes, através de interpretações legislativas exageradamente extensivas, carecendo da razoabilidade e proporcionalidade exigíveis ou até mesmo de total fundamentação legal, onde por exemplo, não raras vezes, são citados para efeitos de reversão fiscal, contribuintes que não exerciam à data dos factos tributários, qualquer cargo de administração, direcção ou gerência na sociedade devedora.

Deste modo, optamos por abordar de forma breve no ponto 2, os vários tipos de garantias idóneas previstas na lei. No ponto 3, trataremos de expor o regime legal da isenção da prestação de garantia. Posteriormente, cuidaremos de analisar no ponto 4 a posição defendida pela Administração Fiscal no Ofício Circulado n.º 60.076 e através da análise aos acórdãos do STA, efectuada nos pontos 5, 6 e 7, esperamos alcançar com sucesso o objectivo do presente estudo, concluindo no sentido de clarificar o regime da admissibilidade e idoneidade das garantias previstas no Código de Procedimento e de Processo Tributário (“CPPT”), o qual se encontra no ponto 8 do presente trabalho.

2. TIPOS DE GARANTIAS IDÓNEAS

Os tipos de garantias idóneas previstas no CPPT, concretamente no número 1 do artigo 199.º, consistem na garantia bancária, caução, seguro-caução ou qualquer outro meio susceptível de assegurar os créditos do exequente.

No artigo 195.º podemos observar as garantias especiais admitidas, as quais se baseiam na hipoteca legal e no penhor.

Por sua vez, o número 2 do artigo 199.º refere que a garantia idónea poderá consistir, ainda, a requerimento do executado e mediante concordância da administração tributária, em penhor ou hipoteca voluntária, aplicando-se neste caso o disposto no artigo 195.º, com as necessárias adaptações.

Dispõe também o número 4 do mencionado artigo, que vale como garantia idónea, a penhora já feita sobre os bens necessários para assegurar o pagamento da dívida exequenda e acrescido ou a efectuar em bens nomeados para o efeito pelo executado, no prazo mencionado no número 7.

Deste modo, importa de seguida definir, ainda que de forma breve, cada uma das garantias acima referidas, prestadas em sede fiscal em benefício da Fazenda Pública.

2.1. Garantia bancária

“As garantias bancárias são garantias pessoais prestadas por bancos. Podem consistir em fianças, mandatos de crédito, avales, aceites bancários ou ter natureza autónoma”.¹

No âmbito do direito fiscal, podemos defini-la como sendo o documento emitido pelo banco, a pedido do seu cliente (o requerente), a favor da Fazenda Pública (a beneficiária da garantia idónea) perante o qual o banco assume a obrigação de, nos termos do texto da garantia, pagar a dívida tributária, caso esta não seja cumpridas pontual e integralmente pelo seu cliente (o ordenador da garantia).

2.2. Caução

A caução, prevista no artigo 623.º e seguintes do Código Civil, consiste “(...) em toda e qualquer garantia que, por lei, decisão judicial ou negócio jurídico, é imposta ou

¹ ANTÓNIO MENEZES CORDEIRO, in *Manual de Direito Bancário*, pág. 636, 3.ª Edição, Almedina

*autorizada para assegurar o cumprimento de obrigações eventuais ou de amplitude indeterminada”.*²

2.3. Seguro-caução

Segundo definiu o Professor ALMEIDA COSTA³, o seguro-caução consiste na convenção por virtude da qual uma das partes (segurador) se obriga, mediante retribuição (prémio) paga pela outra parte (segurado), a assumir um risco ou conjunto de riscos e, caso a situação de risco se concretize, a satisfazer ao segurado ou a terceiro uma indemnização.

2.4. Hipoteca

Diz-nos o número 1 do artigo 686.º do Código Civil, que “*A hipoteca confere ao credor o direito de ser pago pelo valor de certas coisas imóveis, ou equiparadas, pertencentes ao devedor ou a terceiro com preferência sobre os demais credores que não gozem de privilégio especial ou de prioridade de registo*”.

Segundo nos indica o artigo 703.º, existem três espécies de hipoteca, as quais podem ser legais, judiciais ou voluntárias.

As hipotecas legais resultam directamente da lei, sem que dependam da vontade das partes, podendo constituir-se a partir do momento em que nasce a obrigação perante a qual servem de segurança. A este respeito cumpre referir, que a hipoteca legal, para efeitos de garantia da prestação tributária, depende de registo, tal como nos indica o número 3 do artigo 50.º da Lei Geral Tributária (“LGT”).

