

ERESP em RESP n. 1.163.553

1. Breve descrição dos fatos e das questões jurídicas abordadas no acórdão.

O texto aborda a decisão proferida pela 1ª Seção nos autos dos Embargos de Divergência em RESP n. 1.163.553 (Rel. p/ acórdão Min. Campbell Marques, j. 22/04/2015), cuja relevância está em definir os limites e situações em que o ente público pode, nas Execuções Fiscais, solicitar a penhora de ativos financeiros para fins de garantia do crédito tributário, ou a substituição de garantia apresentada voluntariamente pelo executado.

Questão recorrente e sensível no âmbito do Direito Tributário diz respeito à penhora de ativos financeiros – penhora *on line*, como usualmente denominada – nas Execuções Fiscais ajuizadas pelos entes públicos.

O tema, de um lado, é de extrema relevância aos contribuintes, por conta dos efeitos que a indisponibilidade abrupta e repentina de ativos financeiros representa na vida pessoal (pessoas físicas) ou no regular exercício de atividades empresariais (pessoas jurídicas). De outro, também é de suma importância à Fazenda Pública, na medida em que, dependendo do regime aplicável aos depósitos judiciais, os recursos já são disponibilizados imediatamente ao Tesouro, como sucede, por exemplo, no âmbito federal (Lei n. 9.703/98, art. 1º, §2º).

Além do mais, é de conhecimento público a baixa taxa de recuperação de créditos tributários cobrados na via executiva, em razão da não localização de devedores e/ou de bens ou direitos penhoráveis, o que faz com que a penhora *on line* seja vista pelos entes públicos como mecanismo eficaz de captação de recursos.

Somando-se a esse quadro as alterações legislativas e a evolução do pensamento jurisprudencial nos últimos anos, tem-se como inequívoca a função do Superior Tribunal de Justiça, como órgão jurisdicional cuja finalidade é pacificar a jurisprudência no que respeita às matérias de natureza legal, em definir as hipóteses em que essa modalidade de constrição é cabível.

2. Análise teórica e dogmática dos fundamentos do acórdão.

Por muito tempo prevaleceu, no Poder Judiciário e junto aos próprios operadores do direito em geral¹, o entendimento de que o executado, uma vez citado para responder à cobrança, poderia escolher uma das garantias previstas no art. 11 da Lei n. 6.830/80, competindo ao ente público demonstrar a possibilidade de observância da ordem legal.

Entendia-se que o princípio da menor onerosidade previsto no art. 620 do CPC/73² (equivalente ao art. 805 do CPC/15) dava guarida ao executado para optar pela garantia, dentre quaisquer daquelas previstas legalmente. Pouca importância se dava à ordem lá prevista, sendo comum a aceitação de bens e/ou direitos de pouca atratividade (tais como pedras preciosas, títulos públicos de validade duvidosa ou valor de mercado muito inferior ao de face, máquinas e equipamentos antigos etc.) ou aptidão para, efetivamente, satisfazer o crédito tributário na hipótese de improcedência ao final dos Embargos à Execução.³

A jurisprudência evoluiu a partir da constatação de que, em razão da baixa qualidade das garantias, a finalidade da Execução Fiscal restava prejudicada em si o que, aliado às alterações promovidas na legislação, em especial pela Lei n. 11.382/06 (que alterou, dentre outros, os artigos do CPC relacionados às garantias, destacando-se a inserção do art. 655-A) e Lei Complementar n. 118/05 (que alterou o CTN, lá inserindo o art. 185-A, que estabelece os requisitos para a indisponibilidade de bens e direitos), passou a justificar a autorização para medidas mais eficazes do ponto de vista da recuperação do crédito tributário.

Marco importante nessa alteração da jurisprudência sobreveio com o julgamento, sob a forma do art. 543-C do CPC, do RESP n. 1.184.765 (Min. Luiz Fux, j. 24/11/2010). Nele consolidou-se posição que já vinha sendo adotada pela 1ª e 2ª Turmas no sentido de que a penhora *on line* via sistema BACEN-JUD (que permite ao juiz o bloqueio automático das contas do executado, sem a necessidade de intervenção do Banco Central,

¹ Na doutrina citam-se, dentre outros, Humberto Theodoro Junior, *Lei de Execução Fiscal*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011, p. 125 e Ricardo Cunha Chimentí, Carlos Henrique Abraão, Manoel Álvares, Maury Ângelo Bottesini e Odmir Fernandes, *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*, 5ª Ed., São Paulo, RT, 2002, p. 154.

