



Primeira Seção

**AGRAVO INTERNO NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO
EM RECURSO ESPECIAL N. 785.140-RS (2015/0249111-6)**

Relator: Ministro Og Fernandes

Agravante: Estado do Rio Grande do Sul

Procurador: Nei Fernando Marques Brum - RS034241

Procuradora: Karina da Silva Brum e outro(s) - RS030270

Agravado: Maria Senhorinha Vargas de Avila

Advogados: Décio Gianelli Rodrigues Martins - RS019556

Luciana Farias - RS050581

Interes.: Luciana Farias

Interes.: Decio Gianelli Rodrigues Martins

EMENTA

Agravo interno nos embargos de divergência nos embargos de divergência em agravo em recurso especial. Exame da controvérsia, apesar do não conhecimento do recurso pelo acórdão embargado. Cabimento. Execução. Prescrição. Termo inicial. Trânsito em julgado da decisão na ação de conhecimento. Aguardo de documentos em poder do devedor. Desnecessidade. Recurso Especial Repetitivo n. 1.336.026/PE. Modulação dos efeitos. Decisão exequenda transitada em julgado antes de 17/3/2016. Prescrição. Não ocorrência.

1. É embargável o acórdão que, em recurso especial, divergir do julgamento de qualquer outro órgão do mesmo tribunal, quando ambos tenham examinado a controvérsia, ainda que um deles não tenha conhecido do recurso. Inteligência do art. 1.043, III, do CPC/2015.

2. Na hipótese dos autos, pretende o ente público o reconhecimento da prescrição na ação executiva, porquanto superado o lapso de cinco anos contados do trânsito em julgado na ação de conhecimento. O acórdão embargado negou provimento ao recurso especial estabelecendo que: a) o prazo prescricional inicia-se no momento em que finda a liquidação; b) a apuração de quando o título executivo se tornou líquido esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

3. A Primeira Seção desta Corte Superior, no julgamento do REsp 1.336.026/PE, analisado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes

do CPC/2015, registrou que, com a vigência da Lei n. 10.444/2002, a qual incluiu o § 1º ao art. 604 do CPC/1973, o acertamento do valor da condenação carente de simples cálculos aritméticos perdeu a natureza de liquidação. Ademais, com a possibilidade de reputar-se correta a conta do credor na hipótese de não entrega pelo devedor dos dados em seu poder, não mais existe justificativa para o retardamento da ação executiva.

4. No exame de embargos declaratórios opostos contra esse julgado, aquele órgão julgador, a par de correções e esclarecimentos, promoveu a modulação dos efeitos da decisão, com base no art. 927, § 3º, do CPC/2015, consignando que, para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de cinco anos para a propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017 (data da publicação do acórdão do recurso representativo de controvérsia).

5. No caso, o trânsito em julgado da decisão exequenda operou-se em 27/3/2007, no que resulta a não ocorrência da prescrição.

6. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 10 de outubro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Og Fernandes, Relator

DJe 18.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Og Fernandes: Trata-se de agravo interno nos embargos de divergência interposto pelo Estado do Rio Grande do Sul contra decisão de e-STJ, fls. 400/405 que não conheceu dos embargos de divergência ante a pretensão de se discutir equívoco contra regra técnica da admissibilidade de recurso especial.

Defendeu, em síntese, o cabimento dos embargos.

O presente feito foi sobrestado em razão de a controvérsia ter sido afetada para julgamento pelo rito dos recursos representativos de controvérsia – REsp 1.336.026/PE.

Concluído o julgamento do citado recurso especial repetitivo, vieram os autos conclusos.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Og Fernandes (Relator): O presente recurso não merece prosperar.

Trata-se de embargos de divergência interpostos pelo Estado do Rio Grande do Sul – RS contra acórdão da Primeira Turma desta Corte Superior, assim ementado (e-STJ, fls. 322/323):

Agravo regimental no agravo em recurso especial. Administrativo e Processual Civil. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. Prescrição da pretensão executiva. Alegação de ofensa ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Arts. 189, 192 e 197 a 204 do CC de 2002. Ausência de prequestionamento. Súmula 211 do STJ. Demora na citação. Não ocorrência da prescrição. Inexistência de inércia da parte exequente. Revolvimento de matéria fático-probatória. Incidência da Súmula 7/STJ. Agravo regimental do Estado do Rio Grande do Sul desprovido.

1. A afetação de tema pelo Superior Tribunal de Justiça como representativo da controvérsia, nos termos do art. 543-C do CPC, não impõe o sobrestamento dos recursos especiais que tratem de matéria afetada, aplicando-se somente aos tribunais de segunda instância.

2. No que diz respeito à suposta violação do art. 535, II do CPC, observa-se que o Tribunal *a quo*, ao contrário do alegado, manifestou-se fundamentadamente a respeito de todas as questões postas à sua apreciação e, ao final, decidiu contrariamente aos interesses do Ente Federativo, que buscou, com os Embargos

de Declaração, a reapreciação do mérito da causa. Logo, em virtude da não ocorrência de omissão, contradição ou obscuridade não se verifica ofensa à regra ora invocada.

3. A Corte de origem destramou a questão da prescrição consignando que não houve inércia da parte na fase de liquidação, conforme se depreende das cópias dos documentos que instruem os autos.

4. A desconstituição da conclusão a que chegou a instância ordinária, tal como propugnado, ensejaria nova incursão no acervo fático-probatório da causa, medida vedada na via estreita do Recurso Especial, a teor da Súmula 7 desta Corte.

5. O acórdão recorrido está em consonância com o entendimento desta Corte de que a liquidação é fase do processo de cognição, só sendo possível iniciar a execução quando o título apresentar-se líquido. Desta feita, o lapso prescricional da ação de execução só tem início quando finda a liquidação

6. Agravo Regimental do *Estado do Rio Grande do Sul* desprovido.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados (e-STJ, fls. 366/367).

O embargante alega que, muito embora tenha o julgado aplicado a orientação da Súmula 7/STJ, houve apreciação do mérito da controvérsia, circunstância que autoriza este recurso.

Afirma que a Segunda Turma, no julgamento do AREsp 360.921/MA, examinando hipótese idêntica, enfrentou o mérito da questão e estabeleceu que, “[...] após transcorrido o lapso quinquenal, não há que se perquirir acerca de culpa da Fazenda Pública na demora da propositura da ação do exequente quando a liquidação do título depender apenas de meros cálculos aritméticos” (e-STJ, fl. 350).

Destaca que a Primeira Turma, por outro lado, aplicou o óbice sumular n. 7 deste Tribunal por entender que, para afastar a responsabilidade do ente público pela demora no ajuizamento da execução, seria necessário o reexame de fatos e provas.

Em conclusão, a Segunda Turma posicionou-se no sentido de que ocorre a “[...] prescrição da pretensão executiva quando a ação for proposta após o prazo prescricional previsto no Decreto 20.910/1932, *independentemente da conduta do ente público*”.

O presente feito foi sobrestado em razão de a controvérsia ter sido afetada para julgamento pelo rito dos recursos representativos de controvérsia – REsp 1.336.026/PE.

Concluído o julgamento do citado recurso especial repetitivo, vieram os autos conclusos.

O acórdão ora combatido resolveu a controvérsia valendo-se de dois argumentos:

a) “[...] o Tribunal *a quo* destramou a questão consignando que não houve inércia da parte autora na fase de liquidação, bem como que a contagem do prazo prescricional inicia-se a partir do momento em que o exequente tem o efetivo conhecimento dos elementos para a confecção do cálculo e não do trânsito em julgado da sentença proferida na ação de conhecimento” (e-STJ, fl. 315).

b) “[...] rever o entendimento esposado pelo Tribunal de origem, acerca de quando tornou-se líquido o título judicial, demanda imprescindível revolvimento do acervo fático-probatório delineado nos autos, providência vedada em sede especial a teor da Súmula 07/STJ” (e-STJ, fl. 318).

Conforme se verifica, a aplicabilidade da Súmula 7/STJ à espécie dependeu da confirmação da tese descrita na letra “a”. Essa, de conteúdo exclusivamente jurídico, tem sentido distinto do posicionamento adotado no AgRg no AREsp 360.921/MA.

Tal circunstância configura a hipótese descrita no art. 1.043, III, do CPC/2015.

Muito embora a decisão aqui questionada não tenha conhecido do recurso especial, houve análise de tema de direito, e não apenas de circunstâncias fáticas, como pode acontecer em outras ações da mesma natureza.

Fixado isso, remonto ao paradigma invocado pelo embargante – AgRg no AREsp 360.921/MA –, no qual se estabeleceu que “[...] o não fornecimento de elementos de cálculo em poder do devedor não resulta em interrupção do prazo prescricional da pretensão executória”. Tal orientação é consentânea com a adotada pela Primeira Seção desta Corte Superior no julgamento do REsp 1.336.026/PE, analisado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015.

Nesse recurso especial repetitivo, de minha relatoria, registrou-se que, com a vigência da Lei n. 10.444/2002, a qual incluiu o § 1º ao art. 604 do CPC/1973, o acertamento do valor da condenação carente de simples cálculos aritméticos perdeu a natureza de liquidação. Ademais, com a possibilidade de reputar-se correta a conta do credor na hipótese de não entrega pelo devedor dos dados em seu poder, não mais existe justificativa para o retardamento da ação executiva.

Com esse norte, a orientação do Superior Tribunal de Justiça ficou assim resumida:

a) a partir da data de entrada em vigor da Lei n. 10.444/2002, para as decisões que já tenham transitado em julgado anteriormente, passam a operar efeitos imediatos à referida lei, contando-se, a partir da data de sua vigência, o prazo de prescrição para que a parte efetive seu pedido de execução, se for o caso, apresentando o cálculo que entender correto, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo, desde que já transcorrido o prazo de trinta dias assinalado à parte executada ou ao terceiro;

b) no caso das decisões transitadas em julgado sob a égide da Lei n. 10.444/2002, a prescrição há de ser contada, obviamente, da data do trânsito em julgado do título judicial, desde quando o § 1º do art. 604 do CPC/1973 (com a redação dada pela Lei n. 10.444/2002) tem plena vigência (depois sucedido pelos §§ 1º e 2º do art. 475-B do CPC/1973), autorizando a parte exequente a propor a demanda executiva com os cálculos que entender cabíveis e que terão, por força de lei, presunção de correção, caso frustrado o envio da documentação pela parte executada ou pelo terceiro.

O julgado recebeu a seguinte ementa:

Administrativo e Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. Demora ou dificuldade no fornecimento de fichas financeiras. Hipótese de suspensão ou interrupção do prazo prescricional. Não ocorrência após a entrada em vigor da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, redação transposta para o art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973. Caso concreto em que a demanda executiva foi apresentada dentro do lapso quinquenal, contado a partir da vigência da Lei n. 10.444/2002. Prescrição afastada na espécie dos autos. Recurso especial a que se nega provimento. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

1. Nos termos da Súmula 150/STF, o prazo prescricional da execução é o mesmo da ação de conhecimento. Dito entendimento externado pelo STF leva em conta que o procedimento de liquidação, da forma como regulado pelas normas processuais civis, integra, na prática, o próprio processo de conhecimento. Se o título judicial estabelecido no processo de conhecimento não firmara o *quantum debeat*, somente efetivada a liquidação da sentença é que se poderá falar em inércia do credor em propor a execução, independentemente de tratar-se de liquidação por artigos, por arbitramento ou por cálculos.

2. Esse termo inicial para contagem do prazo prescricional da ação executiva, que se mantém para as modalidades de liquidação por artigos e por arbitramento, sofreu sensível modificação a partir da alteração da natureza jurídica da

“liquidação” por meros cálculos aritméticos. Tal ocorrera, em parte, com a edição da Lei n. 8.898/1994, cuja redação somente foi completada, a qual persiste até hoje - mesmo com a edição do CPC/2015 -, com a inclusão do § 1º ao art. 604 do CPC/1973.

3. Com a vigência da Lei n. 10.444/2002, foi mantida a extinção do procedimento de liquidação por cálculos, acrescentando o § 1º ao art. 604 do CPC/1973, permitindo sejam considerados corretos os cálculos do credor quando os dados requisitados pelo juiz do devedor não forem trazidos aos autos, sem justificativa. A partir de então, extinto, por completo, qualquer resquício de necessidade de uma fase prévia à execução para acerto da conta exequenda, tendo transcorrido o prazo de cinco anos, quando devedora a Fazenda Pública, incidirá o lapso prescricional quanto à execução.

4. No caso, consoante o acórdão recorrido, a sentença prolatada na Ação Ordinária n. 97.0004216-2, que reconheceu aos autores da demanda o direito ao reajuste de 28,86% a partir de janeiro de 1993 até a efetiva implantação em folha de pagamento, transitou em julgado em 25/3/2002.

5. Considerando que a execução foi ajuizada em 17/5/2007, mesmo após demora na entrega das fichas financeiras pela parte devedora, não transcorre o lustrro prescricional, porquanto a redação dada pela Lei n. 10.444/2002, que introduziu o § 1º ao art. 604 do CPC/1973, somente entrou em vigor em três meses depois, contados a partir do dia 8/5/2002 (data da sua publicação). Assim, por ocasião do ajuizamento da execução, em 17/5/2007, ainda não havia transcorrido o lapso quinquenal, contado da vigência da Lei n. 10.444/2002, diploma legal que tornou desnecessário qualquer procedimento prévio de efetivação da conta antes de a parte exequente ajuizar a execução.

6. Tese firmada: “A partir da vigência da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, dispositivo que foi sucedido, conforme Lei n. 11.232/2005, pelo art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973, não é mais imprescindível, para acerto de cálculos, a juntada de documentos pela parte executada ou por terceiros, reputando-se correta a conta apresentada pelo exequente, quando a requisição judicial de tais documentos deixar de ser atendida, injustificadamente, depois de transcorrido o prazo legal. Assim, sob a égide do diploma legal citado, incide o lapso prescricional, pelo prazo respectivo da demanda de conhecimento (Súmula 150/STF), sem interrupção ou suspensão, não se podendo invocar qualquer demora na diligência para obtenção de fichas financeiras ou outros documentos perante a administração ou junto a terceiros”.

7. Recurso especial a que se nega provimento.

8. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

(REsp 1.336.026/PE, de minha relatoria, Primeira Seção, julgado em 28/6/2017, DJe 30/6/2017)

Destaco que, no julgamento de embargos declaratórios opostos contra esse precedente, a Primeira Seção realizou correções e esclarecimentos, definindo que:

a) a solução ali definida tem aplicação sobre as ações que, apesar de possuírem um grande número de substituídos, não se enquadram na hipótese de condenação genérica;

b) independentemente de ter o juízo exercido sua faculdade de requisitar os documentos em poder do devedor e de ter a parte executada entregue, parcial ou totalmente, os dados perquiridos, transcorre o prazo prescricional;

c) é excluída da tese firmada qualquer referência a “terceiros”;

d) o marco temporal para a modulação dos efeitos do julgamento é 30/6/2017, data de publicação do acórdão embargado.

A respeito do último ponto, deliberou-se que:

[...] para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de 5 anos para a propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017.

Cito, a propósito, a respectiva ementa:

Processual Civil. Embargos de declaração em recurso especial representativo de controvérsia. Execução de sentença contra a Fazenda Pública. Demora ou dificuldade no fornecimento de fichas financeiras pelo ente público devedor. Alegação de omissão e contradição. Inexistência de vício quanto à aplicação deste precedente às demandas que contenham grande número de beneficiários substituídos. Obscuridade existente na tese firmada quando inserida a expressão “terceiros”. Obscuridade quanto à atribuição do efeito à expressão legal de que o juiz “poderá requisitar” os dados. Vícios sanados. Modulação de efeitos. Cabimento. Embargos de declaração acolhidos parcialmente, julgados sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

1. O julgamento deste recurso especial, sob a sistemática dos repetitivos, faz-se na vigência do regramento contido no CPC/1973 e circunscreve-se aos efeitos da demora no fornecimento pelo ente público devedor de documentos (fichas financeiras) para a feitura dos cálculos exequendos, não abrangendo a situação de terceiros que estejam obrigados nesse particular.

2. Independentemente de tratar-se, ou não, de execução com grande número de substituídos, aplica-se a tese firmada neste voto, porquanto, mesmo em tais casos, inexistente típica liquidação de sentença, desde que tal procedimento não tenha sido determinado na sentença transitada em julgado, prolatada no processo de conhecimento, até porque ausente a necessidade de arbitramento, de prova de fato novo, e, também, porque isso não resulta da natureza da obrigação.

3. O comando da Súmula 150/STF aplica-se integralmente à hipótese. Nas execuções que não demandem procedimento liquidatório, desde que exijam apenas a juntada de documentos aos autos e a feitura dos cálculos exequendos, o lapso prescricional executório transcorre independentemente de eventual demora em tal juntada.

4. Com a entrada em vigor da Lei n. 10.444/2002, para as decisões transitadas em julgado anteriormente, passam a operar efeitos imediatos à referida lei, contando-se, a partir da data de sua vigência, o prazo de prescrição para que a parte efetive o pedido de execução, devendo apresentar o cálculo que entender correto, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado.

5. No caso das decisões transitadas em julgado sob a égide da Lei n. 10.444/2002 e até a vigência do CPC/1973, a prescrição há de ser contada, obviamente, da data do trânsito em julgado do título judicial, porquanto o § 1º do art. 604 do CPC/1973 (com a redação dada pela Lei n. 10.444/2002) tem plena vigência (depois sucedido pelos §§ 1º e 2º do art. 475-B do CPC/1973), autorizando a parte exequente a propor a demanda executiva com os cálculos que entender cabíveis e que terão, por força de lei, presunção de correção, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado.

6. O comando legal, quando expressa que o juiz “poderá requisitar” os documentos, não autoriza a conclusão de que a pendência na sua juntada suspende ou interrompe o prazo de prescrição, seja por qualquer motivo (indeferimento pelo juiz, ausência de análise do pedido pelo magistrado, falta de entrega ou entrega parcial dos documentos quando requisitados).

7. O vocábulo “poderá requisitar” somente autoriza a concluir, em conjugação com o conteúdo da Súmula 150/STF, que o prazo prescricional estará transcorrendo em desfavor da parte exequente, a qual possui o dever processual de instruir devidamente seus pleitos executórios e, para isso, dispõe do lapso - mais do que razoável - de 5 anos no caso de obrigações de pagar quantia certa pelos entes públicos.

8. A existência de processos com grande número de substituídos não se revela justificativa apta para serem excluídos da tese firmada - nem existe amparo legal e jurisprudencial para conclusão contrária -, porque é ônus da parte que movimentar a máquina judiciária aparelhar os autos devidamente. As fichas financeiras podem ser trazidas aos autos pelos próprios substituídos, os quais possuem ou deveriam possuir seus contracheques e, na sua falta, podem diligenciar perante os órgãos públicos respectivos, não se tratando de documentos sigilosos nem de difícil obtenção.

9. Tese firmada, tendo sido alterada parcialmente aquela fixada no voto condutor, com a modulação dos efeitos: "A partir da vigência da Lei n. 10.444/2002, que incluiu o § 1º ao art. 604, dispositivo que foi sucedido, conforme Lei n. 11.232/2005, pelo art. 475-B, §§ 1º e 2º, todos do CPC/1973, não é mais imprescindível, para acertamento da conta exequenda, a juntada de documentos pela parte executada, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado. Assim, sob a égide do diploma legal citado e para as decisões transitadas em julgado sob a vigência do CPC/1973, a demora, independentemente do seu motivo, para juntada das fichas financeiras ou outros documentos correlatos aos autos da execução, ainda que sob a responsabilidade do devedor ente público, não obsta o transcurso do lapso prescricional executório, nos termos da Súmula 150/STF".

10. Os efeitos decorrentes dos comandos contidos neste acórdão ficam modulados a partir de 30/6/2017, com fundamento no § 3º do art. 927 do CPC/2015. Resta firmado, com essa modulação, que, para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016 (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), o prazo prescricional de 5 anos para propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017.

11. Embargos de declaração acolhidos parcialmente.

12. Recurso julgado sob a sistemática do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e do art. 256-N e seguintes do Regimento Interno do STJ.

(EDcl no REsp 1.336.026/PE, de minha relatoria, Primeira Seção, julgado em 13/6/2018, DJe 22/6/2018)

Em vista de tais considerações, incorreta a solução aplicada pela origem, que, com fundamento no princípio da *actio nata*, entendeu que "[...] se considera a prescrição, para promover a execução, não do trânsito em julgado da sentença, mas, sim da data do efetivo conhecimento, pelo credor dos documentos

indispensáveis à realização do cálculo. É desse marco temporal que o credor pode demandar judicialmente a satisfação de seu crédito” (e-STJ, fl. 166).

Com efeito, conforme esclarecido naquele recurso representativo de controvérsia, nos casos de sentença transitada em julgado antes da vigência da Lei n. 10.444/2002, que ocorreu em 8/8/2002 – o prazo prescricional de cinco anos para o início do cumprimento de sentença tem seu marco inicial contado da vigência da Lei n. 10.444/2002 (ou seja em 8/8/2002), porque, antes dessa data, o credor não possuía nenhuma proteção contra a inércia do devedor em apresentar os documentos necessários ao cálculo do crédito exequendo –, tal prazo, nessa hipótese, teria seu termo fatal em 8/8/2007.

No caso das *decisões transitadas em julgado já sob a égide da Lei n. 10.444/2002 e até a vigência do CPC/1973, a prescrição há de ser contada, obviamente, da data do trânsito em julgado do título judicial*, porquanto o § 1º do art. 604 do CPC/1973 (com a redação dada pela Lei n. 10.444/2002) tem plena vigência (depois sucedido pelos §§ 1º e 2º do art. 475-B do CPC/1973), autorizando a parte exequente a propor a demanda executiva com os cálculos que entender cabíveis e que terão, por força de lei, presunção de correção, ainda que esteja pendente de envio eventual documentação requisitada pelo juízo ao devedor, que não tenha havido dita requisição, por qualquer motivo, ou mesmo que a documentação tenha sido encaminhada de forma incompleta pelo executado.

Na hipótese dos autos, *o trânsito em julgado ocorreu em 27/3/2007* (e-STJ, fl. 76). Desse modo, o prazo prescricional seria implementado, no caso dos autos, em 27/3/2012.

E, na espécie, a propositura da demanda executiva ocorreu em 17/5/2013.

Todavia, deve ser observado que os efeitos do acórdão representativo de controvérsia ficaram modulados a partir de 30/6/2017.

Desse modo, foi firmado, com essa modulação, que, *para as decisões transitadas em julgado até 17/3/2016* (quando ainda em vigor o CPC/1973) e que estejam dependendo, para ingressar com o pedido de cumprimento de sentença, do fornecimento pelo executado de documentos ou fichas financeiras (tenha tal providência sido deferida, ou não, pelo juiz ou esteja, ou não, completa a documentação), *o prazo prescricional de 5 anos para a propositura da execução ou cumprimento de sentença conta-se a partir de 30/6/2017 (data da publicação do acórdão do recurso especial repetitivo)*.

Com isso, não se operou a prescrição no caso concreto.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL N. 1.657.156-RJ
(2017/0025629-7)**

Relator: Ministro Benedito Gonçalves

Embargante: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira

Advogado: Defensoria Pública do Estado do Rio de Janeiro

Embargante: Estado do Rio de Janeiro

Procurador: Vanessa Cerqueira Reis de Carvalho e outro(s)

Embargante: União - Assistente

Advogado: Advocacia Geral da União AGU

Embargado: Estado do Rio de Janeiro

Embargado: Fatima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira

Interes.: Defensoria Pública da União - "Amicus Curiae"

Advogado: Defensoria Pública da União

Interes.: Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do
Distrito Federal - "Amicus Curiae"

Procurador: Ulisses Schwarz Viana e outro(s) - DF030991

Interes.: União - Assistente

Procurador: Advocacia-Geral da União - AGU - AL000000U

EMENTA

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. *Estado do Rio de Janeiro*. Recurso especial julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. Tema 106. Obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Art. 1.022 do CPC/2015. Ausência de vícios. Necessidade de esclarecimento. Vedação de fornecimento de medicamento para uso *off label*.

1. Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

2. Não cabe ao STJ definir os elementos constantes do laudo médico a ser apresentado pela parte autora. Incumbe ao julgador nas instâncias ordinárias, no caso concreto, verificar se as informações constantes do laudo médico são suficientes à formação de seu convencimento.

3. Da mesma forma, cabe ao julgador avaliar, a partir dos elementos de prova juntados pelas partes, a alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS decidindo se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não uma melhoria na resposta terapêutica que justifique a concessão do medicamento.

4. A pretensão de inserir requisito diverso dos fixados no acórdão embargado para a concessão de medicamento não é possível na via dos aclaratórios, pois revela-se como mero inconformismo e busca de rejugamento da matéria.

5. No caso dos autos, faz-se necessário tão somente esclarecer que o requisito do registro na ANVISA afasta a possibilidade de fornecimento de medicamento para uso *off label*, salvo caso autorizado pela ANVISA.

6. Embargos de Declaração acolhidos parcialmente, sem efeitos infringentes, para esclarecer que onde se lê: “existência de registro na ANVISA do medicamento”, leia-se: “existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”.

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. União. Recurso especial julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. Tema 106. Obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Art. 1.022 do CPC/2015. Vícios não configurados. Necessidade de esclarecimento.

1. Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para

esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

2. No caso dos autos, não há vício a ensejar a modificação do que foi decidido no julgado.

3. Todavia, tendo em vista as indagações do embargante, é necessário fazer os seguintes esclarecimentos: (a) o laudo médico apresentado pela parte não vincula o julgador, isto é, cabe ao juiz avaliar o laudo e verificar se as informações constantes nele são suficientes para a formação de seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento; (b) a exortação constante no acórdão embargado para que o juiz, após o trânsito em julgado, expeça comunicação ao Ministério da Saúde e/ou CONITEC a fim de realizar estudos quanto à viabilidade de incorporação no SUS do medicamento deferido, deve receber o mesmo tratamento da situação prevista no § 4º do art. 15 do Decreto n. 7.646/2011.

4. Necessário, ainda, realizar os seguintes esclarecimentos, agora quanto à modulação dos efeitos: (a) os requisitos cumulativos estabelecidos são aplicáveis a todos os processos distribuídos na primeira instância a partir de 4/5/2018; (b) quanto aos processos pendentes, com distribuição anterior à 4/5/2018, é exigível o requisito que se encontrava sedimentado na jurisprudência do STJ: a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.

5. Embargos de declaração rejeitados.

Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Parte autora. Recurso especial julgado sob a sistemática dos recursos repetitivos. Tema 106. Obrigatoriedade do Poder Público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS. Art. 1.022 do CPC/2015. Ausência de vícios.

1. Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

2. No caso dos autos, não há vício a ensejar a integração do que decidido no julgado, pois, não constitui omissão o mero inconformismo

com a conclusão do julgado, manifestado nas seguintes afirmações: que o STF tem admitido o fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA; que a questão está sendo apreciada, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, mas que ainda não foi concluído o julgamento; que o requisito de registro na ANVISA fere o princípio da isonomia.

3. Embargos de declaração rejeitados.

Processual Civil. Art. 494, I, do CPC/2015. Correção de inexatidão material. Alteração do termo inicial da modulação dos efeitos do repetitivo.