Por outro lado, a hipoteca judicial resulta de sentença, ainda que não tenha transitado em julgado, que condene o devedor à realização de uma prestação em dinheiro ou outra coisa fungível.

Por último, através de contrato onde sobressaia a vontade do credor ou declaração unilateral do devedor ou de terceiro, nasce a hipoteca voluntária, regulada no artigo 712.º e seguintes do Código Civil.

² MÁRIO JULIO DE ALMEIDA COSTA, in *Direito das Obrigações*, pág. 884, Almedina

³ MÁRIO JÚLIO ALMEIDA COSTA, *R.L.J.*, ano 129º, pág. 20 e 21

2.5. Penhor

Regulado no artigo 666.^o e seguintes do Código Civil, o penhor confere ao credor o direito preferencial face aos demais credores, de ver o seu crédito pago, bem como dos juros, caso existam, pelo valor de certa coisa móvel, ou pelo valor de créditos ou outros direitos não susceptíveis de hipoteca, pertencentes ao devedor ou a terceiro.

Pelo penhor, o devedor garante o cumprimento de determinada obrigação afectando a ela bens, sua propriedade ou de terceiro, não susceptíveis de hipoteca.⁴

⁴ MANUEL CASTELO BRANCO, in *A Garantia Bancária Autónoma no âmbito das garantias especiais das obrigações*, pág. 64, ROA, 1993

3. ISENÇÃO DA PRESTAÇÃO DE GARANTIA

Consideramos revestir-se de relevante interesse no presente estudo, abordar de seguida a temática da dispensa / isenção da prestação de garantia idónea em processo de execução fiscal.

A este respeito, consagra o número 4 do artigo 52.º da LGT que a Administração Fiscal pode isentar o contribuinte da prestação da garantia, desde que este demonstre i) que tal prestação causa na sua esfera um prejuízo irreparável ou ii) manifesta falta de meios económicos, revelada pela insuficiência de bens penhoráveis para o pagamento da dívida exequenda e acrescido. Em ambos os casos é condição necessária a desresponsabilização do executado pela situação de insuficiência ou inexistência dos bens. Nestes termos, basta que se verifique um dos pressupostos referidos em i) e ii), sendo sempre obrigatório o último requisito.

Cabe agora uma palavra para o ofício-circulado n.º 60.077, através do qual a Administração Fiscal elencou as condições a observar para a concessão da isenção da prestação da garantia. Pelo presente, definiu a Administração Fiscal de que forma se devem manifestar os requisitos previstos.

Assim, deve o prejuízo irreparável traduzir-se na impossibilidade de o executado manter e desenvolver a sua actividade económica, ocasionando um decréscimo ou mesmo interrupção dessa mesma actividade, devido aos encargos com a prestação da garantia bancaria.

De seguida, por manifesta falta de meios económicos, revelada pela insuficiência de bens penhoráveis, entende a Administração Fiscal tratar-se dos casos onde o executado manifesta total carência económica, directamente relacionada com a verificação da insuficiência de bens penhoráveis.

Por último, considera a Administração Fiscal que o executado deve fazer prova de que a insuficiência ou ausência de bens da sua esfera patrimonial não lhe pode ser imputável. Importa aqui observar que o ónus da prova recai sobre o contribuinte, em apreço com o número 1 do artigo 74.º da LGT e artigo 342.º do Código Civil.

Tratando-se de pessoas singulares, para além da prova que deve ser feita pelo executado, importa também que a Fazenda Publica não consiga demonstrar que a actuação do executado contribuiu para a sua situação actual de insuficiência. No caso de pessoas colectivas, tal requisito torna-se quase impossível de comprovar, devido ao facto de a Administração Fiscal considerar através do presente ofício, que existe sempre responsabilidade da empresa pelo destino dado aos bens, exceptuando os casos de catástrofe natural ou humana imprevisível.

Adicionalmente, cumpre referir que o pedido de dispensa deve ser requerido no prazo de 15 dias a contar da notificação enviada ao executado para prestação de garantia ou nos 30 dias seguintes no caso de o fundamento da dispensa se verificar após esses 15 dias, em conformidade com os números 1 e 2 do artigo 170.º do CPPT.

4. OFÍCIO CIRCULADO N.º 60.076

Através da presente instrução administrativa, proferida em 29 de Julho de 2010, pretendeu a Autoridade Tributária uniformizar a sua actuação em matéria de garantias.