² Art. 620: Quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor.

³ “*Não se recomenda, dessarte, levar a ferro e a fogo a ordem de nomeação prevista no artigo 11 da LEF, sob pena de, não raro, obstruir a possibilidade de pronto pagamento da dívida.*” ERESP 399.557, Min. Franciulli Netto, j. 08/10/2003.

da expedição de ofício ou qualquer outra formalidade), prescinde do esgotamento de diligências destinadas à localização de bens ou direitos penhoráveis do executado.

Decidiu-se, na ocasião, que o art. 655-A do CPC/73 (equivalente ao art. 854 do CPC/15) seria aplicável às Execuções Fiscais, a despeito do contido no art. 185-A do CTN e da opinião de balizada doutrina⁴, que estabelece requisitos para a indisponibilidade de bens e direitos (conceito no qual se enquadra da penhora *on line*), dentre os quais a não localização de bens penhoráveis.⁵

Aplicou-se ao caso a “Teoria do Diálogo das Fontes”, segundo a qual as normas benéficas supervenientes prevalecem sobre as normais especiais “*a fim de preservar a coerência do sistema normativo.*”⁶ Assim, se ao credor privado seria lícito, nos termos do art. 655-A do CPC/73, solicitar a penhora de ativos financeiros independentemente do esgotamento de diligências junto ao devedor (conforme interpretação que a própria Seção deu a esse dispositivo processual), igual faculdade, por maior razão, caberia ao credor público, que atua em nome de toda a coletividade.

O problema é que, a partir de uma interpretação simplista do referido julgado, a decretação da penhora *on line* disseminou-se nos Tribunais e juízos de primeira instância, mesmo em situações nas quais tal modalidade não tem cabimento por conta do direito reservado aos executados ao oferecimento prévio de garantia idônea e menos onerosa, como sucede exemplificativamente com a fiança bancária e o seguro garantia (este, após sua positivação na Lei n. 6.830/80, o que ocorreu com a edição da Lei n. 13.043/14).

Esse entendimento foi reforçado com a decisão proferida nos Embargos de Divergência em RESP n. 1.077.039 (Min. Mauro Campbell Marques, Rel. p/ acórdão Min. Herman Benjamin, j. 09/02/2011), na qual prevaleceu o entendimento, ainda que por maioria apertada (4x3), acerca da impossibilidade de substituição de depósito judicial (onde se

⁴ Cassio Scarpinella Bueno, *Algumas considerações sobre a Execução Fiscal e o Código de Processo Civil reformado na Jurisprudência do STJ*, in *Direito Tributário e os Conceitos de Direito Privado* (obra coletiva), IBET, 2010, p. 191/192.

⁵ Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus bens e direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial.

⁶ Acórdão citado, p. 24.

enquadra a penhora *on line*, eis que, quando implementada, resulta na conversão em depósito judicial) por fiança bancária.

Discutiu-se, nesse caso, se o art. 15, I da Lei n. 6.830/80⁷ autorizaria ao executado, independentemente de anuência da Fazenda Pública, a substituição de depósitos por fiança.

A posição majoritária, adotada no voto do Exmo. Min. Herman Benjamin, foi no sentido de que o princípio da menor onerosidade, previsto no art. 620 do CPC/73 (art. 805 do CPC/15), “*não pode ser utilizado de modo genérico e abstrato como verdadeiro ‘salvo-conduto’ da parte inadimplente. O aludido princípio somente deve ser aplicado quando o devedor comprovar que a dívida pode ser solvida, em condições iguais ou similares, por mais de uma forma, e que a opção por uma delas, específica, lhe causa prejuízos.*”⁸

Essa reafirmação do entendimento da prevalência absoluta da garantia em dinheiro foi novamente estabelecida pela 1ª Seção no julgamento do RESP n. 1.337.790 (Min. Herman Benjamin, j. 12/06/2013), desta feita por unanimidade, ao qual foi aplicado o regime do art. 543-C do CPC, no qual se decidiu que “*em princípio*” o executado pode indicar um bem ou direito previsto na lista da Lei n. 6.830/80, sendo dele “*o ônus de comprovar a imperiosa necessidade de afastá-la, e, para que essa providência seja adotada, mostra-se insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC.*”⁹

Firmada a posição de que o dinheiro (depósito voluntário ou decorrente de penhora *on line*) precede a todas as formas de garantia, de que não existe a necessidade de verificação de outros bens/direitos passíveis de penhora e ainda que, salvo situações excepcionais e devidamente justificadas, não tem cabimento a invocação do princípio da menor onerosidade, a penhora de ativos passou a ser a regra.