1. O inciso I do art. 494 do CPC/2015 possibilita ao julgador a correção de ofício de eventuais inexatidões materiais no *decisum*.

2. No caso dos autos, a fim de evitar dúvidas, impõe-se a alteração do termo inicial da modulação dos efeitos.

3. Ante o exposto, de ofício, altera-se o termo inicial da modulação dos efeitos, do presente recurso especial repetitivo, para a data da publicação do acórdão embargado (4/5/2018).

Tese fixada:

A tese fixada no julgamento repetitivo passa a ser: A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, acolher parcialmente os embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro, sem efeitos infringentes, para esclarecer que, no acórdão onde se lê: “existência de registro na ANVISA do medicamento”, leia-se: “existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”, rejeitar os embargos de declaração opostos pela União e pela parte autora, e alterar o termo inicial da modulação dos efeitos do presente recurso especial repetitivo para a data da publicação do acórdão embargado (4/5/2018), nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, ocasionalmente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Benedito Gonçalves, Relator

DJe 21.9.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves: Trata-se de embargos de declaração opostos pelo Estado do Rio de Janeiro (parte), pela União (*amicus curiae*) e por Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira (parte) em face do acórdão de fls. 911-937, e-STJ, que possui a seguinte ementa:

Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Tema 106. Julgamento sob o rito do art. 1.036 do CPC/2015. Fornecimento de medicamentos não constantes dos atos normativos do SUS. Possibilidade. Caráter excepcional. Requisitos cumulativos para o fornecimento.

1. Caso dos autos: A ora recorrida, conforme consta do receituário e do laudo médico (fls. 14-15, e-STJ), é portadora de glaucoma crônico bilateral (CID 440.1), necessitando fazer uso contínuo de medicamentos (colírios: azorga 5 ml, glaub 5 ml e optive 15 ml), na forma prescrita por médico em atendimento pelo Sistema Único de Saúde - SUS. A Corte de origem entendeu que foi devidamente demonstrada a necessidade da ora recorrida em receber a medicação pleiteada, bem como a ausência de condições financeiras para aquisição dos medicamentos.

2. Alegações da recorrente: Destacou-se que a assistência farmacêutica estatal apenas pode ser prestada por intermédio da entrega de medicamentos prescritos em conformidade com os Protocolos Clínicos incorporados ao SUS ou, na hipótese de inexistência de protocolo, com o fornecimento de medicamentos constantes em listas editadas pelos entes públicos. Subsidiariamente, pede que seja reconhecida a possibilidade de substituição do medicamento pleiteado por outros já padronizados e disponibilizados.

3. Tese afetada: Obrigatoriedade do poder público de fornecer medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS (Tema 106). Trata-se, portanto, exclusivamente do fornecimento de medicamento, previsto no inciso I do art. 19-M da Lei n. 8.080/1990, não se analisando os casos de outras alternativas terapêuticas.

4. Tese para fins do art. 1.036 do CPC/2015

A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

(i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

(ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

(iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

5. Recurso especial do Estado do Rio de Janeiro não provido. Acórdão submetido à sistemática do art. 1.036 do CPC/2015.

O *Estado do Rio de Janeiro* (fls. 1.020-1.031, e-STJ) afirma que: (a) “tendo em vista que o próprio voto indica as informações que devem constar no laudo, asseverando que “se incorpora no presente voto”, requer-se a incorporação expressa, na tese fixada, de que o laudo médico, fundamentado e circunstanciado, deverá preencher os mesmos elementos destacados no enunciado 15 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ” (fl. 1.021, e-STJ); (b) “requer-se o detalhamento, na tese, de que por ineficaz se entende aquele tratamento absolutamente ineficaz, ou seja, que não traga qualquer efeito terapêutico no paciente, afastando-se a escolha por mera conveniência terapêutica” (fl. 1.024, e-STJ); (c) “requer-se que conste na tese a impossibilidade de fornecimento de medicamentos nos casos em que os órgãos técnicos competentes hajam expressamente decidido, técnica e fundamentadamente, pela inviabilidade de os dispensar pelo SUS, inserindo-se como requisito adicional para a eventual entrega de medicamentos que estejam fora do sistema de saúde a inexistência de decisão expressa desfavorável à incorporação ao SUS” (fl. 1.027, e-STJ); (d) “requer-se que se esclareça que

o terceiro requisito da tese, que versa sobre a necessidade de existência de registro sanitário, também afasta a dispensação de fármacos para uso *off label*, ou seja, para tratamento de enfermidade diversa daquelas indicadas na bula e autorizadas pela ANVISA” (fl. 1.028, e-STJ).

Impugnações de Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira (fls. 1.118-1.150, e-STJ) e da Defensoria Pública da União (fls. 1.151-1.432, e-STJ).

A *União* (fls. 1.032-1.043, e-STJ) sustenta, em síntese, que: (a) “considerando-se que o Brasil adota a Medicina baseada em evidências, o laudo expedido pelo médico que assiste o paciente nem sempre será suficiente para fundamentar a concessão judicial do medicamento, sendo necessário que se realize prova pericial que efetivamente demonstre que, para aquele paciente, a terapia disponibilizada pelo SUS é totalmente ineficaz” (fls. 1.036-1.037, e-STJ); (b) não houve a devida motivação para a modulação dos efeitos; (c) ante a modulação dos efeitos, fere a isonomia a possibilidade de fornecimento de medicamentos não registrados na Anvisa nos processos ajuizados anteriormente ao julgamento do repetitivo; (d) “uma simples comunicação ao Ministério da Saúde e à Comissão Nacional de Tecnologias do SUS (CONITEC) para que realizem estudos quanto à viabilidade de incorporação do medicamento no âmbito do SUS pelos órgãos julgadores não se mostra hábil para atender os requisitos legais para se exigir tal análise” (fl. 1.042, e-STJ).

Impugnações de Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira (fls. 1.118-1.150, e-STJ) e da Defensoria Pública da União (fls. 1.151-1.432, e-STJ).

Fátima Theresa Esteves dos Santos de Oliveira (fls. 1.044-1.067, e-STJ) sustenta haver omissão e contradição no acórdão, apontando que: (a) o requisito da obrigatoriedade de registro do medicamento na ANVISA não observou que o julgamento do RE 657.718/MG, que trata da questão, não foi concluído pelo STF e que é permitida, àqueles que possuem capacidade econômica para tal, a importação de medicamentos controlados sem registro no país, o que viola o princípio da isonomia; (b) “a jurisprudência maciça do Supremo Tribunal Federal é categórica e firme no sentido de que os entes federativos podem ser compelidos a fornecer medicamento não registrado na ANVISA quando demonstrado que ele constitui a única terapia eficaz para o tratamento e a manutenção da saúde e da vida do paciente” (fl. 1.063, e-STJ); (c) “para fins de prequestionamento, requer que esta C. Corte se manifeste expressamente sobre todas as normas invocadas nos presentes embargos, notadamente quanto a violação aos arts. 1º, *caput* e inciso III, art. 3º, inc. I, 5º, *caput* e inciso XXXV, § 1º, 6º, 93, IX, 196, 197 e 198 de nossa Constituição”.

Impugnações apresentadas pela União (fls. 1.091-1.106, e-STJ), pelo Estado do Rio de Janeiro (fls. 1.108-1.116, e-STJ) e Defensoria Pública da União (fls. 1.151-1.432, e-STJ).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Benedito Gonçalves (Relator): Nos termos do que dispõe o artigo 1.022 do CPC/2015, cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para esclarecer obscuridade, eliminar contradição, suprir omissão de ponto ou questão sobre a qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento, bem como para corrigir erro material.

Assentada a premissa acima, para maior clareza, segue a análise, de forma separada, de cada um dos três embargos de declaração opostos.

I- Embargos de declaração do Estado do Rio de Janeiro

O primeiro ponto constante dos embargos de declaração do Estado do Rio de Janeiro refere-se ao necessário laudo médico que deverá ser apresentado pela parte requerente. Pede do ente público que se determine na tese fixada que o laudo médico deve conter obrigatoriamente os elementos destacados no enunciado n. 15 da I Jornada de Direito da Saúde do CNJ, que foi citada no voto embargado.

No entanto, não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, na fixação da tese repetitiva, “dirigir” a prova a ser recebida pelos julgadores das instâncias ordinárias. O juiz ao apreciar a exordial deverá analisar, caso a caso, se as informações constantes do laudo apresentado pela pessoa que requer o fornecimento do medicamento são suficientes para a formação do seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento. Na hipótese de entender que o laudo apresentado junto com a exordial é insatisfatório, poderá solicitar, nos termos do *caput* do art. 370 do CPC/2015, a produção de provas necessárias ao julgamento do pedido.

Quanto à questão da ineficácia de medicamento já fornecido pelo SUS, é despropositada a pretensão de querer que se fixe que esta ineficácia deve ser absoluta, ou seja, que o medicamento do SUS não traz qualquer efeito terapêutico no paciente. Isso porque algum efeito deve ele produzir, senão inexplicável seria

a permissão que tal medicamento fosse comercializado ou mesmo produzido. Novamente, a alegação de ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS deverá ser apreciada pelo julgador, que, a partir dos elementos de prova apresentados pelas partes, decidirá se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não uma melhoria na resposta terapêutica que justifique a concessão do medicamento.

Pretende, também, o embargante que conste da tese a impossibilidade de fornecimento de medicamentos que tenham tido sua incorporação ao SUS expressamente rejeitada pelo órgão competente. Esta questão desvela-se como mero inconformismo da parte, que busca agregar requisito estranho àqueles fixados no acórdão embargado, o que importa em rejuízo da matéria. Ademais, a Comissão Nacional de Incorporação de Tecnologias no Sistema Único de Saúde - CONITEC, que atualmente é responsável pela elaboração de relatório sobre a inclusão de medicamentos no SUS, não se limita a análise das evidências científicas quanto à eficácia do medicamento, mas também leva em consideração a avaliação econômica do custo-benefício da incorporação, nos termos do art. 18 do Decreto n. 7.646/2011.

Por fim, o Estado do Rio de Janeiro pede que se esclareça se a necessidade do registro na ANVISA afasta o fornecimento de medicamento de uso *off label*, que é aquele em que o medicamento é utilizado no tratamento de patologias não autorizado pela agência governamental e, por conseguinte, não se encontra indicado na bula.

Com efeito, o art. 19-T da lei n. 8.080/1990 dispõe que:

Art. 19-T. São vedados, em todas as esferas de gestão do SUS: (Incluído pela Lei n. 12.401, de 2011)

I - o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento, produto e procedimento clínico ou cirúrgico experimental, ou de uso não autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA; (Incluído pela Lei n. 12.401, de 2011)

II - a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso de medicamento e produto, nacional ou importado, sem registro na ANVISA.

Verifica-se, assim, que referido dispositivo de lei impõe duas vedações distintas. A constante do inciso I que veda o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso pelo SUS de medicamento fora do uso autorizado pela ANVISA, ou seja, para tratamento não indicado na bula e aprovado no registro em

referido órgão regulatório. Já o inciso II, impede a dispensação, o pagamento, o ressarcimento ou o reembolso pelo SUS de medicamento que não tenha ainda sido registrado na ANVISA. Assim, nos termos da legislação vigente, no âmbito do SUS somente podem ser utilizados medicamentos que tenham sido previamente registrados ou com uso autorizado pela Agência Nacional de Vigilância Sanitária - ANVISA (uso *off label*).

O Conselho Federal de Medicina, no parecer 2/2016, analisou a questão dos procedimentos médicos *off label* (o que inclui a administração de medicamentos com uso não autorizado) e afirmou:

Os médicos que assim procederem devem estar cientes das responsabilidades que assumem e do que lhes recai como penalidades a que poderá responder. Necessita do registro em prontuário das motivações para tal forma de conduta e do consentimento esclarecido do paciente ou, em razão de impedimento, de seu responsável legal.

Assim, a exigência de registro no ANVISA e do uso dentro das especificações aprovadas pela agência reguladora é medida que visa proteger o usuário do sistema de saúde, pois estes medicamentos foram submetidos a estudos clínicos que comprovaram a sua qualidade, a sua efetividade e a sua segurança.

Contudo, a ANVISA, com fundamento no art. 21 do Decreto n. 8.077/2013, em caráter excepcional, tem autorizado a utilização de medicamentos fora das prescrições aprovadas no registro. É o caso do Avastin, que teve a autorização para o SUS usá-lo em tratamento de distúrbio oftalmológico (Degeneração Macular Relacionada à Idade) por meio da Resolução da Diretoria Colegiada - RDC n. 111.

Sendo assim, ainda que não conste no registro na ANVISA, na hipótese de haver autorização, ainda que precária, para determinado uso, é resguardado o direito do usuário do Sistema Único de Saúde de também ter acesso a utilização do medicamento no uso autorizado não presente no registro.

Ante o exposto, *acolho parcialmente os embargos de declaração* do Estado do Rio de Janeiro, *sem efeitos infringentes*, para esclarecer que onde se lê: “existência de registro na ANVISA do medicamento”, leia-se: “existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência”.

É o voto.

II- Embargos de declaração da União

Diante de indagações e afirmações apresentadas nas razões dos aclaratórios, é preciso esclarecer dois pontos.

Primeiramente, a exigência de apresentar laudo médico que demonstre a imprescindibilidade do medicamento é ônus imposto àquele que pretende recebê-lo. Não se afirmou que este laudo é vinculativo, ou seja, que uma vez juntado aos autos pelo requerente, o juiz necessariamente deve considerar satisfeito o requisito da imprescindibilidade. Cabe ao julgador avaliar referido laudo e na hipótese de entender que o laudo apresentado junto com a exordial é insatisfatório, poderá solicitar, nos termos do *caput* do art. 370 do CPC/2015, a produção de provas necessárias ao julgamento do pedido. Além disso, o laudo médico apresentado pela parte autora será necessariamente submetido ao contraditório, cabendo ao réu impugná-lo, expondo as razões porque ele não demonstra a imprescindibilidade do medicamento.

Em segundo lugar, o citado art. 15, § 1º, do Decreto n. 7.646/2011 disciplina o requerimento de incorporação de medicamentos ao SUS realizado por interessados. Não é o caso da previsão constante do acórdão embargado segundo a qual poderá o julgador, após o trânsito em julgado, expedir comunicação ao Ministério da Saúde e à Comissão Nacional de Tecnologias do SUS (CONITEC) a fim de que se realizem estudos quanto à viabilidade de incorporação do medicamento no âmbito do SUS. Portanto, não há que se falar em atendimento aos requisitos legais para requerimento de incorporação do medicamento. O que se pretendeu foi oportunizar que os órgãos responsáveis por esta análise, diante da existência de repetidas demandas solicitando o medicamento, sejam provocados a analisar a viabilidade da inclusão do medicamento para fornecimento no âmbito do SUS. Dessa feita, tal situação amolda-se ao disposto no § 4º do mesmo art. 15 do Decreto n. 7.646/2011, que assim dispõe: “No caso de propostas de iniciativa do próprio Ministério da Saúde, serão consideradas as informações disponíveis e os estudos técnicos já realizados para fins de análise pela CONITEC”.

Além disso, por oportuno, impõe-se fazer os seguintes esclarecimentos quanto à modulação dos efeitos.

É importante destacar que o julgamento do presente caso repetitivo possui duas faces: uma voltada para os feitos pendentes e outra para os processos futuros.

Assim, fixou-se a tese segundo a qual a concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:

- (i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;
- (ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;
- (iii) existência de registro na ANVISA do medicamento.

Todavia, também realizou-se a modulação dos efeitos, de forma que tais requisitos somente serão exigidos para os processos que tenham sido distribuídos, na primeira instância, a partir da publicação do acórdão embargado. Conclui-se, portanto, que os requisitos fixados de forma cumulativa dirigem-se *ad futurum*. Esta é, conforme afirmado acima, a primeira face do julgado.

A segunda refere-se aos processos já existentes antes da publicação do acórdão do recurso especial repetitivo, ou seja, *ad praeteritum*. A estes deve-se aplicar o entendimento estabelecido pelo STJ segundo o qual deve ser deferido o fornecimento de medicamento não incorporado ao SUS quando devidamente demonstrada a sua necessidade/imprescindibilidade. Assim, aos casos pendentes, já existentes antes do termo inicial da modulação, deve ser aplicado este entendimento que também faz parte da tese fixada neste repetitivo.

Assim, realizados os esclarecimentos acima, verifica-se que não há que se falar em vício a ensejar a modificação do acórdão embargado, pois todas as questões foram devidamente analisadas. Não constitui omissão o mero inconformismo com a conclusão do julgado, manifestado nas seguintes afirmações: necessidade de outros meios de prova, além do laudo médico, a fim de comprovar a imprescindibilidade do medicamento requerido; a modulação dos efeitos viola o princípio da isonomia.

Ante o exposto, *rejeito os embargos de declaração* da União.

III- Embargos de declaração da parte autora

Destaque-se inicialmente que contradição é o vício intrínseco que se caracteriza pela existência de fundamentos antagônicos às outras razões de decidir, ao relatório ou à conclusão do julgado.

Assim, eventual dissenso com decisões de outros tribunais, ainda que seja da Suprema Corte, por representar circunstância externa ao corpo do

acórdão embargado, também denominada “contradição externa”, não autoriza o acolhimento do recurso integrativo.

Portanto, não se vislumbra que a parte tenha apontado em suas razões qualquer contradição do acórdão embargado no sentido acima apontado.

Também não há que se falar em omissão, pois todas as questões foram devidamente analisadas pelo acórdão embargado. Não constitui omissão o mero inconformismo com a conclusão do julgado, manifestado nas seguintes afirmações: que o STF tem admitido o fornecimento de medicamento não registrado na ANVISA; que a questão está sendo apreciada, em sede de repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, mas que ainda não foi concluído o julgamento; que o requisito de registro na ANVISA fere o princípio da isonomia.

Consigne-se, por oportuno, que o recurso especial, conforme delimitação de competência estabelecida pelo art. 105, III, da Carta Magna de 1988, destina-se a uniformizar a interpretação do direito infraconstitucional federal, razão pela qual é defeso, em seu bojo, o exame de matéria constitucional, ainda que para fins de prequestionamento. Nesse sentido: EDcl na SEC 12.493/EX, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Corte Especial, DJe 05/04/2017; EDcl no MS 22.724/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 14/03/2017; EDcl no AgInt no REsp 1.616.067/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 17/05/2017; EDcl nos EDcl nos EDcl no AgRg no AREsp 527.021/PE, Rel. Ministro Moura Ribeiro, Terceira Turma, DJe 19/05/2017; EDcl no AgRg nos EDcl no AREsp 1.020.652/SP, Rel. Ministro Joel Ilan Paciornik, Quinta Turma, DJe 12/05/2017.

Ante o exposto, *rejeito os embargos de declaração* da parte autora.

IV- Do termo inicial da modulação dos efeitos

Ficou consignado no acórdão embargado que “os critérios e requisitos estipulados somente serão exigidos para os processos que forem distribuídos a partir da conclusão do presente julgamento”.

No entanto, tal termo inicial suscita dúvidas, podendo ser interpretado de, pelos menos, duas formas: a conclusão julgamento refere-se ao julgamento do recurso especial, ou seja, o termo inicial da modulação seria a data da assentada que se julgou o repetitivo e fixou-se a sua tese (25/4/2018); ou a conclusão do julgamento impõe o esgotamento da instância, isto é, o termo

inicial da modulação seria quando se julgar o último recurso cabível no âmbito do Superior Tribunal de Justiça.

Sendo assim, com espeque no inciso I do art. 494 do CPC/2015, que possibilita a correção de ofício de inexatidões materiais, *altera-se o termo inicial da modulação dos efeitos do presente repetitivo*, que passa a ser a data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.

V- Síntese dos esclarecimentos:

Quanto ao mérito:

a) O laudo médico apresentado pela parte não vincula o julgador, isto é, cabe ao juiz avaliar o laudo e verificar se as informações constantes nele são suficientes para a formação de seu convencimento quanto à imprescindibilidade do medicamento

b) Cabe ao juiz avaliar, a partir dos elementos de prova juntados pelas partes, a alegada ineficácia do medicamento fornecido pelo SUS decidindo se, com a utilização do medicamento pedido, poderá haver ou não um relevante acréscimo na resposta terapêutica.

c) A exortação constante no acórdão embargado para que o juiz, após o trânsito em julgado, expeça comunicação ao Ministério da Saúde e/ou CONITEC a fim de realizar estudos quanto à viabilidade de incorporação no SUS do medicamento deferido, deve receber o mesmo tratamento da situação prevista no § 4º do art. 15 do Decreto n. 7.646/2011.

Quanto a modulação:

a) Os requisitos cumulativos estabelecidos são aplicáveis a todos os processos distribuídos na primeira instância a partir de 4/5/2018;

b) Quanto aos processos pendentes, com distribuição anterior à 4/5/2018, é exigível o requisito que se encontrava sedimentado na jurisprudência do STJ: a demonstração da imprescindibilidade do medicamento.

VI- Tese fixada:

A **tese fixada** no julgamento repetitivo passa a ser: *A concessão dos medicamentos não incorporados em atos normativos do SUS exige a presença cumulativa dos seguintes requisitos:*

i) Comprovação, por meio de laudo médico fundamentado e circunstanciado expedido por médico que assiste o paciente, da imprescindibilidade ou necessidade do medicamento, assim como da ineficácia, para o tratamento da moléstia, dos fármacos fornecidos pelo SUS;

ii) incapacidade financeira de arcar com o custo do medicamento prescrito;

iii) existência de registro do medicamento na ANVISA, observados os usos autorizados pela agência.

Modula-se os efeitos do presente repetitivo de forma que os requisitos acima elencados sejam exigidos de forma cumulativa somente quanto aos processos distribuídos a partir da data da publicação do acórdão embargado, ou seja, 4/5/2018.

É o voto.

HABEAS CORPUS N. 434.686-DF (2018/0018001-0)

Relator: Ministro Sérgio Kukina

Impetrante: Hortensia Monte Vicente Medina e outros

Advogado: Antônio Carlos de Almeida Castro - DF004107

Advogados: Roberta Cristina Ribeiro de Castro Queiroz - DF011305

Diogo Rudge Malan - RJ098788

Marcelo Turbay Freiria - DF022956

Flávio Mirza Maduro - RJ104104

Advogados: Liliane de Carvalho Gabriel - DF031335

André Mirza - RJ155273

Hortensia Monte Vicente Medina - DF040353

Impetrado: Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública

Paciente: Raul Schmidt Felipe Junior

EMENTA

Administrativo. *Habeas corpus* cível. Extradição ativa. Alegado constrangimento ilegal que teria ocorrido na fase administrativa

do procedimento extradicional. Legitimidade ativa do Ministro de Estado da Justiça para figurar no polo passivo da impetração. Incompatibilidade entre o Decreto n. 7.935/2013 (que promulgou a Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade dos Países da Língua Portuguesa e que disciplina a extradicação do paciente) e a Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração). Inocorrência. Desnecessidade de dilação probatória. Pretendida revogação da decisão administrativa que remeteu ao Estado requerido o pedido de extradicação. Alegação de “falsa” promessa de reciprocidade por parte do Estado Brasileiro. Inconfiguração. Superveniente alteração do *status* do paciente pela aquisição de nacionalidade portuguesa originária. Questão a ser apreciada pelo Estado requerido. Ordem de *habeas corpus* denegada.

1. De acordo com a legislação de regência (notadamente a Lei de Migração, o Decreto n. 9.199/2017, a Portaria n. 217/2018-MJ e o Decreto n. 9.360/2018), cabe ao Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI do Ministério da Justiça o desempenho da função de autoridade central na área de extradicação, que se dá *por delegação do Ministro de Estado da Justiça*.

2. Na hipótese vertente, o exame técnico-formal realizado pelo DRCI, cuja natureza eminentemente instrutória está em consonância com a novel Lei de Migração, serviu como fundamento para a decisão administrativa do Ministro da Justiça de remeter ao Estado requerido o pedido de extradicação do paciente. Em tal contexto, desponta a legitimidade dessa autoridade ministerial para figurar no polo passivo da impetração.

3. No caso, é fato irrefutável a nova condição de português nato do paciente, sendo desnecessária, nesse aspecto, dilação probatória.

4. É também incontroverso que, ao tempo em que formulado pelo Estado brasileiro o pedido de extradicação do paciente, este ainda ostentava a tão só condição de português “naturalizado”, fazendo verossímil a promessa de reciprocidade então acenada pelo Governo Brasileiro. Releva observar, mais, que, em todas as manifestações dirigidas às autoridades portuguesas, as autoridades brasileiras sempre deixaram claro que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988, por seu art. 5º, LI, veda a extradicação de brasileiro nato, a

significar, portanto, que o Estado Brasileiro não poderia, em relação a estes, assegurar a observância da cláusula de reciprocidade.

5. Assentada a lealdade da promessa de reciprocidade originariamente externada pelo Estado brasileiro (de acordo com as circunstâncias presentes no momento em que esse ato foi formalizado), forçoso é concluir que a posterior aquisição da condição de português “nato”, pelo extraditando, é circunstância meritória a ser valorada exclusivamente pelo Estado requerido.

6. Não corresponde à realidade a alegação dos impetrantes de que “o Governo português está sendo mantido em erro por falsa promessa de concessão de reciprocidade de tratamento (ou seja, de futura extradição de brasileiros natos (originários) para Portugal)”. No ponto, a documentação constante dos autos revela que o Poder Judiciário de Portugal examinou a questão da superveniente aquisição da nacionalidade originária portuguesa pelo paciente, tendo concluído, em mais de uma oportunidade, que tal circunstância não seria óbice ao deferimento do pedido extraditacional, porquanto a aquisição do novo *status* somente se deu após o trânsito em julgado da decisão que já houvera deferido a extradição. Esse cenário corrobora a compreensão de que o Estado português tem plena ciência de que o Brasil não extradita seus cidadãos natos.

7. *Habeas corpus* denegado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, rejeitar as preliminares e, no mérito, por maioria, vencido o Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, denegar a ordem de *habeas corpus*, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. A Sra. Ministra Regina Helena Costa e os Srs. Ministros Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Og Fernandes, Benedito Gonçalves e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Sustentaram, oralmente os Drs. Antônio Carlos de Almeida Castro, pela parte paciente: Raul Schmidt Felipe Junior, Dra. Grace Maria Fernandes Mendonça, pelo impetrado Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública e o Dr. Nicolao Dino, pelo Ministério Público Federal.

Brasília (DF), 23 de maio de 2018 (data do julgamento).

Ministro Sérgio Kukina, Relator

DJe 27.6.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: Cuida-se de *habeas corpus*, com pedido de liminar, impetrado pelo causídico Antônio Carlos de Almeida Castro e outros sete advogados (todos qualificados na peça exordial), em favor do paciente *Raul Schmidt Felipe Júnior*, contra ato imputado ao *Ministro de Estado da Justiça*, consistente em ter essa autoridade ministerial mantido, perante o governo de Portugal, pedido de extradição em desfavor do nominado paciente que, embora brasileiro de nascimento e português “naturalizado” ao tempo do encaminhamento do pleito extradicional, acabou, em momento posterior ao deferimento da extradição pela autoridade portuguesa, conquistando o estatuto de cidadão português “nato”, cujo fato superveniente, no sentir dos impetrantes, impediria que o Brasil mantivesse o pleito extradicional, em vista de que, já agora, não mais poderia sustentar a promessa outrora feita de reciprocidade ao Estado requerido (quando o extraditando era português apenas naturalizado), uma vez que assim o proíbe o art. 5º, LI, da vigente Constituição brasileira de 1988.