Conforme decorre do ponto I do mencionado ofício, dispõe a Autoridade Tributária, que o conceito de idoneidade da garantia, mencionada no número 1 do artigo 199.º do CPPT e no número 2 do artigo 52.º da LGT, deve ser interpretado à luz do interesse público da regular cobrança dos tributos legalmente devidos ao credor tributário.

Assim, face ao interesse público, deve dar-se preferência às garantias que apresentem maior grau de liquidez, concretamente, “(...) *aquelas cujo valor monetário subjacente seja realizável de forma mais certa, directa e imediata (...)*”.

Tais directrizes passam assim a pautar a actuação da Autoridade Tributária, entendendo esta que estamos perante uma situação análoga àquela em que “(...) *o legislador revela clara preferência pela penhora de certos bens, precisamente aqueles cujo valor pecuniário é mais imediatamente realizável (...)*”.

Deste modo, oficializou a Autoridade Tributária a sua posição, expressando inequivocamente a sua preferência pela constituição de garantia bancária, caução ou seguro-caução, com fundamentos numa suposta intenção do legislador, que através do número 1 do artigo 199.º pretendia demonstrar a sua preferência por estes tipos de garantia face aos demais.

Em suma, decorre desta instrução administrativa que apenas nos casos em que se verifique total impossibilidade de constituição das garantias acima mencionadas, poderá a Autoridade Tributária admitir a constituição de garantia sobre bens móveis, como é o caso do penhor.

Concluimos então, que perante um pedido de substituição de garantia por parte do contribuinte, a Autoridade Tributária não aceitará uma garantia que revista um menor grau de liquidez do que aquela que já foi prestada, por daí resultar uma “*diminuição da probabilidade*” de cobrança da mesma.

Face ao exposto, ser-nos-á permitido constatar que a Autoridade Tributária expressa, através deste ofício, uma classificação qualitativa das diversas garantias que a lei dispõe, o que, conforme mais a frente poderemos comprovar, não se poderá considerar como aceitável.

O presente ofício parte por isso, de um critério subjacente à liquidez da garantia, o qual não assenta em qualquer base legal.

Ora, se a Administração Fiscal considera que se deve dar preferência à garantia bancária e ao seguro caução, questionamos de que forma poderá aquela demonstrar na prática tal preferência. Provavelmente, indeferindo todos os tipos de garantia prestados pelo contribuinte, até que este preste a pretendida garantia bancária.

Acontece que, importa não esquecer, o contribuinte é apenas notificado para prestar uma “garantia idónea”, sem que exista qualquer referência a uma garantia em concreto, e bem, logicamente.

Conclui-se assim do presente ofício, a fixação de critérios qualitativos e de hierarquização de garantias por parte da Administração Fiscal, quando, conforme mais a frente poderemos constatar, essa hierarquia não é sequer feita pelo legislador.

5. ANÁLISE À LUZ DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STA NO ÂMBITO DO PROCESSO N.º 0730/12

O acórdão proferido pelo STA, no âmbito do processo n.º 0730/12 revela-se de grande utilidade, no sentido em que nos permite perceber e confirmar a posição deste tribunal quanto à admissibilidade dos vários tipos de garantia, na mesma linha do acórdão já por si proferido em 15 de Fevereiro de 2012, no âmbito do processo n.º 0126/12.

Situação

No caso em apreço, através de requerimento dirigido ao Serviço de Finanças de Mangualde, pretenderam os executados proceder à substituição de garantia nos termos do número 7 do artigo 52.º da LGT, substituindo a hipoteca legal sobre um prédio, por um penhor sobre uma parte de um crédito que detêm.

Em resposta, o Serviço de Finanças indeferiu o pedido, concluindo que, “...*este tipo de garantia faz emergir, de forma evidente, o maior grau de risco que lhe está associado... são esses factores que em termos de idoneidade, colocam o penhor do crédito oferecido num patamar substancialmente inferior em relação à garantia já constituída e faz com que, da substituição pretendida, resulte num prejuízo para o credor tributário...*”.

Os executados reclamaram desta decisão para o Tribunal Administrativo e Fiscal (“TAF”) de Viseu, tendo este decidido em conformidade com os artigos 52.º da LGT e número 1 do artigo 169.º, 195.º e 199.º do CPPT, que os fundamentos invocados pela Fazenda Pública relativamente ao grau de risco de cobrabilidade da garantia, a serem aceites, introduziriam uma restrição ao conceito de idoneidade da garantia, que não tem suporte legal.