A rotina forense passou a observar a decretação de penhora *on line* de modo quase automático e não apenas quando não localizados ou apresentados bens ou direitos pelo executado. Mesmo no caso de apresentação de garantias inequivocamente idôneas, como a fiança bancária e o seguro garantia, passou a ser comum a recusa do ente fazendário,

⁷ Art. 15 - Em qualquer fase do processo, será deferida pelo Juiz:

I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro, fiança bancária ou seguro garantia.

⁸ Acórdão citado, p. 34.

⁹ Ementa, item 7.

quer por impugnar uma ou outra cláusula específica da fiança ou do seguro (sem, neste caso, admitir sua possível correção pelo executado), quer, em muitos casos, por simplesmente alegar que o dinheiro precede às demais modalidades previstas em lei.

É nesse momento que ganha destaque a decisão proferida pela 1ª Seção nos Embargos de Divergência no RESP n. 1.163.553 (Min. Arnaldo Esteves de Lima, Rel. p/ acórdão Min. Mauro Campbell Marques, j. 22/04/2015), ora comentado.

Vencido apenas o Exmo. Min. Herman Benjamin, decidiu-se por maioria ampla que, uma vez oferecida e aceita fiança bancária em garantia ao débito executado, o que poderia suceder com qualquer outro tipo de garantia igualmente idônea, não pode a Fazenda Pública pleitear sua substituição por depósito em dinheiro (no caso, o pedido recaía sobre dividendos que viriam ser distribuídos pela companhia executada).

Enquanto a posição vencida sustentava que *“à evidência, para a parte inadimplente sempre será mais confortável que a Execução seja feita mediante expropriação de bens alternativos ao dinheiro em espécie”*¹⁰, prevaleceu o entendimento de que a possibilidade de a Fazenda Pública requerer a penhora de ativos não é absoluta, porque *“esse direito subjetivo, que também se mostra como instrumento para melhor atender os interesses do credor (art. 612 do CPC¹¹), deve ser compatibilizado com o princípio da menor onerosidade ao devedor (art. 620 do CPC¹²), de forma que esse direito do credor deve ser mitigado nos casos em que a substituição postulada implique gravame desproporcional ou risco à própria subsistência do devedor.”* Essa posição tem sido mantida em acórdãos posteriores.¹³

Esse novo entendimento é relevante porque os julgados anteriores da 1ª Seção, que vinham adotando a posição de que o dinheiro precede a tudo e a penhora de ativos poderia ser solicitada ao talante da Fazenda Pública, não haviam examinado, especificamente, a situação em que o executado apresenta garantia apta a assegurar os interesses da Fazenda Pública, com igual segurança e rapidez na liquidação, mas menos onerosa em comparação com o depósito judicial, tal como sucede exemplificativamente

¹⁰ Acórdão citado, p. 24.

¹¹ Equivalente ao art. 797 do CPC/15.

¹² Equivalente ao art. 805 do CPC/15.

¹³ AgRg no RESP n. 1.249.064, Min. Napoleão Nunes Maia Filho, j. 26/04/2016 e AgRg n. 1.551.788, Min. Humberto Martins, j. 03/12/2015.

com a fiança bancária e o seguro garantia, desde que, evidentemente, prestados por instituições idôneas e com cláusulas não lesivas aos interesses do ente garantido.

Isso é relevante porque algumas entidades de Direito Público admitem elas próprias, mediante ato administrativo, a apresentação de garantias alternativas ao depósito judicial, tais como a fiança bancária e o seguro garantia, estas inclusive equiparadas ao depósito em dinheiro, pela Lei nº 6.830/80 (art. 15, I). No âmbito Federal, as Portarias PGFN ns. 644/09 e 164/14 preveem essa possibilidade. Quanto ao seguro garantia, importante observar que sua aceitação vinha sendo admitida pela Procuradoria da Fazenda Nacional antes mesmo da inserção dessa modalidade no art. 9º da Lei n. 6.830/80 (Lei n. 13.043/14).