Para mais abrangente compreensão da controvérsia, transcrevo os seguintes trechos da exordial (fls. 2/ 9):

[...]

02. O paciente ora figura como acusado nos processos n. 5045529-32.2015.4.04.7000/PR e n. 5012091-78.2016.4.04.7000/PR, ambos ora suspensos por determinação do Juízo da 13ª Vara Federal da Seção Judiciária do Paraná.

03. Tal suspensão se deve ao encaminhamento, em 23 de março de 2016, de pedido de extradição do paciente ao Ministério das Relações Exteriores pela autoridade coatora, nos termos Aviso n. 302/2016-MJ.

04. Tal pedido deu origem a processo de extradição que ora está em trâmite perante o Poder Judiciário lusitano.

05. Do sobredito expediente administrativo consta parecer da Advocacia-Geral da União (n. 00346/2016/CONJUR-MJ/CGU/AGU) (doc. 02) respondendo à consulta da Procuradoria da República de Portugal sobre os limites constitucionais à extradição de cidadãos brasileiros.

06. Tal parecer, interpretando a cláusula petrificada no artigo 5º, LI do nosso texto magno, corretamente concluiu que “é vedada pela Constituição a possibilidade de extradição de brasileiro nato, admitindo-se nas hipóteses por ela previstas, a extradição do brasileiro naturalizado”.

07. Assim, como àquela época o paciente ostentava a qualidade jurídica de cidadão português naturalizado (desde 14 de dezembro de 2011), o Governo brasileiro veio a prometer reciprocidade ao Governo português.

08. No último dia 25.01.2018 o paciente apresentou à autoridade coatora petição (doc. 03) instruída com prova documental de sua aquisição da cidadania portuguesa originária, solicitando-lhe: (i) a reconsideração da decisão administrativa que autorizou o encaminhamento de pedido de extradição do paciente ao Ministério das Relações exteriores, por absoluta falta de amparo legal para a promessa de reciprocidade feita ao Governo português; (ii) subsidiariamente, a suspensão do trâmite do processo de extradição, até que essa matéria pudesse ser melhor apreciada por S. Exa.; (iii) subsidiariamente, o envio de ofício ao Ministério da Justiça de Portugal, informando-lhe que, em se tratando de cidadãos portugueses natos, o Brasil não possui condições de fazer promessa de reciprocidade em sede de processo de extradição, ante o óbice petrificado no artigo 5º, LI da Constituição da República Federativa do Brasil.

09. Não obstante, a autoridade coatora simplesmente deixou de apreciar os sobreditos pedidos de fundo formulados pelo paciente com base nos seguintes pretextos: (i) a sua atribuição administrativa limitada à análise da “forma de instrução do pedido” de extradição, nos termos do artigo 10 da Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa; (ii) a nacionalidade do paciente como sendo “causa de recusa facultativa do Estado Requerido”, nos termos do artigo 4º da precitada Convenção; (iii) a falta de atribuição administrativa da autoridade coatora para análise da viabilidade jurídica da extradição do paciente, a qual seria de competência exclusiva do Estado Requerido (ofício n.. 182/2018/EXT/CETPC/DRCI/SNJ - MJ, de 26 de janeiro de 2018) (doc. 01).

10. Essa decisão administrativa está causando flagrante constrangimento ilegal à liberdade de locomoção do paciente, fato a desafiar a impetração do presente remédio heroico. É o que se passa a demonstrar, com o indispensável rigor técnico-processual.

III - Da gritante e insofismável ilegalidade da manutenção do pedido de extradição do paciente

11. Como é cediço, o conjunto de mecanismos de cooperação jurídica internacional em matéria penal – inclusive a extradição ativa – encontram significativos limites nos [direitos] fundamentais do acusado. Conforme o autorizado magistério de Ada Pellegrini Grinover, o acusado não pode ser considerado mero objeto da sobredita cooperação, e sim verdadeiro sujeito processual que é titular de todas as garantias inerentes ao julgamento justo

ou *fair trial* (GRINOVER, Ada Pellegrini. As garantias processuais na cooperação internacional em matéria penal, *In: Revista de Processo*, São Paulo, n. 81, pp. 160-177, jan./mar. 1996.).

12. Assim, por evidente que a atuação da autoridade coatora no processo de extradição ativa deve ser integralmente pautada pelas imprescindíveis legalidade e moralidade (artigo 37 da Constituição da República), inclusive e notadamente a observância do marco normativo regulador da sua atribuição legal.

13. Nessa toada, o artigo 7º do vetusto Decreto-Lei n. 394/38 dispõe o seguinte:

Art. 7º. A extradição será solicitada por via diplomática ou, na falta de agente diplomático do Estado requerente, diretamente, de Governo a Governo, sendo o pedido acompanhado de cópia ou traslado autêntico da sentença de condenação, ou das decisões de pronúncia ou prisão preventiva, proferidas por juiz competente. Estas peças deverão conter a indicação precisa do fato incriminado, o lugar e a data em que foi cometido, e cópia dos textos de lei aplicável à espécie, inclusive dos referentes à prescrição da ação ou da pena, bem como dados antecedentes necessários à comprovação da identidade do indivíduo reclamado.

14. A nova Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), por sua vez, dispõe o seguinte:

Art. 81. (*omissis*)

§ 2º *A extradição e sua rotina de comunicação serão realizadas pelo órgão competente do Poder Executivo em coordenação com as autoridades judiciárias e policiais competentes.* (grifamos)

Art. 88. Todo pedido que possa originar processo de extradição em face de Estado estrangeiro deverá ser encaminhado ao órgão competente do Poder Executivo diretamente pelo órgão do Poder Judiciário responsável pela decisão ou pelo processo penal que a fundamenta.

§ 1º *Compete a órgão do Poder Executivo o papel de orientação, de informação e de avaliação dos elementos formais de admissibilidade dos processos preparatórios para encaminhamento ao Estado requerido.* (grifamos)

15. Do cotejo lógico-sistemático do sobredito arcabouço normativo regulador da matéria se infere que a autoridade coatora exerce papel de protagonismo na extradição ativa, fazendo a gestão da sua execução e o controle prévio da sua admissibilidade jurídica.

16. Não procede, portanto, o pretexto de que a atribuição administrativa da autoridade coatora seria limitada à análise da “forma de instrução do pedido” de extradição, nos termos do artigo 10 da Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa.

17. Tal Convenção foi promulgada entre nós pelo Decreto n. 7.935/13, norma anterior e hierarquicamente inferior à novel Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), não podendo se sobrepor a ela.

18. Melhor sorte não socorre o segundo pretexto invocado pelo ato coator, no sentido de a nacionalidade originária portuguesa do paciente caracterizar “causa de recusa facultativa do Estado Requerido”, nos termos do artigo 4º da precitada Convenção.

19. A bem da verdade, a autoridade coatora formulou promessa solene de conceder reciprocidade de tratamento ao Estado português na hipótese vertente, com base na premissa de que o paciente seria cidadão português naturalizado.

20. Ocorre que há fato superveniente da maior relevância, e que altera substancialmente o quadro fático-jurídico existente à época do encaminhamento do pedido de extradição pela autoridade coatora: a aquisição da cidadania portuguesa originária pelo paciente, conforme atesta a anexa certidão original do registo civil português, por averbamento ao seu assento de nascimento (doc. 04).

21. Conforme o anexo parecer de Rui Manoel Moura Ramos – Catedrático de Direito Administrativo da Universidade de Coimbra e maior autoridade jurídica lusófona nessa matéria – a atribuição da condição jurídico-formal de cidadão português nato ao paciente produz efeitos jurídicos *ex tunc* até a data do seu nascimento, independentemente de qualquer formalidade administrativa ou judicial, por imposição do artigo 11 da Lei n. 37/81 – Lei de Nacionalidade (doc. 05).

22. Outro parecer jurídico, de Paulo Otero – Professor Catedrático da Universidade de Lisboa e também autoridade indisputável na matéria em digressão – concluiu que a atribuição de cidadania portuguesa originária ao requerente torna inválida a decisão administrativa da Exma. Sra. Ministra da Justiça de Portugal, o que foi proferida com base em pressuposto jurídico – a condição de naturalizado português do requerente – não mais existente (doc. 06).

23. Assim sendo, a manutenção do pedido de extradição ativa do paciente esbarra na cláusula petrificada no artigo 5º, LI do texto magno:

Art. 5º. (*omissis*)

LI - *nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e drogas afins, na forma da lei;* (grifamos)

24. Veja-se, bem a propósito, a jurisprudência do STF:

O brasileiro nato, quaisquer que sejam as circunstâncias e a natureza do delito, não pode ser extraditado, pelo Brasil, a pedido de Governo

estrangeiro, pois a *Constituição da República*, em cláusula que não comporta exceção, impede, em caráter absoluto, a efetivação da entrega extradicional daquele que é titular, seja pelo critério do “*jus soli*”, seja pelo critério do “*jus sanguinis*”, de nacionalidade brasileira primária ou originária. Esse privilégio constitucional, que beneficia, sem exceção, o brasileiro nato (CF, art. 5º, LI), não se descaracteriza pelo fato de o Estado estrangeiro, por lei própria, haver-lhe reconhecido a condição de titular de nacionalidade originária pertinente a esse mesmo Estado (CF, art. 12, § 4º, II, “a”). (STF, HC 83.113-QO, Rel. Min. Celso de Mello. Grifamos)

25. Eis o dispositivo correlato da Constituição portuguesa vigente:

Artigo 33.º

Expulsão, extradição e direito de asilo

(*omissis*)

3. A extradição de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada, e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo. (grifamos)

26. Vale dizer: o ordenamento constitucional português só autoriza a extradição de cidadãos portugueses para o Brasil (sem distinguir entre natos e naturalizados) caso o Estado brasileiro possa assumir compromisso diplomático formal de conceder a imprescindível reciprocidade de tratamento (isto é, extraditar cidadãos brasileiros para Portugal).

27. A Exma. Sra. Ministra da Justiça de Portugal, em de 26 de abril de 2016, proferiu decisão administrativa no sentido de que, caso venha a ser autorizada a extradição, o paciente não poderá ser julgado no Brasil por eventuais fatos criminosos consumados após 14 de dezembro de 2011 (data em que ele havia se naturalizado cidadão lusitano).

28. Esse fato é muito bem talhado para demonstrar a seriedade com qual o Governo português encara a exigência de reciprocidade em apreço.

29. É gritante e insofismável a conclusão de que em sendo o paciente cidadão português nato, o Brasil não tem mais como manter sua promessa de reciprocidade originalmente encaminhada ao Governo Português, ante a cláusula petrificada no artigo 5º, LI da nossa Constituição da República.

30. A doutrina mais avisada alerta que: “Em que pese não caber ao Poder Judiciário a aceitação da promessa de reciprocidade, o controle sobre a legalidade ainda lhe impõe o dever de verificar se a promessa poderá ser cumprida em face da legislação alienígena” (MADRUGA, Antenor. A reciprocidade como interação entre Estados, *In*: Consultor Jurídico, 05.07.2012).

31. O fato de o artigo 4º da Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa (Decreto n. 7.935/13) considerar a nacionalidade do paciente “causa de recusa facultativa do Estado Requerido”, ao contrário do afirmado pelo ato coator, não tem o condão de levar à conclusão diversa.

32. Isso porque a cláusula da proibição de extradicação de brasileiros natos, petrificada no artigo 5º, LI a Constituição da República, é norma de hierarquia superior ao Decreto n. 7.935/13, não podendo ser derogada por este último. É intuitivo.

33. Por derradeiro, tampouco procede a ilação do ato coator no sentido de que a admissibilidade jurídica da extradicação do paciente supostamente seria matéria de competência exclusiva do Estado português (Requerido).

34. A bem da verdade, os supratranscritos artigos 81, § 2º e 88, § 1º da nova Lei de Migração (Lei n. 13.445/17) deixam claro caber à autoridade coatora, por intermédio do seu Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional (DRCI), exercer papel de protagonismo no processo de extradicação ativa, fazendo a gestão da sua execução e o controle prévio da sua admissibilidade jurídica.

35. A maior prova dessa insofismável atribuição administrativa da autoridade coatora é que ela, ao ser consultada pela Procuradoria da República de Portugal sobre os limites constitucionais à extradicação de cidadãos brasileiros, colheu parecer da Advocacia-Geral da União (n. 00346/2016/CONJUR-MJ/CGU/AGU) e respondeu diretamente à sobredita autoridade central portuguesa prometendo-lhe reciprocidade de tratamento no caso do paciente – sem nem sequer consultar o Poder Judiciário a respeito.

36. Em suma: a autoridade coatora deve pautar sua atuação funcional pelos preceitos princípios constitucionais da legalidade e da moralidade, além do princípio da prevalência dos Direitos Humanos nas relações internacionais mantidas pela República Federativa do Brasil (artigo 4º, II do texto magno).

37. Vale dizer: no processo de extradicação ativa o Estado brasileiro deve pautar suas relações com o Estado Requerido pela veracidade, boa-fé e transparência, não podendo empregar ardis, estratégias ou subterfúgios – notadamente manter promessa de reciprocidade de tratamento (ou seja, promessa de extraditar brasileiros natos para Portugal) que já sabe de antemão que jamais teria condições jurídicas de cumprir, à luz da cláusula petrificada no artigo 5º, LI do texto magno.

[...]

Nessa linha de argumentação, os impetrantes sustentam existir “manifesto constrangimento ilegal da liberdade ambulatoria do paciente, ante a manutenção de processo de extradicação ativa baseado em falsa promessa de reciprocidade

que o Estado brasileiro não tem como cumprir” (fl. 10). Presente esse quadro, postularam, liminarmente, a suspensão do processo de extradição ativa e, no mérito, a revogação da decisão administrativa da autoridade coatora, no que mantém seu juízo de admissibilidade favorável à extradição do paciente.

Prossigo para anotar que, por meio da decisão de fls. 235/240, o Ministro Humberto Martins, no exercício da Presidência desta Corte durante o recesso judiciário, indeferiu o pedido de concessão de medida liminar, requisitou informações à autoridade impetrada e abriu vista dos autos ao Ministério Público Federal.

Contra essa decisão, os impetrantes formularam pedido de reconsideração, que foi por mim indeferido, por meio do *decisum* encartado às fls. 268/269.

Na sequência, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 278/378), aduzindo, em síntese:

(I) sua ilegitimidade passiva *ad causam*, porquanto:

(a) “No Brasil, a Autoridade Central designada para atuar nos procedimentos de extradição não coincide com a autoridade ministerial ora impetrada, qual seja o Ministro de Estado da Justiça e Segurança Pública. [...] No Brasil, o Ministério da Justiça e Segurança Pública exerce essa função para a maioria dos acordos internacionais em vigor, por meio do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional da Secretaria Nacional de Justiça e Cidadania (DRCI/SNJ)” (fl. 333);

(b) há precedente deste Superior Tribunal no sentido da ilegitimidade passiva da autoridade coatora que não tenha dado ensejo a “nenhum ato concreto que atentasse contra o direito de locomoção do [...] paciente, limitando-se, apenas, a solicitar a adoção de providências para o processamento da extradição do paciente, foragido da Justiça Brasileira” (HC 61.765/RS, Relatora Ministra Laurita Vaz, Quinta Turma, DJ 30/10/2006, p. 365);

(II) no procedimento de extradição, as atribuições afetas à autoridade central brasileira estão restritas à análise de aspectos formais dos pedidos formulados pelas autoridades judiciárias competentes, sendo juridicamente impossível a análise do mérito dos pedidos extradicionais;

(III) não merece acolhida a alegação de inaplicabilidade da Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, promulgada pelo Decreto n. 7.935/2013, por ser “norma hierarquicamente inferior à novel Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), não podendo se sobrepor a ela”. Isso porque “os preceitos insertos no parágrafo 2º do artigo 81 e no parágrafo 1º do artigo 88 da Lei n. 13.445, de 2017, impedem a Autoridade Central brasileira, qual seja o Departamento de Recuperação de

Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, de assentar qualquer juízo de mérito, que extrapole a análise formal dos elementos de admissibilidade do pedido de solicitação de Extradicação Ativa encaminhado diretamente pelo órgão do Poder Judiciário responsável, restando sua análise circunscrita ao que lhe autoriza o parágrafo 1º do artigo 88 da mencionada Lei de Migração” (fl. 338);

(IV) é da competência exclusiva do Estado requerido dispor sobre procedência ou não do pedido de extradicação, razão pela qual “extrapola às atribuições ínsitas à Autoridade Central brasileira, qual seja o Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional do Ministério da Justiça e Segurança Pública, no procedimento administrativo de extradicação ativa ou passiva proceder à análise de mérito do pedido de extradicação, restando sua atuação restrita à análise da presença dos pressupostos formais de admissibilidade dos pedidos encaminhados pelas autoridades judiciárias competentes” (fl. 343); e

(V) na espécie, há necessidade de dilação probatória no que respeita à aquisição da nacionalidade portuguesa originária por parte do paciente.

O Ministério Público Federal, em parecer da lavra do Subprocurador-Geral da República Wagner Natal Batista, opinou “pelo não conhecimento do *habeas corpus*” (fls. 381/387).

O presente remédio constitucional foi, inicialmente, incluído na pauta da sessão do dia 9/5/2018.

Mediante a decisão de fl. 595, deferi pedido formulado pelos impetrantes e adiei, por uma única sessão, o julgamento do feito.

É o necessário relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Sérgio Kukina (Relator): Como veio de se referir, o presente *habeas corpus* cível foi impetrado no âmbito de procedimento de extradicação ativa (vale dizer, requerida pelo Estado brasileiro), deflagrado contra o paciente Raul Schmidt Felipe Junior e tendo por requerido o governo de Portugal.

Tal procedimento, iniciado em 2016, vem sendo permeado por vários incidentes processuais, tanto no Poder Judiciário brasileiro como na Justiça portuguesa, e até mesmo no Tribunal Europeu de Direitos Humanos.

Como acontecimentos processuais relevantes no Brasil, destaco que, em 27/4/2018, o Tribunal Regional Federal da 1ª Região suspendeu provisoriamente

o pedido de extradição do ora paciente, ao deferir liminar em *habeas corpus* cível impetrado perante aquela Corte, com a mesma causa de pedir do presente *writ*, mas apontando como autoridade coatora o Diretor do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional - DRCI do Ministério da Justiça.

Após tomar ciência dessa decisão, o Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba - SJ/PR (responsável, no âmbito jurisdicional, por deferir a extradição requerida pelo *Parquet* federal em desfavor do ora paciente), entendendo que dita liminar interferia indevidamente na competência daquele Juízo no Paraná, determinou que o DRCI (Departamento de Recuperação de Ativos e de Cooperação Internacional, vinculado ao Ministério da Justiça) prosseguisse no cumprimento do pedido de extradição já noticiado.

Daí que o TRF da 1ª Região suscitou conflito de competência, a mim distribuído por prevenção, em 28/4/2018 (CC 158.173/DF), ocasião em que, na mesma data, proferi decisão liminar suspendendo as decisões dos Juízos suscitante e suscitado, tendo em conta a pendência do julgamento do presente *habeas corpus*.

Convém, mais, destacar que o *Supremo Tribunal de Justiça de Portugal*, em 3/5/2018, deferiu *habeas corpus* ao ora paciente, por entender que teria havido excesso de prazo em sua prisão para fins de extradição (fato, esse, amplamente divulgado pelos veículos de imprensa), sem que a autoridade brasileira tivesse providenciado a retirada do paciente do território português.

Tendo em conta essa decisão judicial lusitana (a qual, em linha de princípio, poderia acarretar a perda de objeto desta impetração), determinei que os impetrantes se manifestassem acerca do interesse na continuidade da apreciação do presente *writ*.

Os impetrantes, então, requereram o adiamento do julgamento do *habeas corpus*, pedido foi por mim deferido.

Pois bem, desde então, não houve manifestação de desinteresse na continuidade do julgamento pelos impetrantes. Ademais, conforme vem sendo noticiado pela imprensa, o *Tribunal de Relação de Portugal*, em 18/5/2018, em nova e recentíssima decisão, determinou que a extradição do paciente fosse realizada, não se tendo, contudo, notícia de que o extraditando tenha retornado ao Brasil até o presente momento.

Portanto, *não* há falar em perda de objeto do *habeas corpus* que ora se traz à apreciação dessa doutra Primeira Seção.

Passo, assim, ao exame do *writ*, enfrentando, de logo, as questões preliminares suscitadas pela parte impetrada.

1) Da alegada ilegitimidade da apontada autoridade coatora

Para o equacionamento dessa questão, faz-se necessário lembrar que a extradição ativa, uma vez deferida no âmbito jurisdicional, segue seu trâmite administrativo junto ao órgão competente do Poder Executivo, para posterior remessa ao Estado estrangeiro requerido.

No presente caso, como visto, o alegado constrangimento ilegal teria ocorrido na fase *administrativa* da tramitação do pedido de extradição.

Para antes disso, entretanto, a extradição do paciente havia sido deferida pelo Juízo da 13ª Vara Federal de Curitiba - Seção Judiciária do Paraná (fl. 167), o qual, em momento anterior, havia decretado a prisão preventiva do paciente (que é alvo de duas ações penais na operação Lava-Jato), acolhendo pedido do Ministério Público Federal (fls. 156/164).

Examinado esse contexto, tenho que, no caso específico do presente *habeas corpus*, palpável se revela a **legitimidade** passiva do Ministro de Estado da Justiça, pelas seguintes razões:

(a) o DRCI atua, como autoridade central, **por delegação do Ministro de Estado da Justiça**. Essa atuação, como corroboram as informações prestadas pela autoridade coatora (fls. 338), restringe-se a uma análise técnica, isto é, à verificação da presença ou não de **elementos formais do pedido de extradição**. No caso específico do pedido de extradição de Raul Schmidt Felipe Junior, essa intervenção limitou-se à verificação da presença dos **requisitos formais** de que trata o art. 10 da Convenção de Extradicação entre os Estados Membros da Comunidade de Países de Língua Portuguesa, como se verá adiante (fls. 1.317/1.319 do CC 158.173/DF).

(b) a análise feita pelo DRCI, importante ressaltar, constituiu-se em fator de **fundamentação/motivação** para a decisão administrativa do Ministro de Estado da Justiça que, ao encaminhar a documentação ao Ministério das Relações Exteriores para posterior envio ao Estado requerido, fez cancelar a regularidade formal do procedimento administrativo que transcorreu no âmbito do DRCI (fls. 1.320/1.323 do CC)

(c) por outro viés, não cabe cogitar da eventual legitimidade passiva do Ministro das Relações Exteriores, cuja autoridade se limitou a transmitir o pedido de extradição, assim como, em momentos posteriores, os órgãos integrantes da estrutura do MRE tão somente transmitiram documentos por solicitação das autoridades centrais. Aliás, a participação do MRE, no caso da extradição do ora paciente e de todas aquelas regidas pela Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, não é uma formalidade essencial, já que, a teor do art. 9º, n. 1, do Decreto n. 7.935, de 19 de fevereiro de 2013, que promulgou a referida convenção, a transmissão do pedido poderia ocorrer até mesmo diretamente entre as autoridades centrais.

II) Da desnecessidade de dilação probatória

Muito embora em um primeiro momento este Relator tenha entendido que não estava evidenciada, de forma cristalina, a nova condição de português nato do impetrante, o exame dos autos revela que, sobre esse aspecto da controvérsia, não remanesce divergência qualquer. É fato notório que, após a autorização, pelas autoridades portuguesas, da extradição, o paciente veio a adquirir tal condição.

Assim, não merece acolhida a preliminar de necessidade de dilação probatória.

III) Da sustentada incompatibilidade entre o Decreto n. 7.935/2013 (que promulgou a Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa) e a Lei n. 13.445/2017 (Lei de Migração)

Os impetrantes sustentam que essa atuação meramente instrutória do DRCI (por delegação do Ministro de Estado da Justiça, convém lembrar) não é compatível com os diplomas legais que regem a matéria. Para tanto, afirmam que o Decreto n. 7.935/2013, que promulgou a Convenção de Extradição entre os Estados Membros da Comunidade dos Países de Língua Portuguesa, no ponto em que dispõe sobre o exame a ser feito pela autoridade central brasileira em pedidos de extradição, seria incompatível com a novel Lei de Migração (Lei n. 13.445/17), a qual deveria prevalecer, por ser posterior e hierarquicamente superior.

Ora, o Decreto n. 7.935/2013, em seu art. 10, estabelece o seguinte:

Artigo 10

Forma e instrução do pedido

1. Quando se tratar de pedido para procedimento criminal, o pedido de extradição deverá ser acompanhado de original ou cópia certificada do mandado de prisão ou de ato processual equivalente.

2. Quando se tratar de pedido para cumprimento de pena, o pedido de extradição deverá ser acompanhado de original ou cópia certificada da sentença condenatória e de certidão ou mandado de prisão dos quais conste qual a pena que resta cumprir.

3. Nas hipóteses referidas nos números 1 e 2, deverão ainda acompanhar o pedido:

a) descrição dos fatos pelos quais se requer a extradição, indicando-se o lugar e a data de sua ocorrência, sua qualificação legal e fazendo-se referência às disposições legais aplicáveis;

b) todos os dados conhecidos quanto à identidade, nacionalidade, domicílio, residência ou localização da pessoa reclamada e, se possível, fotografia, impressões digitais e outros meios que permitam a sua identificação; e

c) cópia dos textos legais que tipificam e sancionam o crime, identificando a pena aplicável, bem como os que estabelecem o respectivo regime prescricional.

A seu turno, em seus arts. 81 e 88, a Lei de Migração, ao dispor sobre a autoridade central brasileira para fins de extradição, também reservou-lhe um *papel instrutório, de análise técnica quanto à presença de requisitos formais dos pedidos extradicionais*.

Em outras palavras, ao contrário do que sustentam os impetrantes, não há incompatibilidade entre os mencionados atos normativos.

IV) Do mérito da impetração

(a) da ausência de irregularidade na promessa de reciprocidade formulada pelo Estado Brasileiro ao Estado Português

É incontroverso que, ao tempo em que formulado o pedido de extradição de Raul Schmidt Felipe Junior, este ostentava a tão só condição de português “naturalizado”, fazendo *verossímil e legítima* a promessa de reciprocidade então acenada pelo Governo Brasileiro.

Outrossim, importa observar que, em todas as manifestações dirigidas às autoridades portuguesas, as autoridades brasileiras deixaram absolutamente claro que a Constituição da República Federativa do Brasil de 1988 vedava - como ainda veda - a extradição de brasileiro nato (art. 5º, LI, da CF/88), a significar, portanto, que o Governo Brasileiro não poderia assegurar a observância da

cláusula de reciprocidade relativamente a cidadãos seus com o estatuto pessoal de brasileiros natos (nesse sentido, destaco os documentos acostados às fls. 188/197 e 217/223).