Deste modo, julgou assim procedente a reclamação apresentada pelo contribuinte, contra o despacho proferido pelo chefe do Serviço de Finanças de Mangualde, mediante o qual indeferiu a prestação de garantia através de penhor de um crédito que o reclamante detém sobre uma sociedade.

A Fazenda Pública recorreu desta decisão para o STA, tendo este, conforme veremos de seguida, concordado com o teor da sentença recorrida, negando provimento ao recurso.

Posição defendida pela Fazenda Pública

O ponto de partida para a análise às conclusões do STA, situa-se na imprecisão e indeterminabilidade da expressão garantia idónea, conferindo deste modo, ao órgão competente, o poder de apreciar, no caso concreto, a adequação do meio oferecido para assegurar a cobrança efectiva da dívida exequenda, abrindo, neste ponto, uma margem de discricionariedade à Administração Fiscal.

A este título, a Fazenda Pública acrescentou em sede de alegações que, *“Na falta de uma definição legal de garantia idónea, pode afirmar-se que o conceito de idoneidade depende da capacidade de, em caso de incumprimento do devedor e da correspondente necessidade de a executar, assegurar a efectiva cobrança dos créditos garantidos e resulta da conjugação do disposto no art. 169º com os arts. 199º e 217º do CPPT, ex vi n.º 2 do art. 52º da LGT”*.⁵

No processo em epígrafe, considera a Administração Fiscal que o objecto deste concreto penhor, oferecido como garantia, consubstancia um direito de crédito futuro, ainda não vencido e sendo a sociedade devedora deste crédito uma SGPS, o seu activo é constituído por participações sociais e créditos sobre participadas, alvo de grande variação em termos de valor de mercado, além da sua possibilidade de liquidação quase instantânea.

Assim, defende a Fazenda Pública, que a idoneidade da garantia prestada não deve apenas dizer respeito ao valor da mesma no momento em que é prestada, mas igualmente, ao valor da garantia no futuro, por forma a não afectar o risco de cobrabilidade do crédito. Com efeito, no momento da prestação da garantia, alega a Administração Fiscal, que deveria existir uma ponderação no sentido de assegurar que esta não se limite apenas à suficiência abstracta em termos de valor, mas também, que seja suficiente para garantir a eficaz e regular cobrança da dívida tributária.

Tal como mencionado acima, facilmente concluímos que a Administração Fiscal entende que, consubstanciando a expressão “garantia idónea” um conceito impreciso e indeterminado, esta tem o poder de apreciar, no caso concreto, a adequação ou não do meio oferecido como garantia à cobrança da dívida em questão.

E assim sendo, o indeferimento do pedido de substituição da garantia, fundamentou-se num eventual e hipotético prejuízo para o credor tributário, decorrente da suposta menor eficácia da garantia oferecida em substituição.

⁵ Vide Acórdão do STA n.º JSTA00067742 de 11/07/2012

Decisão do STA

A decisão do STA no âmbito deste processo foi ao encontro do acórdão já por si proferido em 15 de Fevereiro de 2012, relativo ao processo n.º 0126/12.

Importa primordialmente realçar, que o STA não ignora em momento algum, o interesse legítimo que a Fazenda Pública possui, quanto à realização de uma cobrança célere e eficaz relativamente aos créditos que detém. Não obstante, o direito igualmente legítimo que o executado possui, em discutir a legalidade da dívida exequenda, faz com estejamos perante um conflito de interesses.

Por forma a resolver tal conflito, lembra desde logo o STA, que a lei confere à Fazenda Pública, a faculdade de fazer depender a suspensão da execução fiscal da efectiva prestação de garantia idónea, capaz de garantir a totalidade da dívida exequenda.

No entanto, pelo facto de não se poder omitir os dois interesses aqui em jogo, a garantia que há-de ser adequada a satisfazer o interesse da Fazenda Pública, não deverá onerar ou afectar de forma grave os interesses legítimos do executado. Assim se compreende o alcance do artigo 199.º do CPPT, através do qual o legislador pretendeu consagrar um conceito amplo de garantia idónea, no sentido de acautelar a maior ou menor dificuldade para o executado em conseguir, sem afectar de forma excessivamente gravosa a sua situação, apresentar garantia adequada a suspender a execução.

Na mesma linha de pensamento, se deve interpretar o facto de o legislador não ter estabelecido nenhuma preferência ou qualquer graduação das garantias, em conformidade com a sua maior ou menor eficácia resultante da maior ou menor liquidez imediata.