Desse modo, se o próprio ente público faculta ao executado, uma vez citado, apresentar outros tipos de garantia, não parece razoável admitir-se a aplicação indistinta do art. 655-A do CPC/73 (art. 854 do CPC/15), no sentido de permitir ao ente público solicitar diretamente a penhora *on line* em detrimento de qualquer outra garantia que venha a ser apresentada pelo executado no prazo legal (ou mesmo sem possibilitar ao executado eventual alteração dos termos constantes da fiança bancária ou do seguro garantia apresentados, quando se mostre efetivamente necessária), sendo importante observar que, antes da citação, a jurisprudência da 1ª Seção é firme no sentido da impossibilidade de penhora *on line*¹⁴, em linha com a doutrina sobre o tema.¹⁵

Esses novos julgados podem ser vistos como um freio à interpretação que passou a ser adotada em muitos juízos e Tribunais de segundo grau, no sentido de prevalência rigorosa do dinheiro, ainda que mediante indisponibilidade de recursos via penhora *on line* sem prévia ciência do executado, sem ao menos facultar ao contribuinte o direito, a seu exclusivo critério, de apresentação de garantias idôneas que tenham o mesmo efeito de garantir o crédito tributário impugnado.

3. Considerações finais.

¹⁴ AgRg no RESP n. 1.353.313, Min. Benedito Gonçalves, j. 03/12/2015. Outros precedentes nesse sentido são citados no próprio acórdão.

¹⁵ Hugo de Brito Machado, *Execução Fiscal: novos questionamentos*, in *Execução Fiscal* (obra coletiva), Pesquisas Tributárias, 2007, p.77,

Não há dúvida de que a execução, inclusive fiscal, realiza-se no interesse do credor (arts. 612 do CPC/73 e 797 do CPC/15). Também é certo que o sistema repugna a aceitação de garantias que, de antemão, sabe-se que não serão passíveis de excussão na hipótese de legitimação da dívida. A legislação processual e de execuções fiscais, ademais, elencam o dinheiro em primeiro lugar na lista de garantias passíveis de apresentação.

Contudo, a aceitação da penhora *on line* não é absoluta. Há casos em que, mediante interpretação sistemática da legislação e de princípios nela próprios contidos, como o da menor onerosidade, extrai-se ser direito exclusivo do executado o oferecimento de garantia idônea e que, embora menos onerosa a si, atende aos interesses do ente público no que respeita aos requisitos de segurança e rapidez na liquidação.

Logo, não parece razoável admitir ao ente público solicitar a penhora *on line* antes de facultar ao executado optar por apresentar garantia idônea no prazo legal após a citação ou possibilitar-lhe eventual adequação que se mostre necessária na garantia apresentada, tampouco – e por maior razão – admitir sua substituição por dinheiro quando já apresentada ou aceita pelo Juízo.

Nesse sentido, a posição adotada pela 1ª Seção a partir dos Embargos de Divergência em RESP n. 1.163.533 traz uma modificação significativa no entendimento que até então vinha sendo adotado e a partir do qual a penhora *on line* passou a ser disseminada.

Extrai-se do julgado que cabe ao executado, quando citado, apresentar garantia idônea no prazo legal e demonstrar sua aptidão para atender aos interesses do ente público. O ente público deve aceitar a oferta se a garantia mostrar-se objetivamente idônea e comprovadamente não trazer riscos à satisfação do crédito tributário. Se a garantia não se mostrar apta e, mesmo intimado a tanto, não proceder o executado à sua regularização, terá cabimento a penhora de ativos financeiros.

Luís Henrique da Costa Pires, mestre em Direito de Estado pela Faculdade de Direito da Universidade de São Paulo, advogado.

BIBLIOGRAFIA

BUENO, Cassio Scarpinella. *Algumas considerações sobre a Execução Fiscal e o Código de Processo Civil reformado na Jurisprudência do STJ*, in *Direito Tributário e os Conceitos de Direito Privado* (obra coletiva), IBET, 2010.

CUNHA, Ricardo Chimenti; ABRAÃO, Carlos Henrique; ÁLVARES, Manoel; BOTTESINI, Maury Ângelo e FERNANDES, Odmir. *Lei de Execução Fiscal Comentada e Anotada*, 5ª Ed., São Paulo, RT, 2002.

MACHADO, Hugo de Brito. *Execução Fiscal: novos questionamentos*, in *Execução Fiscal* (obra coletiva), Pesquisas Tributárias, 2007.

THEODORO JUNIOR, Humberto. *Lei de Execução Fiscal*, 12ª ed., São Paulo, Saraiva, 2011.