Em tal cenário, não há como acolher a alegação de que a promessa de reciprocidade formulada pelo Governo brasileiro a Portugal seria “falsa”. Ao contrário do afirmado pelos impetrantes, não houve emprego de “ardis, estratégias ou subterfúgios” para “manter promessa de reciprocidade (ou seja, promessa de extraditar brasileiros natos para Portugal) que já sabe de antemão que jamais teria condições de cumprir, à luz da cláusula petrificada no artigo 5º, LI do texto magno” (fl. 9).

Sem dúvida, pode-se afirmar que a atuação das autoridades brasileiras foi pautada pelo amplo e irrestrito respeito aos postulados da legalidade, da lealdade e da moralidade.

Tanto isso é verdade que os próprios impetrantes admitem que a Advocacia-Geral da União, ao responder consulta oriunda da autoridade central portuguesa a respeito dos limites constitucionais à extradição de brasileiros, fez informar, em parecer, que “é vedada pela Constituição a possibilidade de extradição de brasileiro nato, admitindo-se nas hipóteses nela previstas a extradição de brasileiro naturalizado” (fl. 2).

(b) da posterior aquisição da nacionalidade originária portuguesa pelo paciente como circunstância a ser valorada tão somente pelo Estado requerido

Assentada a irretorquível lealdade da promessa formulada pelo Estado brasileiro (em conformidade com o *status* do paciente - português apenas “naturalizado” - no momento em que o pleito extraditacional restou formalizado), força é concluir que a superveniente aquisição da condição de português “nato” pelo extraditando traduziu-se em circunstância meritória a ser avaliada e valorada, única e exclusivamente, pelo próprio Estado requerido, detentor de intangível soberania para aquilatar o impacto jurídico da posterior aquisição da nacionalidade portuguesa nata pelo extraditando, quando já deferida em momento pretérito sua extradição, em época que ostentava a tão só condição de português “naturalizado”.

De outra parte, não se mostra juridicamente viável pretender que o Poder Judiciário, como almejam os impetrantes, emita provimento tendente a impedir que o Estado brasileiro possa formular pedido de extradição. Tal veto, é certo, equivaleria a coartar seu próprio direito de petição, enquanto Estado soberano,

perante a órbita internacional. Noutras palavras, não é dado ao Judiciário, ainda que no âmbito de remédio constitucional (como no presente *HC*), pautar a conveniência e oportunidade do encaminhamento de pleito extradicional em lugar do competente órgão Executivo interno.

Ademais, como bem pontuou o Ministro Humberto Martins ao indeferir, no período de recesso judiciário, o pedido de concessão de liminar formulado pelos impetrantes, o Ministro de Estado da Justiça tem a obrigação legal de realizar o processamento administrativo do pedido de extradição.

Por fim, não se mostra acertada a alegação (constante de memorial entregue pelos impetrantes) de que “o Governo português está sendo mantido em erro por falsa promessa de concessão de reciprocidade de tratamento (ou seja, de futura extradição de brasileiros natos (originários) para Portugal)”.

Nesse ponto, não bastasse o que já restou demonstrado quando da explícita ciência dada às autoridades portuguesas acerca da vedação constitucional de extradição de brasileiros natos, sobreleva notar que o Poder Judiciário de Portugal examinou a questão da superveniente aquisição da nacionalidade portuguesa pelo paciente, havendo concluído, em mais de uma oportunidade, que tal circunstância não seria óbice ao deferimento do pedido extradicional, *porquanto a aquisição do novo status pelo paciente somente se deu após o trânsito em julgado da decisão que deferira a extradição (nesse sentido, as decisões juntadas aos autos pelo Ministério Público Federal às fls. 430/523)*.

Nessa ampla moldura, por todos os ângulos examinados, não vislumbro o apontado constrangimento ilegal.

Ante o exposto, rejeito as apontadas preliminares e, no mérito, *denego* o *habeas corpus*.

É como voto.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Senhor Presidente, inicialmente quero cumprimentar os eminentes juristas que aqui se pronunciaram com muita pertencialidade, verticalidade e sabedoria.

2. Todos sabemos, mas gostaria de lembrar que se trata de um *habeas corpus*, um instrumento de tutela da liberdade. Portanto, qualquer dúvida, qualquer hesitação, qualquer sombra de incerteza deve ser espancada em favor da liberdade. O *habeas corpus* é feito *pro libertate*, sempre.

3. Em primeiro lugar, quero dizer que não farei observação alguma sobre a competência deste Tribunal para conhecer do *habeas corpus*, pois concordo com o entendimento do Ministro Relator e demais Ministros que o acompanharam. Em segundo, não farei comentários sobre o crime cometido, pois desconheço a imputação. O que tem relevância para mim é a interpretação de um pedido de *habeas corpus* diante de uma situação, como bem frisou o Ministro *Herman Benjamin*, em que há algumas áreas sombreadas, como a aquisição da nacionalidade portuguesa na condição de nato, que retroage ao nascimento da pessoa.

4. Um autor português comenta que *quando se obtém a condição de português nato, os seus efeitos retroagem à data do nascimento da pessoa. Os atos praticados antes do registro, se já consumados, perduram, mas não são indiferentes à obtenção da naturalização*. Perdura se já está consumado, não tem mais o que fazer.

5. Vê-se que a parte impetrante obteve a condição de português nato por causa das dilações processuais que foram implementadas lá em Portugal, e aqui também, que permitiu que ele tivesse a nacionalidade portuguesa. A atitude do imputado, apelidada de artimanha protelatória, a meu ver, é o exercício do direito de defesa. Ou será que ele deveria colaborar com a acusação? Não recorrer para ganhar tempo e, nesse ínterim, obter condição de português nato?

6. O certo é que o cidadão, português ou brasileiro, não é obrigado a colaborar com a acusação contra si. A acusação tem que se exercer contra a resistência do imputado, do acusado, a meu ver.

7. A respeito da protelação, Senhor Presidente, houve a superveniência da condição de português nato. Isso seria indiferente para o destino da extradição? Será que, com a superveniência da condição de português nato, o Brasil pode ainda assegurar a reciprocidade? Penso eu que o Ministro da Justiça deveria recuar do pedido de extradição, já que não se pode mais assegurar a reciprocidade. Aliás, o ponto de apoio no Direito Internacional é a reciprocidade e a boa-fé. Não há superposição de soberanias.

8. Senhor Presidente, a Constituição da República Portuguesa, em seu art. 33, inciso III, diz que o português não pode ser extraditado. *A extradição [salvo as exceções] de cidadãos portugueses do território nacional só é admitida, excepcionalmente, em condições de reciprocidade estabelecidas em convenção internacional, nos casos de terrorismo e de criminalidade internacional organizada e desde que a ordem jurídica do Estado requisitante consagre garantias de um processo justo e equitativo*. Será que o acusado se encaixa num desses ilícitos?

9. A nossa Constituição, Senhor Presidente, no art. 5º, inciso LI, diz que *nenhum brasileiro será extraditado, salvo o naturalizado, em caso de crime comum, praticado antes da naturalização, ou de comprovado envolvimento em tráfico ilícito de entorpecentes e de drogas afins, na forma da lei.*

10. Nessa situação, Senhor Presidente, o Brasil pode, realmente, cumprir a promessa de extraditar um nacional, como se está querendo que Portugal extradite um nacional seu? Eu acho justo que o acusado venha para cá para responder pelos malfeitos que são imputados a ele e ser condenado ou absolvido conforme seja o juízo do órgão processante aqui no Brasil.

11. Mas como pode se operar a reciprocidade num caso deste? Será que a referida naturalização portuguesa, por ter sido concedida depois de pedida a extradição, não opera os efeitos? Segundo transcrição do voto do Conselheiro *Augusto Lourenço*, do Tribunal da Relação de Lisboa, a Lei de Nacionalidade Portuguesa 37/81, de 3 de outubro, diz, em seu art. 11 que *a atribuição da nacionalidade portuguesa produz efeitos desde o nascimento, sem prejuízo da validade das relações jurídicas anteriormente estabelecidas com base em outra nacionalidade.* Pode-se dizer que a extradição é uma relação jurídica estabelecida para ficar na ressalva da Lei Portuguesa? Quer dizer, se a extradição tivesse sido consumada, ele não voltaria para Portugal, a meu ver.

12. Penso que esses atos se encaixam naquela categoria de *facta in pendencia*, os fatos em pendência estão se realizando. Os fatos consumados estão consumados, não tem o que se fazer; os que ainda não se consumaram não poderão mais se consumir. Então, pergunto: aqueles que estão em percurso se regem pela situação de português não nato ou pela de português nato?

13. Concordo com o Senhor Ministro *Herman Benjamin* que essa é uma situação penumbrosa. Se fosse uma ação comum, eu poderia até resolver a dúvida em que me acho a favor da extradição, mas trata-se de um *habeas corpus*, que tutela a liberdade e não outro interesse, não outro direito, não outra pedido, só a liberdade.

14. Penso que, em caso de dúvida, a solução deve ser *pro libertate*. Entendo que, apesar das poderosas razões e até das conveniências de se trazer esse cidadão para o Brasil a fim de responder pelos malfeitos que lhe são imputados, ele é português nato. Por isso, considero que se o cidadão português nato que vier a ser extraditado para o Brasil, não se pode assegurar reciprocidade.

15. Acredito que se essa questão for resolvida em Portugal, deverá ser pelas normas de lá. Entretanto, se for no Brasil, há que ser resolvida pela nossa

percepção do sistema de garantias e pela nossa percepção da doutrina brasileira do *habeas corpus*. *Habeas corpus* se concede ou se nega, se reconhece a ilegalidade, o abuso, a ilicitude da conduta, ou não.

16. Ademais, Senhor Presidente, a nossa Constituição proíbe criar ou estabelecer distinção entre brasileiros natos e naturalizados. Isso está no parágrafo 2º, do art. 12 da Constituição. O Brasil é um país de braços abertos para todas as nacionalidades. Todos são recebidos aqui com absoluta cordialidade e fraternidade. É uma questão de Direito Humano.

17. Para encerrar, Senhor Presidente, penso que a questão intertemporal a que o eminente Ministro *Herman Benjamin* aludiu está presente neste caso. Por se tratar de um *habeas corpus* e de um português nato, sou de opinião que não deveria ser extraditado. Não concordo que deva vir por uma conveniência de instrução penal, deixando-se de lado o estatuto jus humanitário, que protege estrangeiros e migrantes. Ademais, isso cria um precedente perigoso, porquanto caso semelhante deveríamos extraditar um brasileiro nato? Com o meu voto nunca autorizarei um brasileiro nato a ser extraditado, exceto nos casos expressamente previstos em nossa Constituição da República.

18. Por todo o exposto, pedindo vênua à douta maioria que já se formou, quero deixar consignada a minha divergência principiológica e garantística com os doutos votos que me precederam e conceder a ordem de *habeas corpus*, para tornar inoperante ou retirar do pedido de extradição a sua eficácia, pela condição de o extraditando ter adquirido a condição de português nato e o Brasil não conceder, em hipótese alguma, a extradição de seus nacionais, o que inviabiliza a reciprocidade. É assim que voto, Senhor Presidente.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Senhor Presidente, também cumprimento os advogados que sustentaram da tribuna, bem como o Subprocurador-Geral da República, que deitaram luzes sobre o assunto, de maneira muito objetiva.

Confesso que tive alguma dúvida nesse *habeas corpus*, de início, quanto à legitimidade passiva do Ministro de Estado. O ato tido como coator, na inicial, consiste no não acolhimento do pedido formulado, em 25 de janeiro de 2018, no qual, após a informação de que o paciente adquirira nacionalidade portuguesa originária, solicitou ele providências, no sentido de tornar insubsistente ou

suspender o trâmite do processo de extradição. Ocorre que, de acordo com os autos, o ato impugnado foi praticado pelo Diretor Adjunto do Departamento de Recuperação de Ativos e Cooperação Jurídica Internacional, conforme documento de fls. 13 a 14, que sugeriu que os questionamentos suscitados fossem encaminhados diretamente ao Poder Judiciário português, para análise e considerações.

A dúvida decorreu da Súmula 510, do Supremo Tribunal Federal, que dispõe o seguinte: “Praticado o ato por autoridade, no exercício de competência delegada, contra ela cabe o mandado de segurança ou a medida judicial”.

Mas, ao ler o voto do Ministro *Sérgio Kukina*, essa dúvida se dissipou. Sua Excelência esclarece o seguinte: “A análise feita pelo DRCI, importante ressaltar, constituiu-se em fator de fundamentação e motivação para a decisão administrativa do Ministro de Estado da Justiça, que, ao encaminhar a documentação ao Ministério das Relações Exteriores para posterior envio ao Estado requerido, fez chancelar a regularidade formal do procedimento administrativo que transcorreu no âmbito do DRCI”. E Sua Excelência faz remissão a documentos, que, inclusive, constam do Conflito de Competência do qual é ele Relator, Conflito que se relaciona à competência de magistrados para decidir sobre esse assunto.

Estou, assim, acompanhando o voto do Relator, quando Sua Excelência rejeita a preliminar de ilegitimidade passiva da autoridade impetrada.

Por outro lado, estou verificando, a fl. 10 da inicial do *habeas corpus*, que o pedido que se formula é o seguinte: “Seja concedida a ordem, para fins de revogação da decisão administrativa da autoridade coatora, que emitiu juízo de admissibilidade favorável à extradição do paciente, por absoluta falta de amparo legal para a (falsa) promessa de reciprocidade feita ao Governo português”. O voto do Relator deixou muito claro que o pedido de extradição foi encaminhado, à autoridade portuguesa, quando o paciente era ainda português naturalizado. Com lei posterior é que veio ele a adquirir a condição de português nato.

E o voto do Relator, a meu ver, deixa muito clara essa questão, porque o que se sustenta no *habeas corpus* é que as autoridades portuguesas não teriam sido informadas de que a Constituição brasileira veda a extradição do brasileiro nato. Mas vejamos o que diz o Ministro *Sérgio Kukina*, fazendo, inclusive, remissão a documentos dos autos: “Importa observar que, em todas as manifestações dirigidas às autoridades portuguesas, as autoridades brasileiras deixaram absolutamente claro que a Constituição da República Federativa do Brasil de

1988 vedava – como ainda veda – a extradição de brasileiro nato (art. 5º, LI, da CF/88), a significar, portanto, que o governo brasileiro não poderia assegurar a observância da cláusula de reciprocidade relativamente a cidadãos seus com o estatuto pessoal de brasileiros natos (nesse sentido, destaco os documentos acostados às fls. 188/197, e 217/223)”. E, mais à frente, Sua Excelência conclui o seguinte: “Nesse ponto, não bastasse o que já restou demonstrado, quando da explícita ciência às autoridades portuguesas acerca da vedação constitucional de extradição de brasileiros natos, sobreleva notar que o Poder Judiciário de Portugal examinou a questão da superveniente aquisição da nacionalidade portuguesa pelo paciente, havendo concluído, em mais de uma oportunidade, que tal circunstância não seria óbice ao deferimento do pedido extradicional, porquanto a aquisição do novo *status* pelo paciente somente se deu após o trânsito em julgado da decisão que deferira a extradição (nesse sentido [diz o Relator], as decisões juntadas aos autos pelo Ministério Público Federal às fls. 430/523)”.

Por isso, não tenho dúvida em acompanhar o voto do eminente Relator, quando Sua Excelência conclui pela denegação da ordem de *habeas corpus*.

MANDADO DE SEGURANÇA N. 23.231-DF (2017/0022739-4)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Impetrante: José Israel do Espírito Santo

Advogado: Grace Kelly de Jesus Fernandes e outro(s) - RJ202856

Impetrado: Ministro de Estado da Defesa

Interes.: União

EMENTA

Administrativo e Processual Civil. Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Marinha. Pagamento de reparação econômica retroativa. Cabimento. Legitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa. Ato omissivo continuado. Decadência. Não configuração. Não incidência das Súmulas 269 e 271/STF. Descumprimento do prazo

previsto na Lei 10.559/2002. Previsão dos recursos, mediante rubrica própria, nas leis orçamentárias. Omissão configurada. Precedentes do STJ e do STF, em regime de repercussão geral (RE 553.710/DF). Desnecessidade de assinatura de termo de adesão. Art. 1º da Lei 11.354/2006. Precedentes do STJ. Direito líquido e certo ao integral cumprimento da portaria anistiadora, enquanto não cassada ou revogada. Segurança parcialmente concedida.

I. A questão controvertida diz respeito à possibilidade de o impetrante, na condição de militar anistiado, perceber reparação econômica retroativa, em parcela única, que não teria sido paga, diante da inércia do impetrado, de sorte que a Portaria anistiadora não teria sido integralmente cumprida.

II. Segundo a jurisprudência do STJ, “em se tratando de ato omissivo, o art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009 autoriza a conclusão de que é autoridade coatora aquela que deveria praticar o ato ou da qual deveria providir a ordem para a sua prática. Nesse contexto, ainda que tenha delegado esse poder, patente a legitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa, pois dele é a competência legal para determinar o pagamento, conforme se verifica do disposto no art. 18, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002” (STJ, MS 20.459/DF, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Seção*, DJe de 01/04/2014). Nesse sentido: STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe 30/08/2016; MS 18.286/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 02/06/2015; MS 16.707/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, DJe de 06/03/2012; MS 9.867/DF, Rel. Ministro *Gilson Dipp*, *Terceira Seção*, DJU de 24/08/2005.

III. A ausência de pagamento, ao impetrante, da reparação econômica pretérita, configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir, integralmente, a Portaria anistiadora, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental. Precedentes do STJ (MS 22.410/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 21/09/2016; MS 20.226/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 17/12/2014).

IV. A jurisprudência do STJ firmou entendimento no sentido de que o não cumprimento integral de Portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado do impetrante e fixa

indenização de valor certo e determinado, pode ser sanado pela via do mandado de segurança, afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF. Nesse sentido: STF, RMS 27.357/DF, Rel. Ministra *Cármem Lúcia*, *Primeira Turma*, DJe de 06/08/2010; STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 30/08/2016; STJ, MS 16.648/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 02/08/2011.

V. No caso dos autos, restou comprovada a condição de anistiado político, nos termos da Portaria 2.649, de 21/09/2004, do Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito.

VI. É pacífico o entendimento da Primeira Seção do STJ no sentido de reconhecer direito líquido e certo do impetrante anistiado ao recebimento de valores retroativos, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e do transcurso do prazo, constante do art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002, sem que haja o pagamento da aludida reparação econômica, prevista na Portaria anistiadora. A propósito: STJ, MS 22.410/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 21/09/2016.

VII. Em igual sentido, o Supremo Tribunal Federal – consoante o portal de notícias daquela Corte –, no julgamento do RE 553.710/DF, em regime de repercussão geral (Rel. Ministro *Dias Toffoli*, julgado em 17/11/2016, DJe de 30/11/2016), firmou entendimento no sentido de que “é constitucional a determinação de pagamento imediato de reparação econômica aos anistiados políticos, nos termos do que prevê o parágrafo 4º do artigo 12 da Lei da Anistia (Lei 10.559/2002), que regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)”, bem como de que o pagamento do valor retroativo deve ser imediato, pois, conforme o voto do Relator, “o presente *mandamus* não se confunde com ação de cobrança, uma vez que a consequência diretamente decorrente da procedência do pedido é uma obrigação de fazer por parte da autoridade impetrada, consistente no cumprimento integral de portaria do Ministro da Justiça que, com fundamento na Lei n. 10.559/02, reconheceu a condição de anistiado

político e o direito a reparações econômicas por atos de exceção com motivação estritamente política em período pretérito”.

VIII. O STF, no aludido RE 553.710/DF, fixou, em regime de repercussão geral, a seguinte tese, conforme publicação de 30/11/2016: “1) - Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 10.599/02, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo; 2) - Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento do valor ao anistiado no prazo de 60 dias; 3) - Na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte” (STF, RE 553.710/DF, Rel. Ministro *Dias Toffoli*, *Plenário*, DJe de 30/11/2016).

IX. Nessa perspectiva, a Primeira Seção do STJ tem determinado que a autoridade apontada como coatora proceda ao pagamento do valor relativo aos efeitos financeiros retroativos da reparação econômica, unicamente pelo valor nominal apontado na Portaria anistiadora, com os recursos orçamentários disponíveis, ou, em caso de manifesta impossibilidade, com a expedição do competente precatório, incluindo-se os valores em orçamento, sem prejuízo de que eventual incidência de juros e correção monetária seja veiculada em ação própria (STJ, AgRg no MS 22.012/DF, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, *Primeira Seção*, DJe de 02/02/2017; AgInt no MS 21.398/DF, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, *Primeira Seção*, DJe de 04/04/2017).

X. O Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “a adesão ao Termo para o pagamento na forma proposta na Lei n. 11.354/2006 constitui mera faculdade do anistiado, uma vez que ninguém pode ser compelido a aderir a acordo para o recebimento de valor a que faz jus de forma parcelada e/ou em valor menor ao que teria direito, constituindo evidente abuso de poder o tratamento desigual aos igualmente anistiados, amparável pelo Poder Judiciário na via do mandado de segurança, nos termos do art. 5º, LXIX, da Constituição

da República” (STJ, MS 19.060/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, *Primeira Seção*, DJe de 12/08/2014). No mesmo sentido: STJ, MS 21.229/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, *Primeira Seção*, DJe de 31/03/2015; MS 22.434/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, *Primeira Seção*, DJe de 15/06/2016.

XI. A Primeira Seção do STJ, apreciando Questão de Ordem relacionada ao fato de a Administração ter dado início a um procedimento para revisão das anistias de militares, no julgamento do MS 15.706/DF, de relatoria do Ministro *Castro Meira* (DJe de 11/05/2011), repeliu o pedido de suspensão do feito, formulado pela União, mas ressaltou que, “nas hipóteses de concessão da ordem, situação dos autos, ficará prejudicado o seu cumprimento se, antes do pagamento do correspondente precatório, sobrevier decisão administrativa anulando ou revogando o ato de concessão da anistia”.

XII. Segurança parcialmente concedida, com a ressalva da Questão de Ordem no MS 15.706/DF (STJ, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Primeira Seção*, DJe de 11/05/2011).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conceder parcialmente a segurança, com a ressalva da Questão de Ordem no MS 15.706/DF (STJ, Rel. Ministro *Castro Meira*, *Primeira Seção*, DJe de 11/05/2011), nos termos do voto da Sra. Ministra Relatora.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Gurgel de Faria, Francisco Falcão, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques e Regina Helena Costa.

Brasília (DF), 26 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministra Assusete Magalhães, Relatora

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Mandado de Segurança, impetrado por *José Israel do Espírito Santo*, contra suposto ato omissivo praticado pelo *Ministro de Estado da Defesa*, consubstanciado no não pagamento do valor retroativo, previsto no ato que o declarou anistiado político, com base na Lei 10.559/2002 (Portaria MJ 2.649, de 21/09/2004).

Sustenta ter obtido, além do pagamento de reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, o direito ao pagamento no montante retroativo apurado de R\$ 4.475,25 (quatro mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e vinte e cinco centavos), não sendo a Portaria/MJ 2.649/2004 cumprida quanto, à reparação econômica pretérita.

Invoca, para fundamentar a sua pretensão, precedente do Plenário do Supremo Tribunal Federal, proferido no RE 553.170/DF, em regime de repercussão geral, no sentido de que “é constitucional a determinação de pagamento imediato de reparação econômica aos anistiados políticos, nos termos do que prevê o parágrafo 40 do artigo 12 da Lei da Anistia (Lei 10.559/2002), que regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)” (fl. 6e).

Por fim, requer o deferimento de medida liminar, e, no mérito, a concessão da segurança, “para garantir ao Impetrante o imediato recebimento dos benefícios retroativos que se encontram previstos na respectiva portaria de anistia, acrescido de correção monetária e juros” (fl. 12e).

Comprovante de recolhimento de custas judiciais a fl. 17e.

A fls. 50/52e, por decisão de minha lavra, o pedido de medida liminar restou indeferido.

A *União* manifestou o seu interesse no feito (fls. 57/68e), alegando a (a) decadência da impetração; (b) instauração do processo de revisão das anistias concedidas aos militares; (c) ausência de direito líquido e certo; e (d), caso concedida a ordem, a aplicação do entendimento sufragado na Questão de Ordem no MS 15.706/DF.

A autoridade impetrada apresentou informações, a fls. 73/279e, alegando, em síntese, o seguinte: (a) inépcia da inicial, “pois dos fatos articulados pelo impetrante não decorre logicamente a conclusão”, na medida em que o “montante não foi pago em virtude da não restituição pelo impetrante do

termo de adesão encaminhado pelo Serviço de Inativos e Pensionistas da Marinha, onde constavam os termos, prazos e valores a serem recebidos” (fls. 74/75e); (b) ilegitimidade passiva *ad causam* do Ministro de Estado da Defesa; (c) decadência do direito à impetração do *writ*; (d) inadequação da utilização da vida mandamental como ação de cobrança; (e) ausência de disponibilidade orçamentária, mormente diante do princípio da reserva do possível; e (f) impossibilidade de incidência de atualização monetária e juros de mora, em mandado de segurança.

O Ministério Público Federal, em parecer do Subprocurador-Geral da República, *Antônio Carlos Martins Soares*, opinou pela concessão da ordem, “a fim de determinar o pagamento do montante relativo aos retroativos, unicamente pelo valor nominal apontado pela Portaria do Ministério da Justiça n. 2.042/2003, ou, em caso de manifesta impossibilidade, a expedição do competente precatório, sem prejuízo de que eventual pretensão a juros e correção monetária seja veiculada em ação própria” (fls. 282/285e).

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Como relatado, a questão controvertida diz respeito à possibilidade de o impetrante, na condição de militar anistiado, perceber reparação econômica retroativa, deferida na Portaria anistiadora, em parcela única, que não foi paga, diante da inércia do impetrado.

O caso em análise situa-se no âmbito das anistias reconhecidas com base na Súmula Administrativa 2002.07.2003, editada pela Comissão de Anistia, que classifica a Portaria 1.104-GMS como ato de exceção, de natureza exclusivamente política.

A matéria não é nova, nesta Corte.

De início, quanto à alegação de ilegitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa para figurar, como autoridade impetrada, no presente *writ*, cumpre ressaltar que autoridade coatora, para fins de impetração de Mandado de Segurança, é aquela que pratica ou ordena, de forma concreta e específica, o ato ilegal, ou, ainda, aquela que detém competência para corrigir a suposta ilegalidade, nos termos do que dispõe o art. 6º, § 3º, da Lei 12.016/2009.

In casu, nos termos dos arts. 10 e 18 da Lei 10.559/2002, “cabará ao *Ministro de Estado da Justiça* decidir a respeito dos requerimentos fundados nesta Lei”, e “cabará ao *Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão* efetuar, com referência às anistias concedidas a *civis*, mediante comunicação do Ministério da Justiça, no prazo de sessenta dias a contar dessa comunicação, o *pagamento das reparações econômicas*, desde que atendida a ressalva do § 4º do art. 12 desta Lei. Parágrafo único. Tratando-se de anistias concedidas aos *militares*, as reintegrações e promoções, bem como as *reparações econômicas*, reconhecidas pela Comissão, serão efetuadas pelo *Ministério da Defesa*, no prazo de sessenta dias após a comunicação do Ministério da Justiça, à exceção dos casos especificados no art. 2º, inciso V, desta Lei”.