Em apreço com a melhor doutrina⁶, *“Diz-se que na lei processual fiscal vigora como que um princípio geral da equivalência da caução, penhora e outras garantias idóneas, como a hipoteca (uma vez que, na presença de qualquer uma delas, a execução se suspende até decisão da oposição deduzida), devendo ser aceite pelo órgão exequente, aquela que, sem prejuízo do credor, melhor sirva os interesses do executado”*.

Entendeu por isso o tribunal, que o legislador não pretendeu atribuir à Administração Fiscal uma garantia plena e absoluta do seu crédito, até porque, encontrando-se o mesmo em discussão, em sede de reclamação, impugnação ou recurso judicial, não é certo que venha a confirmar-se a exigibilidade do mesmo. Deste

⁶ Rui Duarte Morais, *A Execução Fiscal*, p.78, 2.ª ed., Almedina, Coimbra.

modo, conclui que esta garantia deverá ser proporcional, razoável e adequada ao fim para o qual foi constituída.

No caso em análise e relativamente ao penhor objecto da garantia oferecida em substituição, alertou o Tribunal, em nossa opinião, de forma correcta, para o facto de que a referência que o legislador faz ao penhor, no artigo 199.º do CPPT, ainda que não se abstraia das suas especificidades, deve levar-nos sempre a equipará-lo enquanto garantia idónea, às demais garantias previstas no CPPT.

6. ANÁLISE À LUZ DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STA NO ÂMBITO DO PROCESSO N.º 0208/12

Situação

Numa execução fiscal instaurada para cobrança coerciva de dívida em sede de IRC, no montante de € 920.119,13, por forma a impugnar graciosa ou contenciosamente a liquidação em apreço, requereu a executada a fixação do montante da garantia a prestar, para efeitos de suspensão da execução, nos termos do artigo 169.º do CPPT.

Para o efeito, a executada apresentou um documento pelo qual, uma sociedade terceira se obriga perante a Administração Fiscal, como fiadora, pelo montante calculado pelo órgão de execução fiscal para efeitos de prestação de garantia, com expressa renúncia ao benefício da excussão prévia.

Neste sentido, a Administração Fiscal indeferiu o mencionado requerimento, em conformidade com as instruções referidas no ofício-circulado n.º 60076, já aqui analisado, considerando que a fiança não é um modelo legalmente admissível de prestação de garantia, apreciando a idoneidade da garantia da mesma de forma geral e abstracta. A executada reclamou para o TAF do Porto dessa decisão, tendo este conferido razão aquela, anulando deste modo o acto reclamado.

Posição defendida pela Fazenda Pública

A Administração Fiscal indeferiu a requerida prestação de garantia através de fiança, fundamentando-se no facto de esta não poder ser considerada como idónea, ignorando por completo a apreciação em concreto da capacidade económica do fiador.

Assim, considerou a Fazenda Pública, em linha com a sua recente actuação, que a fiança nunca poderia haver-se como garantia idónea, não assegurando plena e seguramente o interesse público de cobrança dos créditos por impostos, uma vez que possui um grau de liquidez inferior face às demais previstas no artigo 199.º do CPPT, podendo assim resultar, segundo a análise uma vez mais subjectiva por parte da Administração Fiscal, na criação de obstáculos relativamente à realização do valor monetário que lhe está subjacente.

7. ANÁLISE À LUZ DO ACÓRDÃO PROFERIDO PELO STA NO ÂMBITO DO PROCESSO N.º 01414/12

Situação

Por forma a contestar uma liquidação adicional em sede de IRC, solicitou a reclamante em requerimento dirigido ao Chefe de Serviço de Finanças de Oeiras 2, a indicação do montante da garantia a prestar, tendo em vista suspender a execução fiscal a instaurar após o decurso do prazo de pagamento voluntário do imposto em causa.

O Serviço de Finanças notificou o requerente do valor da garantia a prestar, tendo este apresentado requerimento de prestação de garantia constituída por uma fiança, emitida pela sua accionista única.

Por despacho proferido pelo Director de Finanças Adjunto da Direcção de Finanças de Lisboa, foi o pedido de prestação de garantia sob a forma de fiança indeferido, com fundamentos no facto de que a fiança não consta expressamente do artigo 199.º do CPPT, sendo por isso considerada pelo legislador como “(...) *outras formas de garantia consideradas mais débeis* (...)”.⁷

Sustentou ainda que é “ (...) *ilógico e insustentável entender que a Administração Tributária está vinculada à aceitação de qualquer outra garantia, ainda que de maior fragilidade, como se verifica com a fiança*”.

Contra o despacho *supra* mencionado, deduziu o contribuinte reclamação no TAF de Sintra, a qual viria a ser julgada procedente.

Por não concordar uma vez mais com a posição defendida pelo TAF, recorreu a Fazenda Pública desta decisão para o STA, alegando na sua generalidade, os fundamentos apresentados no âmbito dos acórdãos já aqui analisados, designadamente quanto à suposta graduação qualitativa de garantias face à sua maior ou menor liquidez e por isso maior ou menor debilidade.

Uma vez mais, em consonância com a mais recente jurisprudência deste tribunal, foi negado provimento ao recurso, mantendo-se a sentença recorrida.

⁷ Vide Acórdão do STA n.º JSTA000P15038 de 19/12/2012

8. CONCLUSÃO

Da análise dos acórdãos proferidos e em linha de pensamento com as conclusões deles resultantes e com melhor doutrina, trataremos neste ponto de concluir e perceber de que forma se colocam em prática as decisões jurisprudenciais em análise, clarificando a temática em apreço e tentando deste modo diminuir o grau de discricionariedade que tem residido no lado da Administração Fiscal quanto à definição do conceito de idoneidade e respectiva admissibilidade da garantia.

Primordialmente, decorre do actual número 7 do artigo 52.º da LGT, a admissibilidade, embora com carácter excepcional, da substituição da garantia prestada, desde que estejam reunidos dois requisitos, concretamente: **a)** o executado fazer prova do seu interesse legítimo da substituição; **b)** e daí não resulte prejuízo para o credor tributário.

Neste sentido, observando o disposto no número 1 do artigo 199.º do CPPT, resulta que, *“Caso não se encontre já constituída a garantia, com o pedido deverá o executado oferecer garantia idónea, a qual consistirá em garantia bancária, caução, seguro-caução ou qualquer meio susceptível de assegurar os créditos do exequente”*.

Refere ainda o número 2 do mesmo artigo que *“A garantia idónea referida no número anterior poderá consistir, ainda, a requerimento do executado e mediante concordância da administração tributária, em penhor ou hipoteca voluntária, aplicando-se o disposto no artigo 195.º, com as necessárias adaptações”*.

Chegados a este ponto, importa esclarecer que o facto de a lei prever, em relação à hipoteca voluntária e ao penhor, a concordância da Administração Fiscal, tal atribuição poderá traduzir-se, numa primeira análise, num maior poder por parte desta, quanto à apreciação do pedido. Não obstante, e tal como decorre da posição adoptada pelo STA nos acórdãos aqui apreciados, uma hipotética recusa deste pedido por parte da Fazenda Pública, implicará sempre, uma maior e melhor fundamentação da mesma, não podendo esta fundamentar-se em motivo diferente, que não o da insuficiência dos bens objecto da garantia, pois só aí, poderá incidir o prejuízo do credor tributário, previsto pelo actual número 7 do artigo 52.º da LGT.

Na mesma linha, entende o Tribunal que a partir do momento em que a garantia oferecida seja suficiente para garantir a totalidade do crédito exequendo e acrescido, a Administração Fiscal não poderá recusar a substituição da mesma, com base em critérios

qualitativos, “(...) *sob pena de recorrer em errónea interpretação e aplicação do art. 199º do CPPT conjugado com o n.º5 do art. 52.º da LGT*”⁸.

É de concluir, por isso, que a enumeração feita no número 1 do artigo 199.º do CPPT, não é taxativa, mas meramente exemplificativa, como resulta da parte final da norma, onde se prevê expressamente a possibilidade da garantia ser prestada por “(...) *qualquer meio susceptível de assegurar os créditos do exequente*”.

Caso se considerasse que apenas são admitidas as formas de garantia previstas nos números 1, 2 e 4 do mencionado artigo, não faria sentido o legislador optar pela presente redacção do número 1, pois não seria então admitido outro qualquer meio “*susceptível de assegurar os créditos do exequente*”. Se assim fosse, qual seria o objectivo do legislador ao definir este conceito mais abrangente e porque não teria optado pela enumeração taxativa e fechada das garantias idóneas admitidas?

Concretamente em relação à fiança, diz-nos o número 1 do artigo 627.º do Código Civil que, “*O fiador garante a satisfação do direito de crédito, ficando pessoalmente obrigado perante o credor*”. Diz ainda o artigo 634.º que “*A fiança tem o conteúdo da obrigação principal e cobre as consequências legais e contratuais da mora ou culpa do devedor*”.