Desse modo, a competência do Ministro da Justiça limita-se a decidir os requerimentos de anistia, enquanto que o efetivo pagamento das reparações econômicas compete ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão, no caso de anistia concedida a *civis*, e ao Ministério da Defesa, no caso de anistias concedidas aos *militares*.

Assim, buscando o impetrante, militar, o pagamento de parcelas pretéritas, reconhecidas na Portaria anistiadora do Ministério da Justiça, a pretensão deve voltar-se contra ato omissivo do *Ministro de Estado da Defesa*, autoridade ora apontada como coatora, na inicial do *mandamus*.

Registre-se, sobre o tema, trecho do voto proferido pelo Ministro *Sérgio Kukina*, no julgamento do MS 20.459/DF, em 26/03/2014, *in verbis*:

1. Da ilegitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa.

Alega a digna autoridade ser parte ilegítima para compor o pólo passivo do presente *mandamus* pois que, “por expressa delegação ministerial, a operacionalização das reintegrações, promoções e pagamento das reparações econômicas compete à Força Singular à qual se vinculara o militar quando em atividade. No caso dos autos, compete ao Comandante do Exército” (fl. 92).

Todavia, a norma de regência, o art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009, não deixa dúvida quanto a quem é o coator no mandado de segurança:

(...)

Logo, em se tratando de ato omissivo, a redação do aludido dispositivo autoriza a conclusão de que autoridade coatora é aquela que deveria praticar o ato ou da qual deveria provir a ordem para a sua prática.

Nesse contexto, e ainda que tenha delegado esse poder, patente a legitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa, pois dele é a competência legal para

determinar o pagamento, conforme se verifica do disposto no art. 18, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002.

Confira-se a ementa do referido julgado:

Mandado de segurança. *Anistia Militar*. Pagamento de valores retroativos à filha pensionista. Ilegitimidade passiva, ausência de interesse de agir, decadência do direito à impetração, inadequação da via eleita, impossibilidade de pagamento e erro no cálculo dos valores. Alegações não acolhidas. Direito líquido e certo da impetrante conforme precedentes do STJ e do STF. Concessão da ordem.

1. - *Em se tratando de ato omissivo, o art. 6º, § 3º, da Lei n. 12.016/2009 autoriza a conclusão de que é autoridade coatora aquela que deveria praticar o ato ou da qual deveria provir a ordem para a sua prática. Nesse contexto, ainda que tenha delegado esse poder, patente a legitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa, pois dele é a competência legal para determinar o pagamento, conforme se verifica do disposto no art. 18, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002.*

2. - A simples instauração de processo administrativo não desobriga a administração quando devedora de quantia certa, haja vista que a obrigação de pagar somente se extingue com o efetivo e cabal pagamento dos valores devidos. Ademais, restou incontroverso que o montante especificado na Portaria n. 3.209/2012 não foi adimplido.

3. - As demais teses do impetrado não encontram eco nos precedentes judiciais desta Corte que, em hipóteses semelhantes, as têm refutado aos fundamentos de que: (a) a reparação econômica não satisfeita configura coação continuada no tempo, não se sujeitando à decadência da impetração; (b) a alegação de falta de recursos para pagamento das parcelas pretéritas não pode ser invocada como pretexto para descumprimento do disposto na Lei de Anistia; (c) as Súmulas 269 e 271 do STF não se aplicam às hipóteses em que o mandado de segurança é impetrado contra omissão no pagamento de reparação econômica em decorrência da concessão de anistia; e, (d) não cabe discutir, em mandado de segurança, quais são os valores efetivamente devidos, devendo a Administração, quando do cumprimento do julgado, requerer ao juízo a eventual compensação entre os valores pagos e aqueles efetivamente devidos. Nesse sentido, dentre outros: MS 20.605/DF, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe 20/03/2014 e MS 20.419/DF, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe 17/10/2013.

4. - Segurança concedida, sem prejuízo do que deliberou este colegiado na Questão de Ordem no MS 15.706/DF (STJ, MS 20.459/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe de 01/04/2014).

Nesse sentido, ainda, a jurisprudência do STJ, *in verbis*:

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. *Anistia política Militar*. Cabo da Aeronáutica. Indenização. Pagamento. Valores retroativos. Preliminares

rejeitadas. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.

1. Mandado de segurança impetrado por cabo da aeronáutica, anistiado político, no qual se postula o cumprimento integral de Portaria do Ministro de Estado da Justiça, na qual se fixou o direito à percepção de valores retroativos.

(...)

4. *Preliminar de legitimidade passiva ad causam. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça já pacificou que o Ministro de Estado da Defesa figura como autoridade com legitimidade para compor o polo passivo de impetrações idênticas, em razão do art. 18 da Lei 10.559/2002. Preliminar rejeitada.*

(...)

Segurança concedida com ressalvas (STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 30/08/2016).

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. *Anistia política. Militar. Marinha.* Indenização. Pagamento. Retroativos. Litispendência afastada pelo STF. Demais preliminares rejeitadas. Ausência de firma do termo de acordo da Lei n. 11.354, de 2006. Mera faculdade. Existência de previsão orçamentária. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.

1. Mandado de segurança no qual militar da Marinha anistiado postula o cumprimento integral de Portaria do Ministro de Estado da Justiça, na qual se fixou o direito à percepção de valores retroativos de anistia política; a preliminar de litispendência, trazida pela União, foi superada em julgado de recurso ordinário pelo STF que determinou, também, o regular processamento do feito.

(...)

3. *Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam. A Portaria do Ministro da Justiça reconhece o direito - fundado em autorização legal e constitucional -, prevendo que a sua satisfação será realizada por outra autoridade ministerial. No caso dos servidores militares, a autoridade é o Ministro da Defesa, que possui legitimidade passiva. Preliminar rejeitada.*

(...)

Segurança concedida (STJ, MS 18.286/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 02/06/2015).

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Reparação econômica. *Anistia de militar. Parcelas pretéritas. Ministro de Estado da Defesa. Legitimidade.* Adequação da via eleita. Decadência não configurada. Inaplicabilidade da prescrição. Mera solicitação de cassação do ato concessivo. Insuficiência para modificar a sujeição passiva e afastar a existência do direito líquido e certo. Disponibilidade orçamentária. Descumprimento do prazo estabelecido na Lei 10.559/2002. Concessão da ordem.

1. O Ministro de Estado da Defesa é competente para realizar pagamentos das reparações econômicas concedidas pelo Ministério da Justiça relativas à anistia política para militares, nos termos do art. 18 da Lei 10.599/2002, tendo legitimidade para figurar como autoridade impetrada no Mandado de Segurança em que se pleiteia o recebimento das parcelas pretéritas.

(...)

12. Mandado de Segurança parcialmente concedido, nos termos acima referidos, com a ressalva de que, revogada a anistia concedida ao impetrante, cessam os efeitos desta ordem (STJ, MS 16.707/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 06/03/2012).

Administrativo e Processual Civil. Ilegitimidade passiva. Inexistência. Anistia. Cabos da Força Aérea Brasileira. Incorporação após a edição da Portaria n. 1.104/GM3-64. Reconhecimento administrativo. Omissão na implementação dos direitos. Instauração de processo de anulação. Ausência de presunção de legitimidade das decisões administrativas. Sobrestamento dos efeitos. Ausência de direito líquido e certo. Ordem denegada.

I - Não há que se falar em ilegitimidade passiva, tendo em vista que competia à autoridade indicada como coatora - Ministro de Estado da Defesa - dar cumprimento à decisão concessiva da anistia.

(...)

V - Ordem denegada (STJ, MS 9.867/DF, Rel. Ministro Gilson Dipp, Terceira Seção, DJU de 24/08/2005).

No que se refere à decadência, a jurisprudência do STJ orienta-se no sentido de que a ausência de pagamento da reparação econômica retroativa, em decorrência da anistia política, constitui ofensa de trato sucessivo, que se renova continuamente, não atraindo a fixação de prazo decadencial para a impetração.

A propósito:

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Indenização. Pagamento. Retroativos. Preliminares rejeitadas. Ausência de firma do termo de acordo da Lei n. 11.354, de 2006. Mera faculdade. Existência de previsão orçamentária. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ.

(...)

2. Preliminar de decadência para impetração. O direito de impetração renova-se, ao passo que o descumprimento da obrigação prolonga-se no tempo, não atraindo, portanto, a fixação de um prazo decadencial para impetração. Preliminar rejeitada.

(...) (STJ, MS 20.226/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 17/12/2014).

Administrativo. Processual Civil. Mandado de segurança. Reparação econômica. Anistia. Parcelas pretéritas. Ministro de Estado do Planejamento. Legitimidade. Adequação da via eleita. Decadência não configurada. Inexistência de disponibilidade orçamentária. Ausência de ato coator.

(...)

2. Esta Corte fixou o entendimento em conformidade com julgado do e. STF (RMS 24.953/DF, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 01.10.2004), admitindo o manejo de Mandado de Segurança contra omissão no pagamento de reparação econômica por anistia relativa a períodos pretéritos, não se aplicando à hipótese o óbice das Súmulas 269 e 271, ambas do e. STF. Precedente: MS 12.029/DF, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, DJ 26.02.2007.

3. A omissão quanto ao pagamento da reparação econômica é coação continuada no tempo, com relação à qual não caduca a pretensão dos impetrantes. Precedente: MS 12.026/DF, Rel. Ministra Denise Arruda, DJU 18.12.2006.

(...) (STJ, MS 12.024/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 26/09/2008).

Quanto à preliminar de inadequação da via eleita, é verdade que, a teor das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal, o mandado de segurança não pode ser utilizado como substituto de ação de cobrança. Todavia, também é entendimento pacífico, tanto no STF, quanto no STJ, que as referidas Súmulas não se aplicam aos mandados de segurança que objetivem o cumprimento integral de Portarias de reconhecimento de anistia política.

A propósito:

Recurso ordinário em mandado de segurança. Portaria que declarou o recorrente anistiado político e determinou o pagamento de indenização. Alegação de indisponibilidade orçamentária. Recurso provido.

1. O não-cumprimento de Portaria do Ministro da Justiça que reconheceu o Recorrente como anistiado político, fixando-lhe indenização de valor certo e determinado, caracteriza-se ato omissivo da Administração Pública.

2. Configurado o direito líquido e certo do Recorrente, por se tratar de cumprimento de obrigação de fazer, e não cobrança de valores anteriores à impetração da presente ação mandamental. Não-incidência das Súmulas 269 e 271 do Supremo Tribunal Federal.

3. Demonstrada a existência de prévia dotação orçamentária, não há afronta ao princípio da legalidade da despesa pública.

4. Recurso em Mandado de Segurança provido (STF, RMS 27.357/DF, Rel. Ministra Cármen Lúcia, Primeira Turma, DJe de 06/08/2010).

Administrativo e Processo Civil. Mandado de segurança. *Anistia política. Militar. Cabo da Aeronáutica. Indenização. Pagamento. Valores retroativos.* Preliminares rejeitadas. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.

1. *Mandado de segurança impetrado por cabo da aeronáutica, anistiado político, no qual se postula o cumprimento integral de Portaria do Ministro de Estado da Justiça, na qual se fixou o direito à percepção de valores retroativos.*

2. *Preliminar de inadequação da via eleita. O descumprimento da totalidade da Portaria Ministerial evidencia uma lacuna em fazer por parte da autoridade impetrada. Assim, não atrai o óbice das Súmulas 269 e 271 do STF, nem traduz que o writ está sendo usado como ação de cobrança. Preliminar rejeitada.*

(...)

Segurança concedida com ressalvas (STJ, MS 22.509/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 30/08/2016).

Administrativo. *Mandado de segurança. Anistiado político. Direito líquido e certo ao cumprimento integral da portaria concessiva da anistia, inclusive nos seus efeitos financeiros. Segurança concedida, com a ressalva de cessação dos efeitos desta ordem, em caso de revogação da portaria concessiva da anistia política, consoante o decidido na Questão de Ordem no Mandado de Segurança n. 15.706-DF.*

O decreto de anistia política tem como efeito o pagamento das parcelas devidas no período pretérito nele especificado, e seu cumprimento pode, nesse aspecto financeiro, ser exigido por meio de mandado de segurança. Segurança concedida. Pedido de reconsideração e agravo regimental prejudicados (STJ, MS 17.494/DF, Rel. Ministra Marga Tessler (Desembargadora Federal convocada do TRF/4ª Região), Primeira Seção, DJe de 17/03/2015).

Processual Civil e Administrativo. *Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Pagamento de valores retroativos. Preliminares. Adequação via eleita. Não incidência das Súmulas 269 e 271/STF.* (...)

1. *O Supremo Tribunal Federal entende que o não-cumprimento de portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado do impetrante e fixa indenização de valor certo e determinado, caracteriza ato omissivo da Administração Pública, o qual pode ser sanado pela via do mandado de segurança, inclusive afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF.* Nesse sentido: RMS 27.357/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lucia, DJe de 6.8.2010 e RMS 24.953/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1º.10.2004.

(...)

10. Segurança concedida, com a ressalva da Questão de Ordem no MS 15.706/DF (Primeira Seção, Rel. Min. Castro Meira, data do julgamento 13.4.2011) (STJ, MS 16.648/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 02/08/2011).

Posto isso, esta Corte não se olvida de que o ato concessivo de anistia, fundado exclusivamente na Portaria 1.104-GM3/64, poderá ser revisto, pelo Ministro da Justiça, que detém a prerrogativa de realizar a revisão desse procedimento. Entretanto, tal possibilidade – ainda que haja expressa recomendação do TCU e da AGU, nesse sentido – não suspende os efeitos da Portaria que concedeu a anistia ao impetrante, tampouco afasta a obrigação de o impetrado cumprir o pagamento de valores atrasados, nos processos de anistia política de militares.

Nesse sentido, os seguintes julgados:

Embargos de declaração. *Mandado de segurança. Anistia política. Portaria do Ministro da Justiça. Omissão do Ministro de Estado da Defesa no seu integral cumprimento. Retroativos. Ausência de omissão, contradição ou obscuridade no acórdão embargado. Pretensão de reexame da matéria. Impossibilidade.*

(...)

2. *Não há falar em suspensão do pagamento dos valores retroativos com base em simples recomendação do Tribunal de Contas da União que, em acórdão prolatado em 03/12/2008 no Processo 028.456/2007-9, decidiu que lhe falece competência para deliberar sobre o mérito das anistias concedidas pelo Governo Federal, por meio de decisão do Ministro da Justiça, por se tratar de matéria de cunho eminentemente político. Precedente desta Seção.*

(...)

5. Embargos de declaração rejeitados (STJ, EDcl no MS 13.564/DF, Rel. Ministra Maria Thereza de Assis Moura, Terceira Seção, DJe de 28/05/2009).

Embargos de declaração no mandado de segurança. Decisão cautelar do TCU nos Autos do TC-011.627/2004-4. Revogação. Direito líquido e certo. Existência. Segurança concedida.

I - Revogada, anteriormente ao julgamento deste *writ*, a decisão cautelar do e. Tribunal de Contas da União nos autos do TC-011.627/2006-4, por meio da qual havia sido determinada a suspensão do pagamento correspondente aos efeitos financeiros retroativos das concessões de reparação econômica concedidas pelo Ministério da Justiça, cujo fundamento tenha sido a Portaria n. 1.104-GM3/1964, subsiste liquidez e certeza ao direito vindicado.

II - *A recomendação do e. TCU, no sentido de que eventualmente seja procedida a revisão das concessões de anistia política que tiveram por fundamento único e exclusivo a Portaria n. 1.104/64, foi dirigida ao em. Ministro da Justiça, autoridade competente e legítima para suspender ou anular a declaração de anistiado político, razão pela qual eventual ofício da Consultoria Jurídica do Ministério da Defesa não possui o condão de, per si, deflagrar procedimento de revisão da concessão de anistia*

política, muito menos suspender os efeitos da portaria anistiadora (arts. 17 e 18 da Lei n. 10.559/2002).

III - *A orientação desta c. Corte é no sentido de que, havendo previsão orçamentária, e inobservado o prazo de 60 (sessenta) dias previsto no art. 12, § 4º da Lei n. 10.559/2002, exsurge para o anistiado o direito líquido e certo ao recebimento da reparação econômica de parcela única.*

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conceder a segurança (STJ, EDcl no MS 13.459/DF, Rel. Ministro Felix Fischer, DJe de 25/05/2009).

No caso dos autos, foi comprovada a condição de anistiado político do impetrante, nos termos da Portaria 2.649, de 21/09/2004 (fls. 18e, 39e e 275e), baixada pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, no valor de R\$ 3.870,00 (três mil, oitocentos e setenta reais), e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito, que perfazia, à época, um total de R\$ 4.475,25 (quatro mil, quatrocentos e setenta e cinco reais e vinte e cinco centavos).

Impende ressaltar, outrossim, que houve uma evolução do entendimento da Primeira Seção desta Corte sobre o tema, a fim de alinhar a orientação aos julgados da Terceira Seção e do Supremo Tribunal Federal, no sentido de conferir maior efetividade à Lei 10.559/2002.

Dessa forma, tem sido reconhecida a presença de direito líquido e certo ao recebimento da reparação econômica *retroativa*, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e do transcurso do prazo constante do art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002, sem que haja a realização do pagamento da aludida reparação econômica.

Assim, verifica-se que a Portaria anistiadora reveste-se de plena validade e eficácia, mormente porque inexistente, nos autos, notícia de que foi ela revogada ou anulada, pela Administração.

Na hipótese examinada, a Portaria concessiva da anistia, que estabeleceu o valor pretérito devido, a título de reparação econômica, em parcela única, foi editada em 2004, e, como sabido, mesmo após a existência de várias Leis, prevendo dotação orçamentária para o pagamento das verbas retroativas dos anistiados políticos (v.g., Leis 11.100/2005, 11.306/2006, 11.451/2007, 11.647/2008, 11.897/2009 e 12.214/2010), não houve, pela autoridade coatora, o cumprimento integral e efetivo da referida Portaria. Tal consideração afasta a

alegação, contida nas informações, de ausência de previsão orçamentária para o cumprimento da obrigação legal.

Especificamente sobre o tema, cita-se o precedente do STF, relatado pelo Ministro *Ricardo Lewandowski*, no julgamento do RMS 26.879 AgR/DF (DJe de 1º/09/2009):

Entendo que a discussão sobre a possibilidade orçamentária para o cumprimento de obrigações legais não é uma tarefa fácil para o Judiciário, haja vista que o processo orçamentário é complexo e não pode, pela sua própria natureza, detalhar todos os gastos a serem feitos pela Administração.

José Afonso da Silva ao explicar a natureza da Lei Orçamentária anual acentuou que “englobará três orçamentos: (1) o orçamento fiscal referente aos Poderes da União, seus fundos, órgãos e entidades da Administração direta e indireta, inclusive fundações instituídas e mantidas pelo Poder Público; (2) o orçamento de investimento das empresas em que a União, direta ou indiretamente, detenha a maioria do capital social com direito a voto; (3) o orçamento da seguridade social, abrangendo todas as entidades e órgãos a ela vinculados, da Administração direta ou indireta, bem como os fundos e fundações instituídos e mantidos pelo Poder Público”.

E, ao relatar essas características do orçamento, conclui o autor que “corre-se o risco de distorções orçamentárias com esse método, mediante dupla avaliação de uma coisa só” (SILVA, José Afonso da. Processo constitucional de formação das leis. 2. ed. São Paulo: Malheiros, 2007. p. 325).

Ademais, cumpre ressaltar que o detalhamento das despesas do orçamento público não se encontra no corpo da lei orçamentária, mas nos anexos que a acompanha. Dessa forma, saber se, diante da previsão orçamentária destinada ao pagamento das indenizações, sejam elas de prestação continuada ou mesmo as retroativas, o valor destinado exauriu-se no exercício financeiro de 2007, a ponto de não se poder adimplir a pretensão ora pleiteada, é tarefa de extrema complexidade.

Mais do que isso, requer a produção de provas, tarefa essa que, diga-se de passagem, deve ser do próprio Executivo, não cabendo ao Poder Judiciário cotejar os valores gastos e previstos na lei e seus anexos. O que temos no caso concreto é uma portaria emitida pelo Ministro de Estado da Justiça, em que ordena, além do pagamento de valor mensal, um valor retroativo em favor do ora recorrente.

E o faz amparado nas competências a ele atribuídas pelo art. 10 da Lei 10.559/02.

Portanto, se age o Ministro de Estado da Justiça em nome da União, não cabe ao Ministro de Estado do Planejamento, também, em nome desse poder federativo, negar-se ao pagamento do quantum concedido. Não há nos autos prova inequívoca

apresentada pela União no sentido de que os recursos destinados a essa rubrica - Indenização de anistiados políticos - tenha se exaurido, a ponto de tornar inviável o adimplemento. Ainda que assim o fosse, há a possibilidade de remanejamento orçamentário para o devido pagamento das obrigações assumidas por um ente federativo com terceiros.

Assim, parece-me equivocado o argumento que levou o STJ a denegar a ordem, porquanto sua decisão fundamentou-se, única e exclusivamente, nas alegações apresentadas pela União de que não haveria dotação orçamentária para o pagamento dos valores retroativos, quando, na verdade, caberia àquela pessoa jurídica de direito público o ônus de comprovar, faticamente, o que aludiu.

Por sua vez, a Primeira Seção desta Corte proclamou o entendimento no sentido de que, “*na linha dos precedentes do Pretório Excelso e da Terceira Seção do STJ, não se pode acolher a mera informação de ausência de disponibilidade orçamentária como óbice à ação mandamental. (...) Dessa feita, é suficiente para a concessão da ordem a comprovação de já ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo legal, sem que haja a realização da reparação econômica. A indenização dos anistiados não pode ficar à mercê de casuísmos e da boa vontade do Poder Público*” (STJ, MS 14.345/DF, Rel. Ministro Castro Meira, DJe de 22/10/2010).

Na mesma linha de pensamento, os seguintes precedentes:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança individual. Empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT. Anistia política. Lei 10.559/2002. Pretensão de pagamento de valores mensais de complementação de remuneração e retroativos. Preliminares: adequação da via eleita e não incidência das Súmulas 269 e 271/STF. Precedentes. Legitimidade passiva do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão no que se refere às parcelas retroativas. Art. 18 da Lei 10.559/2002. Ilegitimidade da autoridade coatora em relação ao pagamento das parcelas mensais de complementação de remuneração. Responsabilidade do órgão empregador do impetrante. Mérito: descumprimento do prazo previsto nos arts. 12, § 4º e 18, da Lei 10.559/2002. Existência de previsão orçamentária. Exigência de assinatura de termo de adesão. Direito facultativo. Ausência de óbice no art. 4º, § 2º, da Lei 10.559/2002. Direito líquido e certo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Dispositivo: preliminar processual de ilegitimidade passiva *ad causam* parcialmente acolhida e mandado de segurança denegado no que tange ao pagamento da parcela mensal de complementação de remuneração. Segurança concedida em relação ao pagamento da parcela retroativa.

1. Pretende o impetrante, empregado público da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos - ECT e anistiado político na forma da Lei 10.559/2002, a concessão da segurança contra ato omissivo do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão consubstanciada na não-efetivação do pagamento das parcelas correspondentes aos valores mensais de complementação de remuneração e retroativos previstos no ato que declarou a sua condição de anistiado político com base na Lei 10.559/2002, em que pese o decurso do prazo temporal de 60 dias e a existência de dotação orçamentária.

2. Preliminares processuais:

2.1. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o não-cumprimento de Portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado e fixa indenização de valor certo e determinado, caracteriza ato omissivo da Administração Pública, o qual pode ser sanado pela via do mandado de segurança, afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF. Nesse sentido: RMS 27.357/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe de 6.8.2010 e RMS 24.953/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1º.10.2004.

2.2. O Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão é parte legítima para figurar no polo passivo de mandado de segurança impetrado com o objetivo de obter reparação econômica retroativa concedida ao civil anistiado, em decorrência da expressa previsão legal contida no art. 18 da Lei 10.559/2002. Precedentes.

2.3. Carece de legitimidade passiva o Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão no que tange à pretensão de pagamento da parcela mensal de complementação de remuneração, porquanto tal encargo é da responsabilidade do órgão empregador do impetrante, conforme consta da própria Portaria Anistiadora, segundo a qual: "encaminhar à Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos-ECT para que seja realizada a complementação da remuneração no valor de R\$ 140,73 (cento e quarenta reais e setenta e três centavos), bem como ao Ministério do Planejamento, Orçamento e Gestão-MPOG para o pagamento dos efeitos financeiros retroativos".

3. Mérito:

3.1. *É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de que a ausência de pagamento da reparação econômica pretérita configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir integralmente a referida portaria, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental.*

3.2. *No casos dos autos, foi comprovada a condição de anistiado político nos termos de Portaria expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito.*

3.3. *É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Primeira Seção do STJ no sentido de reconhecer direito líquido e certo do impetrante ao recebimento de valores retroativos, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo contido no art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002, sem que haja a realização da reparação econômica prevista na portaria anistiadora.*

3.4. *“A assinatura do Termo de Adesão, segundo as condições previstas na Lei n. 11.354/2006, constitui mera faculdade a ser exercida pelos interessados, não se podendo falar em ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois nenhum dos anistiados políticos foi compelido a aderir ao acordo para recebimento dos valores a que tem direito” (MS 13.923/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 22/05/2013, DJe 11/06/2013).*

3.5. *A pretensão autoral não encontra óbice no art. 4º, § 2º, da Lei 10.559/2002, isto porque tal dispositivo veda a percepção de “reparação econômica em prestação única” em valor superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que se dá apenas nas hipótese em que não for possível comprovar vínculos com a atividade laboral (caput), de modo que tal prestação, por possuir idêntica natureza, é inacumulável com a “reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada”, na forma do que dispõe o § 1º, do art. 3º da Lei 10.559/2002. Contudo, no presente caso a Portaria do Ministério da Justiça assegurou ao impetrante o direito à prestação mensal, permanente e continuada, e não em prestação única, o que afasta a incidência do óbice previsto no § 2º do art. 4º da Lei 10.559/2002.*

4. *Dispositivo: Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam parcialmente acolhida para denegar o Mandado de Segurança no que se tange à pretensão de pagamento das parcelas mensais de complementação de remuneração. No mais, Segurança concedida, a fim de determinar o pagamento do montante concernente aos retroativos unicamente pelo valor nominal apontado na portaria anistiadora, com os recursos orçamentários disponíveis, ou, em caso de manifesta impossibilidade, a expedição do competente precatório, independentemente da assinatura de Termo de Adesão, ressalvada a hipótese de decisão administrativa superveniente, revogando ou anulando o ato de concessão da anistia, nos moldes do que restou decidido no julgamento da QO no MS 15.706/DF (STJ, MS 22.410/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 21/09/2016).*

Mandado de segurança. Anistia. Militar. Omissão em cumprir integralmente a portaria com o pagamento dos valores retroativos da reparação econômica. Previsão orçamentária. Direito líquido e certo.