Assim sendo, temos que a fiança, diversas vezes rejeitada pela Administração Fiscal enquanto garantia idónea, constituiu um meio capaz de assegurar convenientemente o pagamento da dívida exequenda e do acrescido, o que nos permite concluir que a mesma tem que ser aceite como um meio legalmente admissível de constituição de garantia, encontrando fundamento legal na última parte do número 1 do artigo 199.º do CPPT, desde que, em cada caso concreto cubra o crédito da Fazenda Pública.

Ainda em relação à fiança, destacamos as considerações feitas pelo Ministério Público no âmbito do processo n.º 01414/12, relativamente à admissibilidade da mesma, pelo facto de que, nem todas as formas de caução se consubstanciam em bens, podendo estas traduzirem-se, por exemplo, em direitos patrimoniais sobre terceiros pessoalmente obrigados perante o credor – como é o caso da fiança bancária. Neste caso, o elemento distintivo entre estas duas formas de caução é o facto de as primeiras se traduzirem em garantias reais e as segundas em garantias pessoais.

Importa lembrar, que quando o legislador pretendeu restringir as formas de garantia admissíveis, fê-lo sem qualquer margem para subjectividade, como é disso exemplo, o Despacho Normativo n.º 23/2009, de 17.06 que estabeleceu as garantias a

⁸ Vide Acórdão do STA n.º JSTA00067742 de 11/07/2012

prestar para o reembolso do IVA ou o artigo 193.º do Código Aduaneiro Comunitário, que, curiosamente, nem aí exclui a fiança.

Assim, o número 1 do artigo 199.º do CPPT configura uma enumeração exemplificativa das situações consideradas por lei como susceptíveis de revestirem a qualidade de garantia idónea, não constituindo por isso um *numerus clausus*.

Como já mencionamos anteriormente, não é a garantia no seu conceito geral e abstracto, que por si só atesta a sua idoneidade, mas antes, a avaliação individual e em concreto quanto à sua susceptibilidade de assegurar o pagamento da quantia exequenda e acrescido. Temos assim que, em nossa opinião, a discricionariedade conferida ao órgão de execução fiscal não contempla a possibilidade de aceitar ou não a garantia do contribuinte. Esta apenas se refere à análise no sentido de perceber se a garantia é idónea, por forma a garantir o bom pagamento da quantia exequenda.

Em suma, desde que a garantia oferecida i) assegure o pagamento integral da dívida ii) durante todo o período da dívida iii) e no caso específico da fiança, seja prestada por entidade com demonstrada capacidade de cumprimento, importa concluir com toda a clareza, que o órgão de execução fiscal fica deste modo obrigado a aceitar a mesma, por forma a manter o escrupuloso cumprimento da lei.

Assim sendo, sempre que a Administração Fiscal não demonstrar concretamente que a garantia oferecida é inidónea para suportar o pagamento integral da dívida, não poderá aquela obrigar o executado a prestar outro tipo de garantia.

De salientar, que pelo facto de não ser permitido à Administração Fiscal, graduar qualitativamente a garantia a prestar, com base na sua maior ou menor eficácia resultante da maior ou menor liquidez imediata, não significa que aquela se encontre numa posição de maior fragilidade. A este título convém não esquecer a faculdade prevista no número 10 do artigo 199º do CPPT e no número 3 do artigo 52.º da LGT, através do qual a Fazenda Pública, conforme o STA também lembrou, pode ordenar o reforço da garantia, caso se revele uma significativa diminuição do valor dos bens.

Aliás, no que respeita à liquidez, como se poderá facilmente concluir, esta nada tem a ver com a “*realização certa, directa e imediata*” que decorre do ofício-circulado n.º 60.076 refere, uma vez que, numa relação de crédito – como é a relação tributária – a liquidez se traduz apenas na capacidade de solver as dívidas.

A este respeito convém ainda realçar, que se porventura o legislador atribuísse à Administração Fiscal, através do número 1 do 199.º do CPPT, a responsabilidade de hierarquizar as garantias ou ter a liberdade e o direito de escolher conforme a sua conveniência, a garantia a prestar pelo contribuinte, tal norma seria desde logo, em nossa opinião, materialmente inconstitucional.

Em suma, uma das principais ilações que devemos retirar da jurisprudência *supra* mencionada tem que ver com o facto de que qualquer juízo relativo à idoneidade de uma garantia, só poder ser formulado através da análise concreta da susceptibilidade da garantia em questão quanto à capacidade de assegurar o pagamento da quantia exequenda e do acrescido.

Caso a resposta seja afirmativa, a partir do momento em que a garantia oferecida cubra a totalidade do crédito exequendo e acrescido, não poderá a Administração Fiscal recusar a sua substituição com fundamentos em aspectos qualitativos e de menor ou maior liquidez, sob pena de incorrer em interpretação e aplicação errónea do artigo 199.º do CPPT.

A título exemplificativo, apesar de uma garantia bancária poder oferecer à exequente uma maior liquidez imediata do que um penhor de coisas, trata-se de uma garantia mais onerosa para o executado. Por isso mesmo, por forma a prevenir tais casos, consagrou o legislador no artigo 199.º do CPPT um conceito amplo de garantia idónea, com vista a permitir ao executado, prestar a garantia e poder exercer o seu direito de suspender a execução, sem com isso prejudicar exageradamente a sua situação patrimonial.

Note-se que, através da criação de obstáculos como a graduação das garantias idóneas, pode a Administração Fiscal estar, mais do que a dificultar, a limitar e obstruir o acesso ao direito por parte dos contribuintes, o que, a ser assim, constitui um grave ataque ao Estado de Direito democrático.

Adicionalmente, cumpre referir que a Administração Fiscal tem ao seu dispor, muito para além dos simples e abstracto indeferimento, um conjunto de soluções, que poderão consistir na solicitação de mais elementos relativos à garantia que o contribuinte pretende prestar, na avaliação em concreto e com detalhe da garantia a prestar, através da exigência de uma actualização regular quanto ao estado da garantia ou situação contabilística da empresa fiadora, no caso de fiança, ao invés de pura e simplesmente, indeferir o pedido.

Esta forma de actuação deve, em nossa opinião e com base na análise efectuada no presente trabalho, constituir as balizas de actuação do órgão da execução fiscal.

Não obstante, importa ainda lembrar que, em conformidade com número 9 do artigo 199.º do CPPT e n.º3 do artigo 52.º da LGT, a Fazenda Pública pode sempre invocar a figura do reforço da garantia prestada, caso considere que existe diminuição significativa do valor dos bens.

Aqui chegados, podemos concluir que o ofício-circulado n.º 60.076, que tem servido de comando na actuação da Administração Fiscal em matéria de admissibilidade

de garantias, não respeita o número 1 do artigo 199º do CPPT, o qual exige, sem mais, a prestação de uma qualquer garantia, desde que esta seja suficiente para assegurar os créditos em causa. Por isso, não possuindo esta instrução administrativa força de lei, em obediência ao princípio constitucional da legalidade fiscal, plasmado no número 2 do artigo 103.º e alínea i) do número 1 do artigo 165.º, ambos da Constituição da República Portuguesa e fazendo a Administração Fiscal uma leitura extensiva da letra da lei, pretendendo nela incluir situações que não estão expressamente previstas, encontramos em posição de concluir que a actuação daquela se tem efectuado, com base na violação do disposto no número 4 do artigo 11.º da LGT.

Por tudo quanto foi aqui exposto, entendemos que a actuação da Administração Fiscal se deve orientar segundo o princípio da proporcionalidade previsto no número 2 do artigo 266.º da Constituição da República Portuguesa que, em conjugação com o artigo 46.º do CPPT e número 2 do artigo 5.º do Código de Procedimento Administrativo, direccionam esta actuação para a necessidade de existir uma ponderação dos interesses em jogo, neste caso os da Administração Fiscal e do contribuinte, por forma a não lesar nenhum deles, o que, conforme pudemos constatar, não tem acontecido. Não obstante, esperamos e aguardamos pela alteração do comportamento actual por parte da Administração Fiscal, em consonância com as decisões jurisprudenciais havidas durante o ano de 2012.

9. BIBLIOGRAFIA

- CORDEIRO, ANTÓNIO MENEZES, Manual de Direito Bancário, 3.^a Edição, Almedina
- NABAIS, JOSÉ CASALTA, Direito Fiscal, 2.^a Edição, Almedina
- TEIXEIRA, GLÓRIA e FERREIRA DA CUNHA, ARY, I Congresso de Direito Fiscal, VidaEconómica, 2011
- VARELA, JOSÉ DE MATOS ANTUNES, Das Obrigações em Geral, Vol. I, 10.^a Edição, Almedina
- COSTA, MÁRIO JULIO DE ALMEIDA, Direito das Obrigações, Almedina, 2009
- BRANCO, MANUEL CASTELO, A Garantia Bancária Autónoma, ROA, 1993

Websites:

www.dgsi.pt

www.legix.pt

www.pwc.pt/pt/pwcinforfisco