1. *Doutrina e jurisprudência convergem no entendimento de que, no caso de ato omissivo continuado praticado pela Administração Pública, a caracterizar a natureza permanente da lesão de direito, não fluem os prazos de prescrição e de decadência.*

2. *O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RMS n. 24.953/DF, entendeu não consubstanciar ação de cobrança o mandado de segurança impetrado contra a omissão da autoridade coatora em dar cumprimento integral à portaria que*

reconhece a condição de anistiado político, com o pagamento dos efeitos retroativos da reparação econômica.

3. Consistindo o ato impugnado na omissão em pagar as reparações econômicas decorrentes da concessão de anistia a militares, é indubitosa a legitimidade do Excelentíssimo Senhor Ministro de Estado da Defesa para figurar no polo passivo da ação mandamental, à luz do parágrafo único do artigo 18 da Lei n. 10.559/2002.

4. *A expedição de ofícios ou de pareceres genéricos não tem o condão de desconstituir o ato que reconheceu a condição de anistiado político do impetrante, se não há prova nos autos de que a anistia concedida tenha sido anulada ou de que sequer tenha sido efetivamente instaurado o processo de revisão, máxime em já estando o impetrante a receber a prestação mensal, permanente e continuada, em decorrência de anistia reconhecida em portaria expedida há quase sete anos.*

5. *A Lei n. 10.559/2002 impôs o dever da Administração Pública de incluir a obrigação assumida na fixação da despesa para o exercício financeiro seguinte, fazendo-se evidente o abuso de poder substanciado na exclusão do impetrante, há muito anistiado, à percepção dos valores retroativos da reparação econômica.*

6. Aberto o crédito de R\$ 6.681.873,00 ao Comando da Aeronáutica para o “Pagamento de Valores Retroativos a Anistiados Políticos Militares, para os Celebrantes de Termos de Adesão, conforme disposto na Lei n. 11.354/2006”, no Anexo II da Lei n. 12.214, referente ao orçamento do ano de 2010, exsurge o direito líquido e certo do impetrante, que não pode ser excluído da satisfação de seus direitos, tanto quanto não pode ser compelido a celebrar o “Termo de Adesão” de que cuida a Lei n. 11.354/2006.

7. Ordem concedida (STJ, MS 15.255/DF, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe de 08/10/2010).

Administrativo e Processo Civil. Anistia. Militar. Mandado de segurança. Efeitos retroativos. Cabimento. Legitimidade passiva do Ministro de Estado da Defesa. Ato omissivo decadência. Prescrição. Inocorrência. Prévia dotação orçamentária. Existência. Descumprimento do prazo previsto na Lei 10.559/02. Segurança concedida.

1. *Consoante decidido pelo STF nos autos do RMS 24.953/DF, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ 01.10.04, o mandado de segurança é instrumento hábil para fiel execução das portarias do Ministro de Estado da Justiça que tratam da concessão de indenização aos anistiados políticos. Não incidência das restrições contidas nas súmulas 269 e 271/STF.*

(...)

7. *Na linha dos precedentes do Pretório Excelso e da Terceira Seção do STJ, não se pode acolher a mera informação de ausência de disponibilidade orçamentária como óbice à ação mandamental. O art. 12, § 4º, da Lei n. 10.559/2002 deve ser interpretado*

de modo a se conferir maior efetividade ao direito daqueles que foram lesados por atos de exceção política. Dessa feita, é suficiente para a concessão da ordem a comprovação de já ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo legal, sem que haja a realização da reparação econômica. A indenização dos anistiados não pode ficar à mercê de casuísmos e da boa vontade do Poder Público.

8. Segurança concedida (STJ, MS 15.238/DF, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 21/09/2010).

De qualquer modo, “o princípio da reserva do possível não pode ser invocado para afastar a obrigação da Administração em face do direito líquido e certo do impetrante” (STJ, MS 17.716/DF, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, Primeira Seção, DJe de 14/04/2014).

Registre-se, outrossim, que, em igual sentido, o Supremo Tribunal Federal – consoante o portal de notícias daquela Corte –, no julgamento do *RE 553.710/DF*, em regime de repercussão geral (Rel. Ministro *Dias Toffoli*, julgado em 17/11/2016, DJe de 31/08/2017), firmou entendimento no sentido de que “é constitucional a determinação de pagamento imediato de reparação econômica aos anistiados políticos, nos termos do que prevê o parágrafo 4º do artigo 12 da Lei da Anistia (Lei 10.559/2002), que regulamentou o artigo 8º do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias (ADCT)”, bem como de que o pagamento do retroativo deve ser imediato, pois, conforme o voto do Relator, “o presente *mandamus* não se confunde com ação de cobrança, uma vez que a consequência diretamente decorrente da procedência do pedido é uma obrigação de fazer por parte da autoridade impetrada, consistente no cumprimento integral de portaria do Ministro da Justiça que, com fundamento na Lei n. 10.559/02, reconheceu a condição de anistiado político e o direito a reparações econômicas por atos de exceção com motivação estritamente política em período pretérito”.

O STF, no aludido *RE 553.710/DF*, fixou, em regime de repercussão geral, a seguinte tese, conforme publicação de 30/11/2016:

Decisão: O Tribunal, por unanimidade e nos termos do voto do Relator, fixou tese nos seguintes termos: “1) - Reconhecido o direito à anistia política, a falta de cumprimento de requisição ou determinação de providências por parte da União, por intermédio do órgão competente, no prazo previsto nos arts. 12, § 4º, e 18, *caput* e parágrafo único, da Lei n. 10.599/02, caracteriza ilegalidade e violação de direito líquido e certo; 2) - Havendo rubricas no orçamento destinadas ao pagamento das indenizações devidas aos anistiados políticos e não demonstrada a ausência de disponibilidade de caixa, a União há de promover o pagamento

do valor ao anistiado *no prazo de 60 dias*; 3) - *Na ausência ou na insuficiência de disponibilidade orçamentária no exercício em curso, cumpre à União promover sua previsão no projeto de lei orçamentária imediatamente seguinte*" (STF, RE 553.710/DF, Rel. Ministro Dias Toffoli, Plenário, Ata publicada no DJe de 30/11/2016).

Nessa perspectiva, a Primeira Seção do STJ tem determinado que a autoridade apontada como coatora proceda ao pagamento do valor relativo aos efeitos financeiros retroativos da reparação econômica, unicamente pelo valor nominal apontado na Portaria anistiadora, com os recursos orçamentários disponíveis, ou, em caso de manifesta impossibilidade, com a expedição do competente precatório, incluindo-se os valores em orçamento, sem prejuízo de que eventual incidência de juros e correção monetária seja veiculada em ação própria.

Confira-se:

Administrativo. Agravo regimental no mandado de segurança. Administrativo. Anistia. Militar. Decadência do direito à anulação. 54 da Lei n. 9.784/1999. Legitimidade passiva do Ministro da Defesa. Princípio da reserva do possível e revisão do ato concessório. Argumentos inadequados para afastar a obrigação da União. Agravo não provido.

1. Transcorridos mais de cinco anos da publicação do ato administrativo da concessão de anistia, não é mais possível à Administração revogá-lo por mera conveniência ou oportunidade, estando ainda sua anulação condicionada à efetiva comprovação da má-fé do beneficiário. Precedentes.

2. Tratando-se de omissão continuada e ilegal do Poder Público em pagar o que é, em tese, devido, não há evento algum que se preste como marco inicial para deflagrar a contagem do prazo de cento e vinte dias de que trata o art. 23 da Lei n. 12.016/2009, de modo que também não há incidência da aludida norma.

3. A enquanto não anulada a anistia, permanece incólume a obrigação de pagar as parcelas indenizatórias retroativas, imposta ao Ministério da Defesa por força do disposto no art. 18, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002.

4. O princípio da reserva do possível não pode ser invocado para afastar a obrigação da Administração em face do direito líquido e certo do impetrante. Precedentes.

5. Embora noticie que a revisão dos atos de anistia pode prejudicar a concessão, a agravante se limita ao campo hipotético. Nada trouxe de concreto aos autos que pudesse corroborar suas alegações. Ademais, a aludida revisão, acaso ocorra, se dará no âmbito e por conta do Ministério da Justiça, de sorte que, enquanto não anulada a anistia, permanece incólume a obrigação de pagar as

parcelas indenizatórias retroativas, imposta ao Ministério da Defesa por força do disposto no art. 18, parágrafo único, da Lei n. 10.559/2002.

6. A questão orçamentária não é obstáculo para a concessão da ordem, ante as sucessivas leis anuais (11.451/2007; 11.647/2008; 11.897/2009; 12.214/2010 e outras) que reservaram verbas para o pagamento de indenizações retroativas em favor de anistiados políticos. *Ademais, se eventualmente provada a falta de dotação orçamentária, cabe a execução contra a Fazenda Pública, por meio de precatórios. Precedentes.*

6. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no MS 22.012/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, DJe de 02/02/2017).

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Ato omissivo. Decadência. Não ocorrência. Anistia política. Militar. Indenização. Pagamento de valores retroativos.

1. A Primeira Seção desta Corte possui entendimento de que a ausência de pagamento da reparação econômica pretérita configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir integralmente a portaria anistiadora, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental.

2. Sendo comprovada a condição de anistiado político nos termos de Portaria expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, tendo sido igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito, há direito líquido e certo dos anistiados ao recebimento de tais quantias (pretéritas). Precedentes.

3. A mera alegação de falta de recursos orçamentários suficientes para o pagamento das parcelas pretéritas da reparação econômica decorrente de anistia política, continuada ao longo dos anos, revela manifesta desobediência do Poder Executivo à Lei que fixou prazo certo para tanto (art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002), de modo que tal argumento não pode ser utilizado *sine die* como pretexto para inviabilizar a efetivação do direito cuja tutela é perseguida no mandado de segurança, *ainda mais porque, caso inexista disponibilidade orçamentária para o imediato atendimento da ordem, o pagamento deverá ser efetuado mediante regular processo de execução contra a Fazenda Pública, com a expedição do competente precatório.*

4. Não havendo a comprovação da efetiva anulação da portaria que concedeu a anistia do impetrante, a mera instauração de procedimento de revisão das portarias concessivas de anistia política com base na Portaria n. 1.104/1964 não constitui óbice à concessão da segurança, permanecendo incólume a obrigação de pagar os valores especificados.

5. O direito líquido e certo averiguado na via do *mandamus* restringe-se ao valor nominal previsto na portaria anistiadora, sendo certo que eventual

controvérsia acerca dos consectários legais – juros e correção monetária – somente pode ser dirimida em demanda autônoma, sob pena de o presente feito assumir contornos de ação de cobrança.

6. Agravo interno desprovido (STJ, AgInt no MS 21.398/DF, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, DJe de 04/04/2017).

Além de a inicial ser apta, sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça tem entendido que “a adesão ao Termo para o pagamento na forma proposta na Lei n. 11.354/2006 constitui mera faculdade do anistiado, uma vez que ninguém pode ser compelido a aderir a acordo para o recebimento de valor a que faz jus de forma parcelada e/ou em valor menor ao que teria direito, constituindo evidente abuso de poder o tratamento desigual aos igualmente anistiados, amparável pelo Poder Judiciário na via do mandado de segurança, nos termos do art. 5º, LXIX, da Constituição da República” (STJ, MS 19.060/DF, Rel. Ministro *Humberto Martins*, Primeira Seção, DJe de 12/08/2014).

Nesse sentido:

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança. Reparação econômica. *Anistia de militar*. Parcelas pretéritas. Disponibilidade orçamentária. Descumprimento do prazo estabelecido na Lei 10.559/2002. *Termo de adesão da Lei 11.354/2006*. *Desnecessidade*. Concessão da ordem.

1. O STJ fixou entendimento em conformidade com julgado do STF (RMS 24.953/DF, Relator Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 1º.10.2004), admitindo o manejo de Mandado de Segurança contra omissão no pagamento de reparação econômica por anistia relativa a períodos vencidos. Inaplicável à hipótese o óbice das Súmulas 269 e 271 do STF.

2. A falta de recursos orçamentários suficientes para o pagamento das parcelas pretéritas da reparação econômica decorrente de anistia política, continuada ao longo dos anos, revela manifesta desobediência do Poder Executivo à lei que fixou prazo certo para tanto (art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002). Por tal motivo, ela não pode ser utilizada *sine die* como pretexto para inviabilizar a efetivação do direito cuja tutela é perseguida no Mandado de Segurança.

3. Caso inexista disponibilidade orçamentária para o imediato atendimento da ordem, o pagamento deverá ser efetuado por meio de regular processo de execução contra a Fazenda Pública, com a expedição de precatório (art. 730 do CPC).

4. “A assinatura de termo de adesão é uma faculdade do anistiado, não configurando sua falta óbice ao deferimento do mandamus” (MS 18.760/DF, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 11.12.2013, DJe 17.12.2013).

5. Mandado de Segurança concedido (STJ, MS 21.229/DF, Rel. Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe de 31/03/2015).

Processual Civil e Administrativo. Mandado de segurança individual. Anistia política. Civil. Lei 10.559/2002. Pagamento de valores retroativos. Adequação da via eleita e não incidência das Súmulas 269 e 271/STF. Descumprimento do prazo previsto nos arts. 12, § 4º e 18, da Lei 10.559/2002. Existência de previsão orçamentária. *Exigência de assinatura de termo de adesão. Direito facultativo.* Ausência de óbice no art. 4º, § 2º, da Lei 10.559/2002. Direito líquido e certo. Precedentes do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça. Juros de mora e correção monetária. Impossibilidade. Segurança parcialmente concedida.

1. Pretende o impetrante, anistiado político na forma da Lei 10.559/2002, a concessão da segurança contra ato omissivo do Ministro de Estado do Planejamento, Orçamento e Gestão consubstanciada na não-efetivação do pagamento de parcela correspondente aos valores retroativos previstos no ato que declarou a condição de anistiado político com base na Lei 10.559/2002, em que pese o decurso do prazo temporal de 60 dias e a existência de dotação orçamentária.

2. O Supremo Tribunal Federal já decidiu que o não-cumprimento de Portaria do Ministro da Justiça, que reconhece a condição de anistiado e fixa indenização de valor certo e determinado, caracteriza ato omissivo da Administração Pública, o qual pode ser sanado pela via do mandado de segurança, afastando-se as restrições previstas nas Súmulas 269 e 271/STF. Nesse sentido: RMS 27.357/DF, 1ª Turma, Rel. Min. Carmen Lúcia, DJe de 6.8.2010 e RMS 24.953/DF, 2ª Turma, Rel. Min. Carlos Velloso, DJ de 1º.10.2004.

3. É firme o entendimento no âmbito do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça de que a ausência de pagamento da reparação econômica pretérita configura ato omissivo continuado da autoridade coatora em cumprir integralmente a referida portaria, situação que afasta a configuração de decadência da pretensão mandamental.

4. No casos dos autos, foi comprovada a condição de anistiado político nos termos de Portaria expedida pelo Ministro de Estado da Justiça, na qual se concedeu reparação econômica de caráter indenizatório, em prestação mensal, permanente e continuada, e, dado o caráter retroativo dessa concessão, foi igualmente reconhecido o direito ao recebimento de valor pretérito.

5. É pacífico o entendimento do Supremo Tribunal Federal e da Primeira Seção do STJ no sentido de reconhecer direito líquido e certo do impetrante ao recebimento de valores retroativos, em face da comprovação de ter havido previsão orçamentária específica e o transcurso do prazo contido no art. 12, § 4º, da Lei 10.559/2002, sem que haja a realização da reparação econômica prevista na portaria anistiadora.

6. *“A assinatura do Termo de Adesão, segundo as condições previstas na Lei n. 11.354/2006, constitui mera faculdade a ser exercida pelos interessados, não se podendo falar em ofensa ao princípio da inafastabilidade do Poder Judiciário, pois*

nenhum dos anistiados políticos foi compelido a aderir ao acordo para recebimento dos valores a que tem direito” (MS 13.923/DF, Rel. Ministro Jorge Mussi, Terceira Seção, julgado em 22/05/2013, DJe 11/06/2013).

7. A pretensão autoral não encontra óbice no art. 4º, § 2º, da Lei 10.559/2002, isto porque tal dispositivo veda a percepção de “reparação econômica em prestação única” em valor superior a R\$ 100.000,00 (cem mil reais), o que se dá apenas nas hipótese em que não for possível comprovar vínculos com a atividade laboral (*caput*), de modo que tal prestação, por possuir idêntica natureza, é inacumulável com a “reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada”, na forma do que dispõe o § 1º, do art. 3º da Lei 10.559/2002. Contudo, no presente *casu* a Portaria do Ministério da Justiça assegurou ao impetrante o direito à “reparação econômica em prestação mensal, permanente e continuada”, e não em prestação única, o que afasta a incidência do óbice previsto no § 2º do art. 4º da Lei 10.559/2002.

8. “O *writ* está limitado à apuração da ofensa ao direito líquido e certo do impetrante, que no caso é o reconhecimento da omissão no dever de providenciar o pagamento do montante concernente aos retroativos, conforme valor nominal estabelecido no ato administrativo. Inviável, na forma mencionada pela autoridade impetrada, ampliar o objeto da demanda para definição da quantia a ser adicionada a título de juros e correção monetária, pois, em tal hipótese, o feito assumiria os contornos de Ação de Cobrança, escopo absolutamente estranho ao Mandado de Segurança” (MS 21.032/DF, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção do STJ, julgado em 10/06/2015, DJe 18/06/2015).

9. Segurança parcialmente concedida, a fim de determinar o pagamento do montante concernente aos retroativos unicamente pelo valor nominal apontado na portaria anistiadora, com os recursos orçamentários disponíveis, ou, em caso de manifesta impossibilidade, a expedição do competente precatório, ressalvada a hipótese de decisão administrativa superveniente, revogando ou anulando o ato de concessão da anistia, nos moldes do que restou decidido no julgamento da QO no MS 15.706/DF, e, sem prejuízo de que eventual pretensão a juros e correção monetária seja veiculada em ação própria (STJ, MS 22.434/DF, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 15/06/2016).

Por fim, é de se registrar que, apreciando Questão de Ordem relacionada ao fato de a Administração ter dado início a um procedimento para revisão das anistias de militares, esta Primeira Seção, no julgamento do MS 15.706/DF, de relatoria do Ministro *Castro Meira* (DJe de 11/05/2011), repeliu o pedido de suspensão do feito, apresentado pela União, mas ressaltou que, “nas hipóteses de concessão da ordem, situação dos autos, ficará prejudicado o seu cumprimento se, antes do pagamento do correspondente precatório, sobrevier decisão administrativa anulando ou revogando o ato de concessão da anistia”.

É o que se extrai dos seguintes arestos:

Mandado de segurança. Administrativo. Anistiado político. Efeitos retroativos da reparação econômica. Legitimidade do Ministro de Estado da Defesa. Afastada a decadência da impetração. Cabimento do writ. Previsão dos recursos mediante rubrica própria nas leis orçamentárias. Possibilidade de execução contra a Fazenda Pública, por meio de precatórios, caso não seja possível o pagamento em uma única parcela, em dinheiro. Incidência de juros e correção monetária, nos termos do REsp 1.270.439/PR. Omissão configurada. Direito líquido e certo ao integral cumprimento da portaria, enquanto não cassada ou revogada. Segurança concedida.

1. É iterativa a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça de que: (a) não há a decadência do direito à impetração quando se trata de comportamento omissivo da autoridade impetrada, que se renova e perpetua no tempo; (b) o Ministro de Estado da Defesa tem legitimidade para figurar no pólo passivo deste mandamus, por ser competente para realizar o pagamento das reparações econômicas concedidas pelo Ministério da Justiça relacionadas à anistia política de Militares, nos termos do art. 18, parágrafo único, da Lei 10.599/2002; (c) é cabível a impetração de Mandado de Segurança no caso de descumprimento de Portaria expedida por Ministro de Estado, tendo em vista não consubstanciar típica ação de cobrança, mas ter por finalidade sanar omissão da autoridade coatora; (d) a sucessiva e reiterada previsão de recursos, em leis orçamentárias da União Federal, para o pagamento dos efeitos financeiros das anistias concedidas, dentre elas a do impetrante, bem como o decurso do prazo previsto no § 4º do art. 12 da Lei 10.559/02 constituem o direito líquido e certo ao recebimento integral da reparação econômica; (e) inexistindo os recursos orçamentários bastantes para o pagamento, em uma só vez, dos valores retroativos ora pleiteados, cabível será a execução contra a Fazenda Pública, por meio de precatórios, nos termos do art. 730 do CPC.

2. Não impede a concessão da segurança o fato de ter sido editada a Portaria Interministerial 134/2011, uma vez que não há nos autos prova de que a Portaria que concedeu anistia ao impetrante tenha sido desconstituída ou de qualquer modo afetada na sua eficácia. Caso anulada a Portaria em que se funda o mandamus, incidirá a ressalva consignada na Questão de Ordem no MS 15.706/DF, de que a segurança restará prejudicada caso sobrevenha, antes do pagamento retroativo, ato administrativo desconstituindo a anistia concedida.

3. Esta Corte fixou a lição segundo a qual não prospera a alegação de que o pagamento dos retroativos está cingido à reserva do possível, porquanto o caso refere-se à existência de direito líquido e certo à percepção dos retroativos, nos termos do direito vigente (MS 17.967/DF, Rel. Min. **Humberto Martins**, DJe 30.05.2012).

(...)

5. No julgamento do REsp 1.270.439/PR, sob a sistemática dos recursos repetitivos, esta Corte, diante da declaração de inconstitucionalidade parcial

do art. 1º-F da Lei 9.494/99 no que concerne à correção monetária, ratificou o entendimento de que nas condenações impostas à Fazenda Pública após 29.06.2009, de natureza não tributária, os juros moratórios devem ser calculados com base na taxa de juros aplicáveis à caderneta de poupança. A correção monetária deverá ser calculada com base no IPCA, índice que melhor reflete a inflação acumulada no período.

6. Segurança concedida, para determinar à Autoridade Impetrada o cumprimento integral da Portaria 1.667, de 22 de agosto de 2005, do Ministro de Estado da Justiça, atentando-se para o pagamento dos efeitos retroativos advindos do reconhecimento da condição de anistiado político, nos termos da Lei 10.559/02, observado o decidido na Questão de Ordem no MS 15.706/DF (STJ, MS 19.350/DF, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, DJe de 01/09/2014).

Administrativo e Processo Civil. *Mandado de segurança. Anistia política. Militar. Marinha. Indenização. Pagamento. Retroativos. Preliminares rejeitadas. Termo de acordo da Lei n. 11.354, de 2006. Mera faculdade. Precedentes. Reserva do possível. Inaplicável. Existência de previsão orçamentária. Matéria pacificada na Primeira Seção do STJ. Questão de ordem. Ressalvada.*

1. Cuida-se de mandado de segurança impetrado por anistiado político militar da marinha, no qual se pretende o cumprimento integral de portaria de anistia, com o pagamento total dos valores retroativos, tal como reconhecidos naquele ato jurídico, descontada a parcela do que já foi efetivamente paga.

2. Preliminar de ilegitimidade passiva *ad causam*. O Ministro de Estado da Defesa é autoridade legítima para figurar nas impetrações em prol do cumprimento integral de portaria de anistia política, por força do art. 18, § único, da Lei n. 10.559/2002. Preliminar rejeitada.

3. Preliminar de decadência para impetração. O direito de impetração renova-se, ao passo que o descumprimento da obrigação prolonga-se no tempo, não atraindo, portanto, a fixação de um prazo decadencial para impetração. Preliminar rejeitada.

4. Preliminar de inadequação da via eleita. O descumprimento da totalidade da Portaria Ministerial evidencia uma lacuna em fazer por parte da autoridade impetrada. Assim, não atrai o óbice das Súmulas 269 e 271, ambas do STF, nem traduz que o *writ* está sendo usado como ação de cobrança. Preliminar rejeitada.

5. Quanto ao mérito, não há sentido em alegar que o pagamento individual configura satisfação do mínimo existencial, por parte do Ministério da Defesa, muito menos em aduzir que o pagamento integral dos retroativos está cingido à reserva do possível. O caso refere-se à existência de direito líquido e certo à percepção dos retroativos, nos termos do direito vigente.

6. A adesão ao Termo para o pagamento na forma proposta na Lei n. 11.354/2006 constitui mera faculdade do anistiado, uma vez que ninguém pode

ser compelido a aderir a acordo para o recebimento de valor a que faz jus de forma parcelada e/ou em valor menor ao que teria direito, constituindo evidente abuso de poder o tratamento desigual aos igualmente anistiados, amparável pelo Poder Judiciário na via do mandado de segurança, nos termos do art. 5º, LXIX, da Constituição da República.

7. Demonstrada a existência de crédito específico para o pagamento dos retroativos devidos aos anistiados, e transcorrido o prazo previsto no § 4º do art. 12 da Lei 10.559/2002, consubstancia-se o direito líquido e certo do impetrante ao recebimento integral da reparação econômica.

8. O tema encontra-se pacificado na Primeira Seção: MS 15.564/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 17.6.2011; MS 15.623/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 4.5.2011; MS 16.648/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 2.8.2011; MS 15.201/DF, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 1º.2.2011; e MS 16.135/DF, Rel. Min. Arnaldo Esteves Lima, DJe 30.6.2011.

9. Cabe frisar que, em conformidade com a Questão de Ordem havida no MS 15.706/DF, julgada na Primeira Seção em 14.4.2011, o cumprimento da ordem tornar-se-á prejudicado se sobrevier a aventada revisão administrativa da Portaria concessiva de direitos.

Segurança concedida (STJ, MS 19.060/DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, DJe de 12/08/2014).

Assim, estando caracterizada a mora da autoridade coatora em pagar a reparação econômica retroativa, em parcela única, prevista na Portaria/MJ 2.649/2004, que concedeu a anistia ao impetrante, não há como deixar de acolher a pretensão, no tópico, em seu mérito, e reconhecer o direito líquido e certo do impetrante ao recebimento da aludida reparação econômica, com a ressalva da hipótese de decisão administrativa superveniente, revogando ou anulando o ato de concessão da anistia política, conforme jurisprudência pacificada nesta Corte.

Ante o exposto, concedo parcialmente a segurança, nos termos acima firmados.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.340.553-RS (2012/0169193-3)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PR000000O

Recorrido: Djalma Gelson Luiz ME - Microempresa

Advogado: Sem representação nos autos - SE000000M

EMENTA

Recurso especial repetitivo. Arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973). Processual Civil. Tributário. Sistemática para a contagem da prescrição intercorrente (prescrição após a propositura da ação) prevista no art. 40 e parágrafos da Lei de Execução Fiscal (Lei n. 6.830/80).

1. O espírito do art. 40, da Lei n. 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria Fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

2. Não havendo a citação de qualquer devedor por qualquer meio válido e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se *automaticamente* o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

3. Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no *caput*, do art. 40, da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: “[...] o juiz *suspenderá* [...]”). Não cabe ao Juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. *No primeiro momento em que constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo de suspensão, na forma do art. 40, caput, da LEF.* Indiferente aqui, portanto, o fato de existir petição da Fazenda Pública requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a

suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o Juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. *O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido e/ou da não localização do devedor. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.*

4. Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973):

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início *automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, *sem prejuízo dessa contagem automática*, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, *logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.*

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, *logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.*

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável* (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, *depois de ouvida a Fazenda Pública*, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva *construção patrimonial* e a efetiva *citação* (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo, *v.g.*, a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os *requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.*

4.4.) *A Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da *delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo*, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

5. Recurso especial não provido. Acórdão submetido ao regime dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento: “Prosseguindo, em questão de ordem, a Seção, por maioria, decidiu pela participação do Sr. Ministro Gurgel de Faria no julgamento, já que quando Sua Excelência declarou-se habilitado a votar ainda não havia decisão da Corte Especial. No mérito, a Seção, por unanimidade, negou provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Votaram

parcialmente vencidos quanto à fundamentação e/ou tese a Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina e Herman Benjamin.”

Participaram do julgamento a Sra. Ministra Assusete Magalhães e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria, Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.

Não participou do julgamento o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 12 de setembro de 2018 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 16.10.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto com fulcro no permissivo do art. 105, III, “a”, da Constituição Federal de 1988 contra acórdão que, com base no art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830, de 1980, reconheceu de ofício a prescrição intercorrente e julgou extinta a execução fiscal, por reconhecer terem decorrido mais de cinco anos do arquivamento, sendo que a ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (§ 1º), ou o arquivamento (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (§ 4º), não acarreta qualquer prejuízo à exequente, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo (e-STJ fls. 176/178).

Os embargos de declaração restaram rejeitados (e-STJ fls. 198/199).

Alega a recorrente *Fazenda Nacional* que houve violação ao art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80. Afirmar que não transcorreram os cinco anos exigidos para configurar a prescrição intercorrente, tendo em vista que apenas em 19.08.2005 é que o processo foi suspenso pelo art. 40, da Lei n. 6.830/80, aplicando-se a partir daí a Súmula n. 314/STJ. Sustenta que de forma equivocada a Corte de Origem considerou como *dies a quo* da prescrição intercorrente a data em que determinada a suspensão do processo por noventa dias, que a decisão que ordenou o arquivamento remonta a 5.8.2003, sendo descabida a intimação da União em 30.4.2008 a respeito da prescrição. Compreende que toda e qualquer

manifestação da exequente nos autos compromete a caracterização da inércia, não sendo necessário que de tal manifestação decorra um imediato impulso à execução (e-STJ fls. 215/213).

Sem contraminuta consoante e-STJ fls. 243/244.

Sem contrarrazões ao recurso especial consoante e-STJ fls. 216/217.

Recurso inadmitido na origem, tendo subido a esta Corte via agravo em recurso especial (e-STJ fls. 220/221 e 226/241).

Quanto do julgamento do agravo em recurso especial, ao observar que o tema do recurso especial era repetitivo no âmbito da Primeira Seção do STJ, submeti o feito a julgamento pelo novo procedimento do artigo 543-C do Código de Processo Civil, regulamentado pela Resolução STJ n. 8/2008 (e-STJ fls. 255/256).

Parecer do Ministério Público Federal pelo conhecimento e negativa de provimento do recurso especial (e-STJ fls. 262/270).

Na sequência, determinei fossem oficiadas as Procuradorias dos Estados, a Associação Brasileira de Secretaria de Finanças – ABRASF, a Confederação Nacional de Municípios – CNM e o Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal para, em querendo, se manifestar (e-STJ fls. 262/270).

Às e-STJ fls. 374/401 consta manifestação da Confederação Nacional de Municípios – CNM.

Às e-STJ fls. 403/413 consta manifestação da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo.

Às e-STJ fls. 417/458 consta manifestação do Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): Devidamente prequestionados os dispositivos legais tidos por violados (art. 40, § 4º, da LEF), conheço do recurso especial.

De início, registro não haver qualquer relação de prejudicialidade do presente julgamento em relação ao RE 636.562/SC, em repercussão geral, a

ser julgado pelo STF, em razão de estar-se aqui diante de tema puramente infraconstitucional, além de não haver nos autos a presença de recurso extraordinário. Outrossim, o que se julgará em repercussão geral no RE 636.562/SC é a constitucionalidade do prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo, dentro da sistemática do art. 40, da LEF, o que não afeta o resultado do presente julgamento que poderá a ele ser adaptado, caso se entenda pela retirada desse prazo inicial de 1 (um) ano.

Todas as contribuições doutrinárias feitas pelas entidades oficiadas o foram levadas em consideração para a apreciação e elaboração da solução final ao presente caso.

Para o melhor exame da matéria, urge transcrever o disposto no art. 40, da Lei n. 6.830/80, *in verbis*:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, **será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.**

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, **depois de ouvida a Fazenda Pública**, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei n. 11.960, de 2009)

Com efeito, o espírito da lei é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais.

Não é demais lembrar que, de acordo com o Relatório Justiça em Números 2013, elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, dos 92,2 milhões de processos em tramitação no Poder

Judiciário, 29,3 milhões são execuções fiscais, o que corresponde a 32% do total de processos. São aproximadamente 25,6 milhões de execuções fiscais somente na Justiça Estadual, com taxa de congestionamento de 89%, superior a todas as outras classes. Na Justiça Federal tramitam mais de 3,5 milhões de execuções fiscais, com semelhante taxa de congestionamento. A exorbitante quantidade de execuções fiscais em trâmite nos diversos segmentos da Justiça é, hoje, uma das principais causas da morosidade sistêmica do Poder Judiciário, a prejudicar o andamento célere de outras classes processuais, na contramão do princípio constitucional da duração razoável do processo (*in*, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Ed.). Grupo de Trabalho (Portaria n. 155/2013): Política Nacional de Priorização do Primeiro Grau de Jurisdição. Brasília, 2013, pp. 66 et seq.).

Nessa lógica, com o intuito de dar cabo dos feitos executivos com pouca ou nenhuma probabilidade de êxito, estabeleceu-se então um prazo para que fossem localizados o devedor ou encontrados bens sobre os quais pudessem recair a penhora. Dito de outra forma, não havendo a citação de qualquer devedor (o que seria apenas marco interruptivo da prescrição) e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se *automaticamente* o procedimento previsto no art. 40 da Lei n. 6.830/80, e respectivo prazo ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula n. 314/STJ: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Na construção do sistema, o referido prazo foi segmentado em duas partes.

A *primeira parte* tem por *termo inicial* a falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) e por *termo final* o prazo de 1 (um) ano dessa data (art. 40, §§ 1º e 2º, da LEF). Durante essa primeira parte, a execução fiscal fica *suspensa* com vista dos autos aberta ao representante judicial da Fazenda Pública (art. 40, § 1º, da LEF).

Já a *segunda parte* tem por termo inicial o fim da primeira parte, isto é, o fim do prazo de 1 (um) ano da data da frustração na localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, § 2º, da LEF), e por termo final o prazo prescricional próprio do crédito fiscal em cobrança (quinquenal, no caso dos créditos tributários - art. 174, do CTN), consoante o art. 40, § 4º, da LEF. Nessa segunda parte, a execução fiscal fica *arquivada* no Poder Judiciário, sem baixa na distribuição.

Desse modo, se o crédito fiscal em cobrança for crédito tributário tem-se um prazo de 6 (seis) anos contados da constatação da falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) para que a Fazenda Pública encontre o devedor ou os referidos bens. Dentro desse prazo é que pode pedir as providências genéricas como a citação por edital e a penhora via BACEN-JUD, não havendo qualquer incompatibilidade.

Ocorre que esse procedimento prevê a intimação do representante judicial da Fazenda Pública em dois momentos distintos. Na primeira parte, ele deve ser intimado da suspensão do curso da execução com vista dos autos a fim de que providencie a localização do devedor ou dos bens. *Com efeito, a citação do devedor implicaria interrupção do prazo prescricional e a efetiva localização de bens significaria a possibilidade de o feito executivo caminhar, afastando a inércia necessária à caracterização da prescrição intercorrente.* Na segunda parte, ele deve ser intimado do decurso do prazo prescricional a fim de apontar a ocorrência, no passado, de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição ou simplesmente tomar ciência do decurso do prazo.

Decerto, muito embora a jurisprudência do STJ já tenha entendido que é necessário intimar a Fazenda Pública antes da decisão de decretação da prescrição intercorrente, consoante a literalidade do art. 40, § 4º, da LEF (v.g. EREsp 699.016/PE, Primeira Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 17.3.2008; RMS n. 39.241/SP, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 11.06.2013), as duas previsões legais de intimação da Fazenda Pública dentro da sistemática do art. 40, da LEF são formas definidas pela lei cuja desobediência não está acompanhada de qualquer cominação de nulidade, ou seja, a teor do art. 244, do CPC: “Quando a lei prescrever determinada forma, sem cominação de nulidade, o juiz considerará válido o ato se, realizado de outro modo, lhe alcançar a finalidade”. Dessa maneira, o ato pode ser considerado válido se a finalidade foi alcançada de outro modo.

Sendo assim, se ao final do referido prazo de 6 (seis) anos contados da falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF) a Fazenda Pública for intimada do decurso do prazo prescricional, sem ter sido intimada nas etapas anteriores, terá nesse momento e dentro do prazo para se manifestar (que pode ser inclusive em sede de apelação, como no caso concreto), a oportunidade de providenciar a localização do devedor ou dos bens e apontar a ocorrência no passado de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. Esse entendimento é o que está conforme o comando contido no art. 40, § 3º, da LEF.

Por outro lado, caso a Fazenda Pública não faça uso dessa prerrogativa, é de ser reconhecida a prescrição intercorrente.

O mesmo raciocínio é aplicável caso se entenda que a ausência de intimação das etapas anteriores tem enquadramento nos arts. 247 e 248, do CPC (“Art. 247. As citações e as intimações serão nulas, quando feitas sem observância das prescrições legais. Art. 248. Anulado o ato, reputam-se de nenhum efeito todos os subseqüentes, que dele dependam; [...]”).

Isto porque o princípio da instrumentalidade das formas recomenda que a Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de intimação **demonstre o prejuízo que sofreu** e isso somente é possível se houver *efetivamente* localizado o devedor ou os bens penhoráveis ou tenha ocorrido qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Foi nesse sentido que a jurisprudência caminhou, havendo diversos precedentes desta Casa:

Processual Civil. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Arquivamento do processo após decurso de um ano da suspensão requerida pela própria Fazenda. Intimação pessoal. Desnecessidade. Prescrição do crédito. Súmula 106/STJ. Reexame do conjunto fático-probatório. Impossibilidade.

1. Tratando-se de Execução Fiscal, a partir da Lei 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/1980, pode o juiz decretar de ofício a prescrição.

2. É prescindível a intimação da Fazenda Pública do ato de arquivamento da Execução, que se opera **automaticamente** pelo decurso do prazo legal.

[...]

6. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1.260.182/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 20/09/2011, DJe 23/09/2011 - grifo nosso)

Processo Civil e Tributário. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. *Prazo prescricional. Suspensão da execução fiscal. Intimação da Fazenda. Desnecessidade. Súmula 314/STJ.* Responsabilidade pela demora da prática de atos processuais. Súmula 106/STJ. Impossibilidade de aferição. Súmula 7/STJ. Matéria decidida pela 1ª Seção no REsp 1.102.431/RJ, Min. Luiz Fux, DJe de 01/02/2010, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC. Especial eficácia vinculativa desse precedente (CPC, art. 543-C, § 7º), que impõe sua adoção em casos análogos. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no REsp 1.152.135/BA, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 24/05/2011, DJe 31/05/2011) grifou-se

Processual Civil. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Arquivamento do processo após decurso de um ano da suspensão requerida pela própria Fazenda. Intimação pessoal. Desnecessidade.

1. Tratando-se de Execução Fiscal, a partir da Lei 11.051, de 29.12.2004, que acrescentou o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830/1980, pode o juiz decretar de ofício a prescrição.

2. *Prescindível a intimação do credor da suspensão da execução por ele mesmo solicitada, bem como o arquivamento do feito executivo, decorrência **automática** do transcurso do prazo de suspensão e termo inicial da prescrição.*

3. Agravo Regimental não provido (AgRg no Ag 1.301.145/SE, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 27.9.2010).

Agravo regimental em agravo em recurso especial. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Ausência de intimação do despacho de suspensão e de arquivamento do feito. Circunstância que, por si só, não impede o reconhecimento da prescrição intercorrente. Instrumentalidade das formas. Súmula 314/STJ.

1. *É desnecessária a intimação da Fazenda Pública da suspensão da execução fiscal por si requerida (art. 40, caput e § 1º da LEF), bem como do ato de arquivamento (art. 40, § 2º da LEF), o qual decorre do transcurso do prazo de um ano de suspensão e é **automático**, conforme dispõe a Súmula 314 desta Corte: “**Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente**”.*

2. *Em que pese a Fazenda Pública não ter requerido a suspensão da execução, nos autos restou consignado que “**a Fazenda Nacional foi ouvida antes da decretação da prescrição intercorrente**” (e-STJ fl. 176), não havendo como modificar tal pressuposto fático com óbice no enunciado sumular n. 7/STJ.*

3. Compete à Fazenda Pública, na primeira oportunidade em que se manifestar nos autos após a decretação da prescrição, alegar as causas suspensivas e/ou interruptivas do prazo prescricional que alegaria acaso fosse intimada. Não o fazendo, resta não demonstrado seu interesse recursal e preclusa a matéria, tendo em vista a ausência de prejuízo. Homenagem ao princípio da instrumentalidade das formas. Precedentes: AgRg no REsp 1.271.917/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.02.2012; AgRg no REsp 1.187.156/GO, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 17.08.2010; e AgRg no REsp 1.157.760/MT, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 23.02.2010; entre outros.

4. Agravo regimental não provido (AgRg no AREsp n. 148.729-RS, Segunda Turma, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 05.06.2012).

Tributário. Processual Civil. Omissão e contradição inexistentes. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Art. 40, § 4º, da LEF. Oitiva da Fazenda Pública.

Desnecessidade. Ausência de prejuízo. Inércia do Poder Judiciário. Reexame de fatos e provas. Súmula 7/STJ. Análise de dispositivos constitucionais. Impossibilidade. Competência do STF.

1. Os embargos declaratórios somente são cabíveis para modificar o julgado que se apresentar omissivo, contraditório ou obscuro, bem como para sanar possível erro material existente no acórdão, o que de fato não ocorreu.

2. *A finalidade da prévia oitiva da Fazenda Pública, no art. 40, § 4º, da LEF, é a de possibilitar a arguição de eventuais causas de suspensão ou interrupção da prescrição do crédito tributário. Dessa forma, se a Fazenda teve oportunidade de manifestar alguma causa interruptiva ou suspensiva da prescrição, quando da interposição da apelação, e não o fez, não há que falar em nulidade por ausência de prejuízo, prevalecendo os Princípios da Celeridade Processual, Instrumentalidade das Formas e **Pas de Nullité sans Grief**.*

3. A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.102.431/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou entendimento segundo o qual “a verificação de responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ”.

4. Não cabe a esta Corte análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, mesmo com a finalidade de prequestionamento, sob pena de usurpação da competência do STF.

Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no REsp n. 1.271.917-PE, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 17.05.2012).

Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Prazo prescricional. Art. 40 da Lei n. 6.830/80, acrescido pela Lei n. 11.051/04. Ausência de prévia oitiva da Fazenda Pública. Inexistência de demonstração de causas suspensivas ou interruptivas. Princípios da celeridade processual e da instrumentalidade das formas.

1. Agravo regimental interposto contra decisão que negou provimento ao recurso especial confirmando o acórdão *a quo* que reconheceu a prescrição intercorrente mesmo sem a prévia oitiva da Fazenda Pública, ante a ausência de causa de suspensão ou interrupção do prazo prescricional.

3. *A matéria em discussão, cujo entendimento encontra-se pacificado nesta Corte, entende que, ainda que tenha sido reconhecida a prescrição sem a prévia intimação da Fazenda Pública, como ocorreu na hipótese dos autos, só se justificaria a anulação da sentença se a exequente demonstrasse efetivo prejuízo decorrente do ato judicial impugnado.* Precedentes: REsp 1.157.788/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 11/5/2010; 1.005.209/RJ, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 8/4/2008, DJe 22/4/2008; AgRg no REsp 1.157.760/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 4/3/2010.

4. Na espécie, conforme registrado pelo Tribunal de origem, *a exequente, no recurso de apelação, não demonstrou a existência de causa suspensiva ou interruptiva de prescrição que impedisse a decretação dessa prejudicial*. Portanto, rever esse entendimento, demanda análise fático-probatória dos autos, o que é defeso na via especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

5. Agravo regimental não provido (AgRg no REsp 1.187.156/GO, Primeira Turma, Rel. Min. Benedito Gonçalves, julgado em 17.08.2010).

Desse modo, a jurisprudência do STJ então evoluiu da necessidade imperiosa de prévia oitiva da Fazenda Pública para se decretar a prescrição intercorrente (EREsp 699.016/PE, Primeira Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJ 17.3.2008) para a análise da utilidade da manifestação da Fazenda Pública na primeira oportunidade em que fala nos autos a fim de ilidir a prescrição intercorrente (precedentes suso citados). Evoluiu-se da exigência indispensável da mera formalidade para a análise do conteúdo da manifestação feita pela Fazenda Pública.

No caso concreto, trata-se de três execuções fiscais apensadas e reunidas na forma do art. 28, da LEF. A citação da empresa executada ocorreu em 07.12.2001 (e-STJ fls. 17), estando certificado nos autos em 16.03.2002 a inexistência de bens penhoráveis no endereço residencial fornecido (e-STJ fls. 21). *No dia 19.06.2002 foi concedida carga dos autos à Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PGFN* que em 24.06.2002 requereu a suspensão do feito por 120 dias a fim de realizar diligências, *tomando ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido (e-STJ fls. 24/29)*. No dia 02.07.2002 o Juiz reconheceu a suspensão do processo pelo prazo de 1 (um) ano, na forma do art. 40, da LEF, consoante despacho de e-STJ fls. 30, com ciência da PGFN às e-STJ fls. 31. No dia 31.07.2002 o processo foi retirado com carga à PGFN, sendo devolvido sem petição no dia 22.08.2002. No dia 12.09.2003 foi certificado o transcurso do prazo de 1 (um) ano de suspensão (e-STJ fls. 33). Em 10.10.2003 o processo foi retirado com carga à PGFN (e-STJ fls. 32/34) e retornou no dia 30.10.2003 com a petição de e-STJ fls. 35/44 solicitando a penhora de ativos do devedor, o que foi deferido pela decisão do dia 09.12.2003, constante das e-STJ fls. 45/47. O bloqueio de ativos restou infrutífero consoante o narrado nas e-STJ fls. 58. O processo saiu novamente em carga para a PGFN em 17.08.2005, retornando em 26.08.2005 com petição onde requereu a suspensão do feito na forma do art. 40, da LEF (e-STJ fls. 60/63). *A decisão de e-STJ fls. 64/65 considerou já transcorrido o prazo de 1 (um) ano de suspensão e determinou o arquivamento dos autos sem baixa na distribuição em 27.09.2005. Dessa decisão não houve intimação da PGFN*. Em

26.10.2010 a Secretaria certificou o decurso do prazo de cinco anos (e-STJ fls. 65). A sentença de e-STJ fls. 88/90, em 29.11.2010, extinguiu o feito com base no art. 40, § 4º, da LEF, tendo dela sido intimada a *Fazenda Nacional*.

A *Fazenda Nacional* apresentou a apelação de e-STJ fls. 91/111 alegando apenas que a) praticou atos processuais depois do dia 02.07.2002 (data da suspensão), pois requereu a penhora de ativos financeiros, o que, a seu ver, afastaria a prescrição intercorrente, e que b) não foi intimada da decisão que ordenou o arquivamento da execução fiscal.

O acórdão em apelação estabeleceu que (e-STJ fls. 176/178):

a) Não houve notícia da incidência de qualquer causa de suspensão ou interrupção da prescrição; e

b) A ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, § 1º, LEF), ou o arquivamento (art. 40, § 2º, LEF), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, § 4º, LEF), não acarreta qualquer prejuízo à exequente, *tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo*, inclusive em razões de apelação, o que não fez.

Como já mencionado, o termo inicial para a contagem da primeira parte do prazo (prazo de 1 ano de suspensão) se dá com a falta de localização de devedores ou bens penhoráveis (art. 40, *caput*, da LEF). Desse modo, considerando a jurisprudência desta Casa que entende ser o fluxo dos prazos do art. 40 da LEF automático, ***o prazo de 1 (um) ano de suspensão tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor e/ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido***, o que se deu com a carga dos autos concedida no dia 19.06.2002 (e-STJ fls. 23).

Isto porque nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo para a contagem da primeira parte (prazo de 1 ano de suspensão), somente a lei o é (ordena o art. 40: “[...] o juiz suspenderá [...]”). Não cabe ao juiz ou à Procuradoria fazendária a escolha do melhor momento para o seu início. Constatada a ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se o prazo, na forma do art. 40, *caput*, da LEF. Indiferente aqui, portanto, o fato de a *Fazenda Nacional* ter peticionado requerendo a suspensão do feito por 30/60/90/120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão

a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o juiz, ao intimar a *Fazenda Nacional*, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40, da LEF. *O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Nacional tomou ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, ex lege.*

A compreensão de que o prazo de suspensão do art. 40, da LEF somente tem início mediante peticionamento da Fazenda Pública ou determinação expressa do Juiz configura grave equívoco interpretativo responsável pelos inúmeros feitos executivos paralisados no Poder Judiciário ou Procuradorias, prolongando indevidamente o início da contagem do prazo da prescrição intercorrente. Essa interpretação equivocada já foi rechaçada no *leading case* que originou a Súmula n. 314/STJ (EREsp n. 97.328/PR), onde se analisou situação em que foi penhorado bem e dez (10) anos depois foi dada vista à Fazenda Pública que simplesmente requereu a penhora de um outro bem e alegou falta de intimação (violação ao art. 25, da LEF). Ali decretou-se a prescrição intercorrente contando-se de forma automática os prazos de suspensão e arquivamento, pois sequer houve despacho expresso de suspensão. Considerou-se então desnecessária a intimação da Fazenda Pública. O julgado restou assim ementado:

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal Processo paralisado por mais de cinco anos. Prescrição: reconhecimento precedentes do STJ e do STF. Embargos de divergência rejeitados.

I - Se o processo executivo fiscal ficou paralisado por mais de cinco anos, especialmente porque o exequente permaneceu silente, deve ser reconhecida a prescrição suscitada pelo devedor. A regra inserta no art. 40 da Lei n. 6.830/80 não tem o condão de tornar imprescritível a dívida fiscal, já que não resiste ao confronto com o art. 174, parágrafo único, I, do CTN.

II - Embargos de divergência rejeitados, "confirmando-se" o acórdão embargado e as decisões proferidas nas instâncias ordinárias (EREsp n. 97.328/PR, Primeira Seção, Rel. Min. Adhemar Maciel, julgado em 12.08.1998).

Desse modo, *havendo ou não petição da FAZENDA NACIONAL e havendo ou não decisão judicial nesse sentido (essas decisões e despachos de suspensão e arquivamento são meramente declaratórios, não alterando os marcos prescricionais)*, em 19.06.2003 *iniciou-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição*, findando este prazo em 19.06.2008. A este respeito, registre-se



que *somente a efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo* requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens.

Por fim, a Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, deve *demonstrar o prejuízo que sofreu* e isso somente é possível, v.g., se tiver ocorrido qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição. Tal não foi o caso dos presentes autos onde a *Fazenda Nacional* não alegou nada a respeito em suas razões de apelação.

Teses julgadas para efeito dos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 543-C, do CPC/1973 - obs.: teses em sua redação original, para as alterações posteriores ver os aditamentos):

1ª) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço residencial fornecido;

2ª) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido (os despachos declaratórios de suspensão e arquivamento não alteram os marcos prescricionais legais), findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual resta prescrita a execução fiscal;

3ª) A efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;

4ª) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu, para exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Ante o exposto, *nego provimento* ao presente recurso especial.

Porquanto tratar-se de recurso repetitivo, sujeito ao procedimento do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973 e agora aos arts. 1.036 e seguintes do CPC/2015, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira Seção, bem como aos

Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça, com fins de cumprimento do disposto no parágrafo 7º do artigo 543-C do Código de Processo Civil (arts. 5º, II, e 6º, da Resolução 08/2008) e agora nos arts. 1.039 e 1.040, do CPC/2015.

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Recurso representativo de controvérsia. Sistemática para a contagem da prescrição intercorrente. Inteligência do art. 40 da Lei 6.830/1980.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto com a finalidade de reformar acórdão proferido em julgamento de Apelação, confirmatório da sentença que decretou a Extinção da Execução Fiscal em razão da prescrição intercorrente, caracterizada pelo transcurso do prazo de cinco anos, *sem que a Fazenda Pública tenha sido intimada da decisão que indeferiu a concessão de prazo para realização de diligências e determinou, à sua revelia, o arquivamento dos autos.*

Quatro Teses fixadas pelo e. Ministro Relator

2. O Recurso Especial, processado no rito do art. 543-C do CPC, foi desprovido pelo e. Ministro Relator, que fixou as seguintes teses: a) o prazo de um ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/1980 (LEF) é *automático* e tem início na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço residencial fornecido; b) havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido (os despachos declaratórios de suspensão e arquivamento não alteram os marcos prescricionais legais), esgotado o prazo de um ano, inicia-se o prazo prescricional de cinco anos durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 6.830/1980. *Findos esses cinco anos, consuma-se a prescrição intercorrente;* c) a efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;* e d) a Fazenda Pública, em sua primeira

oportunidade de se pronunciar nos autos (art. 245 do CPC), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu* – e.g., precisará comprovar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Considerações preliminares sobre o julgamento no rito do art. 543-C do CPC. Proibição do elemento surpresa

3. A disciplina legal introduzida pela Lei 11.672/2008, ao acrescentar o art. 543-C ao CPC/1973, teve por finalidade essencial atualizar e adaptar o Código de Processo Civil à realidade dos modernos conflitos de interesse, muitos deles inseridos nas denominadas “relações de massa”, caracterizadas pela existência de questões objetivamente idênticas ou similares. Simultaneamente, visou reduzir o excessivo volume de processos idênticos que ascendem às instâncias superiores.

4. Dentro desse escopo, a consolidação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça não deve carrear, para as partes, definição de orientações absolutamente novas (elemento surpresa), relacionadas ao Direito Material ou Processual, que se revelem desacompanhadas de amadurecimento jurisprudencial ou amplo debate.

5. Na hipótese dos autos, não foi demonstrado que *o STJ, algum dia, tenha discutido e concluído que a suspensão da Execução Fiscal é automática, isto é, que decorre da simples não localização do devedor ou de seus bens (situação absolutamente inconfundível com o arquivamento do feito, após o transcurso do prazo de um ano, este sim, automático).*

6. De mesma forma, *a leitura do acórdão recorrido evidencia que, nas instâncias de origem, igualmente não foi valorado, ou mesmo debatido entre as partes, o fundamento relativo ao início automático da suspensão da Execução Fiscal.*

Primeira Tese

Divergência quanto ao caráter automático da suspensão da execução fiscal

7. As centenas de milhares de processos relativos às Execuções Fiscais abrangem quantias milionárias (somente o estoque da dívida ativa da União fechou o ano de 2014 em R\$ 1,387 trilhão, consoante notícia veiculada no jornal *Valor Econômico*).

8. Certamente há milhares de débitos que, na prática, revelar-se-ão irrecuperáveis, mas cabe ao respectivo credor definir políticas de classificação e então adotar critérios de seletividade para diferenciar o que deve ser segregado e o que é passível de recuperação. Ao Judiciário, não obstante a necessidade de equacionar a gestão do volume de processos, pesa a responsabilidade de não avançar os limites que respeitam a harmonia e a independência entre os Poderes, criando soluções que gerem potencial desequilíbrio de ordem social ou econômica.

9. Conceitua-se a suspensão da Execução Fiscal, nos moldes previstos na legislação, como “suspensão-crise”, porque pressupõe a constatação judicial de eventos (não localização do devedor ou de bens passíveis de constrição) que convertem o processo não em instrumento de composição da lide, mas em ferramenta de efeito colateral indesejado, isto é, de congestionamento do exercício da atividade jurisdicional.

10. Assim, *para os fins do art. 40 da Lei 6.830/1980, a exegese mais adequada é aquela segundo a qual a suspensão da Execução Fiscal não é automática, mas depende da constatação, pelo magistrado responsável pela condução do processo, de situação de crise (“suspensão-crise”), isto é, de que o processo não possui condições regulares de prosseguimento, uma vez que tanto o Poder Judiciário quanto a parte interessada (Fazenda Pública credora) não obtiveram meios para localizar o devedor ou bens passíveis de constrição.*

11. Note-se, por exemplo, que o brilhante voto proposto pelo e. Relator não indica o que se deve entender pela expressão “não localização do devedor ou de seus bens”. É possível que o devedor, não localizado no endereço indicado na petição inicial, possa ser citado na pessoa de seu sócio-gerente (situação inconfundível com o redirecionamento), ou que haja bens em outra cidade. A diligência ordinária (citação da pessoa jurídica no seu domicílio tributário, penhora de bens por diligência do oficial de Justiça), portanto, ficará negativa, mas não estará configurada a situação de crise, pois, embora não encontrados, o devedor ou seus bens ainda são passíveis de localização. Já aqui se nota que a simples dificuldade momentânea não pode resultar na automática suspensão do processo.

12. O contexto que objetivamente caracteriza a denominada “suspensão–crise” é aquele em que houve citação por edital (não localização do devedor) ou no qual se mostrou infrutífera a diligência prevista no art. 185-A do CTN (bloqueio universal de bens do devedor), e no qual se revelou impossível o redirecionamento.

Segunda e Quarta Teses

Inexistência de divergência quanto ao termo inicial do arquivamento dos autos e quanto à necessidade de demonstração do prejuízo

13. Com a aplicação do art. 40 da LEF seguindo a lógica da denominada “suspensão–crise”, acompanho o eminente Relator quanto às segunda e quarta teses, relativas ao termo inicial da suspensão: a) proferido o despacho de suspensão da Execução Fiscal por um ano, para os fins do art. 40 da LEF, será obrigatoriamente aberta vista à Fazenda Pública, a partir de quando terá início o respectivo prazo de um ano; b) caso a Fazenda credora, intimada do insucesso da medida prevista no art. 185-A do CTN, se antecipe ao juiz e requeira a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980 (ou seja, antes mesmo de o juiz decretar a mencionada suspensão), será dispensada a prolação de despacho deferindo o requerimento fazendário, e o transcurso do prazo de um ano terá início com a data do protocolo da petição, ou do lançamento da respectiva cota nos autos; c) *vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição*; d) a falta de intimação relativa ao item anterior, observado o acima exposto (isto é, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, na hipótese de tal medida ter decorrido de iniciativa do juízo), somente ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (*pas de nullité sans grief*).

Terceira Tese

Óbices quanto à fluência do prazo de prescrição intercorrente

14. No que se refere às circunstâncias que obstam a fluência do prazo da prescrição intercorrente, entendo conveniente especificar: a)

somente a constrição efetiva (penhora ou arresto), *que opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu*, tem o condão de suspender a fluência do prazo extintivo; b) a medida judicial acima suspende a fluência da prescrição intercorrente, a qual terá o seu prazo retomado, *pelo período restante*, quando a autoridade judicial cassá-la (por irregularidade) ou revogá-la (por constatar sua inutilidade); c) igualmente surtirá efeito suspensivo ou interruptivo a demonstração da superveniência, no curso do prazo da prescrição intercorrente, de uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.).

Critério objetivo para a constatação da denominada “suspensão crise”. Citação por edital e/ou bloqueio universal de bens inexitosos

15. Em síntese, para os fins do art. 40 da LEF, a decretação da prescrição intercorrente pressupõe: a) a suspensão da Execução Fiscal seja resultado da constatação da inviabilidade do processo para o seu fim ordinário (“suspensão-crise”), o que exige tenham sido esgotadas, sem sucesso, as diligências judiciais e administrativas para localização do devedor e/ou de seus bens, isto é, exauridas com a citação editalícia do devedor e/ou com a decretação da medida prevista no art. 185-A do CTN (bloqueio universal de bens), e b) a Fazenda Pública tenha sido intimada do respectivo despacho de suspensão do feito, sem comprovar, antes da sentença ou no período do recurso contra tal ato judicial (sentença), a superveniência, no lapso de tempo que fluiu entre a suspensão da Execução Fiscal e a consumação do prazo prescricional, de uma das hipóteses previstas nos arts. 151 e 174 do CTN.

Aplicação das teses à realidade dos autos

16. Em relação ao caso concreto, é possível constatar: a) o executado foi localizado e citado, por carta registrada, em 1º.12.2001 (fl. 18, e-STJ); b) não foram encontrados bens passíveis de constrição (fl. 21, e-STJ); c) a Fazenda Nacional requereu a suspensão do processo por 120 (cento e vinte) dias, mas o juízo aplicou de imediato a suspensão do art. 40 da LEF (fls. 24-29 e 30, e-STJ), com intimação

da exequente em 31.7.2002 (fl. 32, e-STJ); d) nas condições acima, a suspensão foi decretada irregularmente, de maneira simplesmente cômoda para o juízo, que *não demonstrou a caracterização de denominada suspensão-crise, isto é, não se certificou de que a Fazenda Pública fracassou na tentativa de localizar bens*; e) em 30.10.2003 (fl. 35, e-STJ), a Fazenda Nacional requereu a penhora de dinheiro, nos termos do art. 655 do CPC/1973; f) por decisão datada de 9.12.2003 (fls. 45-47, e-STJ), o juízo reconheceu que a Fazenda Nacional “esgotou os meios à disposição para localizar bens do executado” e, por essa razão, deferiu a quebra de sigilo bancário para determinar o bloqueio de valores aplicados financeiramente pelo devedor; g) a credora não foi intimada da decisão acima; h) em 6.7.2004, houve êxito no bloqueio do dinheiro (fl. 52, e-STJ); i) em 16.7.2004, o juízo determinou o cancelamento do bloqueio, porque a ordem judicial estabeleceu que a medida deveria recair sobre valores aplicados financeiramente, e não sobre a quantia mantida em conta-corrente (fl. 53, e-STJ), razão pela qual *não foi efetivada a penhora*. Do desfazimento do bloqueio também não foi intimada a Fazenda Nacional.

17. É interessante observar que o requerimento da Fazenda Pública (de bloqueio de dinheiro no Banco Central do Brasil), formulado em 30.10.2003 (fl. 35, e-STJ), foi: a) deferido em 9.12.2003 (fls. 45-47, e-STJ); b) efetivado em 6.7.2004 (fl. 52, e-STJ); e c) desfeito em 16.7.2004 (fl. 53, e-STJ), ***todos estes atos sem intimação da Fazenda Pública***.

18. A credora somente foi intimada do andamento do feito em 17.8.2005 (fl. 59, e-STJ), ou seja, quase dois anos após haver solicitado a diligência que foi realizada e, depois, desfeita, sem a sua participação nos autos. Devolveu os autos em cartório, em agosto de 2005, pleiteando a suspensão do processo nos termos do art. 40 da LEF (fls. 60-63, e-STJ), *requerimento esse que foi indeferido em 27.9.2005 (fl. 64, e-STJ) e do qual a parte jamais foi intimada, até que sobreveio a certidão do transcurso do prazo de cinco anos (fl. 65, e-STJ)*.

19. Desta forma, com a incidência da tese proposta neste voto-vista, são fixadas as seguintes premissas: a) o despacho de suspensão da Execução Fiscal com base no art. 40 da LEF, em 31.7.2002 (fl. 32, e-STJ), foi irregular, pois o ato processual praticado pela autoridade judicial não foi precedido da constatação da denominada suspensão-

crise, isto é, de que tanto o Poder Judiciário como a Fazenda credora efetivamente não possuíam alternativas para, respectivamente, conduzir ou dar regular andamento ao feito; b) o deferimento do bloqueio de dinheiro partiu do expresso reconhecimento judicial, em 9.12.2003, de que a Fazenda Pública havia esgotado, sem sucesso, as diligências administrativas para localização de bens do devedor; c) a tramitação da diligência judicial relativa ao bloqueio de dinheiro se deu em julho de 2004, isto é, período em que inexistia a regra do art. 185-A do CTN (que entrou em vigor em 9.6.2005); d) assim, a premissa relativa à suspensão-crise do processo somente ficou configurada em 16.7.2004, data em que foi desfeito o bloqueio do dinheiro aplicado em conta-corrente bancária; e) conseqüentemente, a partir dessa data é que deveria o juízo decretar a suspensão do art. 40 da LEF, com posterior intimação da Fazenda credora (art. 40, § 1º, da LEF), para que, após ultrapassado o período de um ano, tivesse início o prazo da prescrição intercorrente (art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980 e Súmula 314/STJ).

20. Não obstante as ponderações acima, serei obrigado a adotar, no caso concreto, conclusão idêntica à do e. Ministro Relator, embora por fundamento inteiramente diverso. É que, conforme descrito acima, embora incorretamente aplicada, a suspensão do processo foi decretada pelo juízo (fl. 30, e-STJ), *com intimação da exequente em 31.7.2002* (fl. 32, e-STJ).

21. *Como não houve recurso contra o indevido emprego do art. 40 da LEF*, a matéria ficou acobertada pela preclusão, de modo que o prazo de suspensão terminou em 30.7.2003, iniciando-se a partir de 31.7.2003 o fluxo da prescrição intercorrente.

22. Na medida em que não houve efetivação de penhora (registro que o bloqueio inicialmente realizado não foi convertido em penhora) ou notícia de causa suspensiva ou interruptiva de prescrição nesse período, a prescrição intercorrente ficou configurada em 30.7.2008, o que acarreta a rejeição da pretensão recursal.

Conclusão

23. Voto-Vista no sentido de, *no caso concreto, acompanhar o e. Ministro Relator para negar provimento ao Recurso Especial, embora por*

fundamentos inteiramente diversos. Quanto às teses fixadas no recurso repetitivo, divirjo parcialmente do e. Ministro Relator, nos termos acima.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, “a”, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado (fl. 179, e-STJ):

Agravo. Insuficiência das razões.

Não é de acolher-se o agravo quando insuficientes as razões apresentadas para modificação da decisão agravada.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

A recorrente alega violação do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/1980. Afirma que o prazo da prescrição intercorrente tem por início a decisão que ordenar o arquivamento administrativo da Execução Fiscal. Aduz também que “Toda e qualquer manifestação da exequente nos autos compromete a caracterização da inércia, não sendo necessário que, de tal manifestação, decorra um imediato impulso à execução” (fl. 211, e-STJ).

Não há contrarrazões, pois o recorrido, microempresário, não constituiu advogado para representá-lo nos autos.

Interposto o recurso do art. 544 do CPC/1973 contra a decisão do Tribunal de origem, que inadmitiu o Recurso Especial, o e. Ministro Mauro Campbell Marques houve por bem dar provimento ao Agravo e submeter o julgamento da pretensão recursal ao rito do art. 543-C do CPC/1973 (fls. 255-256, e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo desprovimento do apelo nobre.

Em judicioso voto, a Relatoria nega provimento ao Recurso Especial com base nos seguintes fundamentos, adotados como tese para fins do art. 543-C do CPC:

1) O prazo de um ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/1980 (LEF) é *automático* e tem início na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço residencial fornecido;

2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido (os despachos declaratórios de suspensão e arquivamento não alteram os marcos prescricionais legais), esgotado o prazo de um ano, inicia-se o prazo prescricional de cinco anos durante o qual o processo deveria estar

arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 6.830/1980; findos os cinco anos, consuma-se a prescrição intercorrente;

3) A efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;

4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de se pronunciar nos autos (art. 245 do CPC), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu – e.g., terá de comprovar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Pedi vista dos autos em razão da relevância da questão, pois, conforme muito bem registrado na sustentação oral da recorrente, “não há recurso mais repetitivo que o presente; a decisão tomada aqui se multiplicará, afetando milhões de Execuções Fiscais em todo o território nacional”.

Antes, porém, de examinar as razões recursais, gostaria de fazer algumas observações a respeito da técnica de julgamento dos recursos representativos de controvérsia.

1. Recursos representativos de controvérsia

Como se sabe, a disciplina legal introduzida pela Lei 11.672/2008, ao inserir o art. 543-C do CPC/1973, teve por finalidade essencial atualizar e adaptar a legislação processual civil à realidade dos modernos conflitos de interesse, muitos deles inseridos nas denominadas “relações de massa”, caracterizadas pela existência de questões objetivamente idênticas ou similares. Simultaneamente, visou reduzir o excessivo volume de processos idênticos que ascendem às instâncias superiores.

Sob esse enfoque, é importante não perder de vista que a utilização dessa técnica de julgamento deve primar pela objetividade das teses fixadas – o que, de certa forma, embute o risco de a atividade de definir a interpretação da lei aproximar-se, em preocupante atentado à legitimidade do Estado Democrático de Direito, da própria criação de normas, tarefa que, ressalvadas as hipóteses expressamente previstas no ordenamento jurídico, o Poder Constituinte Originário confiou ao Poder Legislativo.

Por outro lado, a *objetividade* acima referida não pode ser confundida com *abstração*, ou, dito de forma mais clara, com a utilização de *termos abertos*

ou de *conceitos indeterminados*, sob pena de comprometer o escopo principal perseguido pelo julgamento no rito do art. 543-C do CPC/1973.

Da mesma forma, a consolidação do entendimento do Superior Tribunal de Justiça não deve ocasionar, para as partes, a definição de orientações novas (*elemento surpresa*), relacionadas ao Direito Material ou Processual, que se revelem desacompanhadas de amadurecimento jurisprudencial. Sobre o tema voltarei a discorrer mais adiante.

No ponto, observo que não localizei, seja no substancioso voto do e. Ministro Relator, seja na jurisprudência do STJ, a existência de posicionamento desta Corte Superior qualificando como automática a suspensão da Execução Fiscal.

Em relação ao caso concreto, igualmente é possível verificar, a partir da leitura do acórdão recorrido, que as instâncias de origem não valoraram tal aspecto – aliás, nem mesmo entre as partes se estabeleceu controvérsia a respeito (o único fundamento utilizado no voto condutor do acórdão hostilizado é que entre o arquivamento dos autos, 27.9.2005, e 25.11.2010 transcorreu o prazo da prescrição intercorrente).

Daí minha preocupação com a incorporação, no julgamento do recurso no rito do art. 543-C do CPC/1973, de fundamentos não precedidos de profundo amadurecimento jurisprudencial, surpreendendo as partes.

2. A suspensão da Execução Fiscal (suspensão-crise). A inviabilidade da conceituação da prescrição intercorrente como instituto absolutamente desvinculado da inércia. Inteligência sistemática do art. 40 da LEF

Para iniciar a análise da pretensão recursal, entendo conveniente transcrever a seguinte observação lançada no substancioso voto do e. Ministro Mauro Campbell Marques:

Não é demais lembrar que, de acordo com o Relatório Justiça em Números 2013, elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, dos 92,2 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, 29,3 milhões são execuções fiscais, o que corresponde a 32% do total de processos. São aproximadamente 25,6 milhões de execuções fiscais somente na Justiça Estadual, com taxa de congestionamento de 89%, superior a todas as outras classes. Na Justiça Federal tramitam mais de 3,5 milhões de execuções fiscais, com semelhante taxa de congestionamento. A exorbitante quantidade

de execuções fiscais em trâmite nos diversos segmentos da Justiça é, hoje, uma das principais causas da morosidade sistêmica do Poder Judiciário, a prejudicar o andamento célere de outras classes processuais, na contramão do princípio constitucional da duração razoável do processo.

Tal excerto demonstra a importância do julgamento do presente recurso repetitivo. Os milhões de processos relativos às Execuções Fiscais abrangem quantias multimilionárias (somente o estoque da dívida ativa da União fechou o ano de 2014 em R\$ 1,387 trilhão, consoante notícia veiculada no jornal *Valor Econômico*).

A análise que aqui se apresenta, portanto, deve ser pautada não apenas sobre o volume quantitativo de processos, e de sua influência na gestão da atividade jurisdicional, como ainda sobre a própria dinâmica do Poder Judiciário como instrumento também viabilizador de arrecadação para os cofres públicos, conforme relatórios de desempenho anualmente confeccionados.

Prevê o art. 40 da Lei 6.830/1980, *verbis* (grifos meus):

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

§ 5º - A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei n. 11.960, de 2009)

A lei diz que “o juiz suspenderá”. O procedimento do art. 40 da LEF não tem início automático, mas dependente de despacho/decisão do juiz que determine a suspensão.

O vocábulo *sub examine* vem assim definido no Dicionário Aurélio da Língua Portuguesa:

Automática. 1. Próprio de autômato. 2. *Que se move, regular ou opera por si mesmo: máquina **automática**.* 3. *Que se realiza por meios mecânicos.* 4. *Fig. Praticado sem a intervenção da vontade ou da inteligência, ou pela força do hábito; inconsciente, involuntário, maquinal: Alisou com as mãos os cabelos num gesto automático de vaidade.*

Dessa forma, com a devida vênia, ao contrário do que consignou o e. Ministro Relator, a lei não diz que a falta de localização do devedor ou de seus bens enseja a suspensão da Execução Fiscal, mas sim que, presente tal circunstância, é “o Juiz” quem a “suspenderá”.

O início automático seria justificável se o dispositivo legal fosse redigido no sentido de que “a não localização do devedor ou de bens sobre os quais possa recair a penhora acarreta a suspensão da Execução Fiscal”.

Sucedo que o processo não é apenas *instrumento* de composição da lide, que objetiva a pacificação social. É igualmente *relação processual*, e nesse contexto é definido com base na premissa de que os respectivos sujeitos (juiz e partes em litígio) atuam em relação de coordenação e subordinação. Há pouco espaço, como se vê, para que as respectivas etapas sejam consideradas automáticas, o que é facilmente compreensível a partir do momento em que a atuação humana é peça fundamental no desenvolvimento dos atos que, em seu conjunto, tendem ao resultado final (sentença, aqui utilizada em acepção ampla).

Tal previsão normativa é perfeitamente razoável, considerando que, como responsável pela condução do processo, *o órgão jurisdicional terá mais condição para verificar, por exemplo, se o réu pratica atos atentatórios à dignidade da Justiça*, como a utilização de *manobras para não ser localizado ou não ter identificados bens passíveis de penhora*. Em hipóteses como essas, a suspensão “automática”, como se vê, implicaria a redução do juiz ao papel de assistir passivamente à utilização de chicanas que privilegiariam o uso distorcido do processo.

Note-se que o oficial de Justiça pode certificar, na realização das diligências a ele atribuídas, a suspeita de que o devedor está maliciosamente se furtando à efetivação do ato processual (art. 227 do CPC). E, embora o Código de Processo Civil seja aplicável subsidiariamente à Lei 6.830/1980, entende-se que a denominada citação com hora certa não é cabível na Execução Fiscal. Indaga-se: seria lícito, nesse contexto, adotar a tese de que a suspensão teve início a

partir do momento em que a Fazenda credora foi intimada de tal fato? Não seria isso uma forma de inverter os princípios que regem o Direito Processual Civil, isto é, consagrando situação que favoreça a parte que ocupa o polo passivo da demanda, mediante utilização de ardil ou, de qualquer forma, de condutas que ofendam a boa-fé e a lealdade processual?

Outra dúvida que tive é que, salvo melhor juízo, *não ficou explicado no voto do e. Ministro Mauro Campbell Marques o que se deve entender por “não localização do devedor ou de seus bens”*: no rito da Lei 6.830/1980, a regra é a citação por carta. Se esta retorna negativa - muitas vezes com a simples informação de que o devedor, “mudou-se”, ou estava “ausente”, ou de que a agência postal não foi procurada (“não procurado”), qual a consequência? Seria lícito considerar o devedor como não localizado em tais circunstâncias e, “automaticamente”, entender como suspensa a Execução Fiscal?

A exegese que faço, até mesmo em função da representatividade do estoque da dívida ativa, é que a suspensão prevista no art. 40 da Lei 6.830/1980 é aquela que decorre da identificação da situação de *crise* no processo, isto é, de que a demanda ajuizada tende a se revelar inútil ou com remota possibilidade de chegar ao fim ordinário (satisfação da pretensão creditória da Fazenda Pública).

Com a devida vênia, não vejo como considerar que a totalidade desse valor – conforme dito, multimilionário – possa ser classificada de maneira uniforme (isto é, todo esse *quantum*, genericamente considerado, estaria sujeito a um único tratamento jurídico) e simplificada ou reduzida, em termos processuais, a um procedimento que direta ou indiretamente transforme a suspensão do processo, tendente a abreviar a disciplina da prescrição intercorrente, em um fim primordial.

Em outras palavras, certamente há débitos que, na prática, revelar-se-ão irrecuperáveis, mas cabe ao respectivo credor definir políticas de classificação e então adotar critérios de seletividade para diferenciar o que deve ser segregado e o que é passível de recuperação. Ao Judiciário, não obstante a necessidade de equacionar a gestão do volume de processos, pesa a responsabilidade de não avançar os limites que respeitam a harmonia e a independência entre os Poderes, criando soluções que gerem potencial desequilíbrio de ordem social ou econômica.

Como nos demais processos regidos quer pelo CPC, quer pela legislação extravagante, há percalços que fazem parte do desenvolvimento da marcha processual. Tais circunstâncias são mencionadas, por exemplo, no CPC, que

prevê pequenos sobrestamentos para a regularização (e.g., regularização da representação processual, etc.).

A suspensão do art. 40 da LEF, portanto, somente pode ser decretada quando houver indícios ou prova robusta de que a demanda ajuizada não tem condições efetivas de prosseguimento (“suspensão-crise”). Evidente que isso não implica outorgar poder, quer ao juiz, quer à parte credora, de protelar indefinidamente tal constatação.

No caso da citação por carta, por exemplo, uma vez devolvida com a informação de que o destinatário encontrava-se ausente, não pode ter início a suspensão – que, portanto, não pode ser considerada automática, até porque o devedor não foi localizado, mas ainda pode, eventualmente, ser localizável –, posto que nada impede ao juízo, de ofício, ordenar que a citação seja realizada pelo oficial de Justiça, que, em horário distinto daquele tentado pelo carteiro, poderá obter êxito na realização do ato processual.

Da mesma forma, devolvida a carta com a informação de que o destinatário “mudou-se”, a praxe é de que o juiz intime a Fazenda para que esta forneça novo endereço, ou, até mesmo, em caso de pessoa jurídica, o endereço do domicílio de seu representante legal, para que a citação daquela seja feita na pessoa do sócio-gerente (situação inconfundível com o redirecionamento, no qual o sócio é citado em nome próprio).

No caso concreto, considero precipitada a suspensão do feito a partir da diligência negativa da penhora, pois a certidão do oficial de Justiça atesta que não foram localizados bens *no local* diligenciado (fl. 21, e-STJ) e que o devedor informou não possuir outros. Contudo, a declaração unilateral do devedor, por si só, é insuficiente para o efeito de comprovar a inexistência de bens, e a constatação de inexistência de bens no local diligenciado, conforme já dito anteriormente, não possui aptidão para afastar a apuração de bens em locais distintos.

Reputo a definição dessa primeira tese como algo muito importante, pois inevitavelmente convida os operadores do Direito a revisitarem a ideologia que fundamenta o processo. Nesse sentido, ratifico que se trata de instrumento que visa à composição da lide, no interesse maior da sociedade (não das partes ou do juiz), razão pela qual considero que a preocupação com a gestão dos processos, quer pelo Poder Judiciário, quer pela própria Administração Pública, não deve olvidar da premissa acima, sob pena de distorcer a lógica e tratar a suspensão do processo como fim em si mesmo.

Citamos outro exemplo que demonstra a inviabilidade de se concluir automaticamente suspensão a Execução Fiscal pela ausência de localização de bens no endereço diligenciado. Muitas vezes o devedor pode não possuir bens no seu domicílio, mas em outras cidades (por exemplo, imóveis). A abertura de vista à Fazenda Pública, portanto, com a simples certificação de que não foram localizados bens no endereço diligenciado, não pode dar ensejo ao início da suspensão, pois a previsão legal relativa à não localização de bens, por certo, pressupõe sua completa inviabilidade.

Nesse complexo contexto, entendo que o simples insucesso na prática de um ato processual não pode ter o condão de ensejar, automaticamente, a suspensão do processo, pois isso, repito, se por um lado colabora indiretamente com uma gestão processual tendente à prestação jurisdicional formalmente mais célere, por outro representará, na mesma medida, a indireta chancela judicial, em favor do devedor mal-intencionado, do planejamento, às custas da exegese que o Poder Judiciário confere à lei federal, de práticas cada vez mais sofisticadas para ocultação de seus bens.

Daí por que acredito que a participação do juiz é indispensável na condução do processo, o que implica dizer, na restrita discussão que ora se faz, que cabe a este decretar a suspensão da Execução Fiscal somente quando constatar que nenhum impulso de ofício pode ser dado ao feito (“*suspensão-crise*”).

Quanto à preocupação com a possibilidade de conferir à Fazenda Pública o poder de adiar indefinidamente a suspensão do processo, considero ser facilmente resolvida diante do disposto no art. 185-A do CTN. Com efeito, refletindo a respeito do tema, cheguei à conclusão de que a própria legislação federal, sistematicamente interpretada, descreve a circunstância objetiva que autoriza se entenda configurada a denominada “*suspensão-crise*” prevista no art. 40 da Lei 6.830/1980, a saber, quando realizada a citação do devedor por edital (art. 8º, IV, da LEF) e/ou quando infrutífero o bloqueio universal de bens, previsto no art. 185-A do CTN.

Com efeito, prescreve a norma de Direito Material:

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.

A norma acima evidencia que não há como defender que a simples não localização de bens, por insucesso das diligências judiciais ou de atribuição da Fazenda Pública, autorize, por si só, a suspensão “automática” do processo, sem que antes seja cumprido o disposto no art. 185-A do CTN, uma vez que a regra prescreve que o juiz *determinará* a indisponibilidade de bens, isto é, a lei não concede ao juiz competente a faculdade de decretar tal medida, que, portanto, é cogente. Não haveria sentido, como se vê, em suspender a Execução Fiscal sem que, antes, fosse realizada a medida prevista no art. 185-A do CTN.

Ora, se a indisponibilidade de bens for eficaz, o feito terá regular prosseguimento, com a penhora de bens suficientes para garantia do juízo; e, em caso negativo, gerará a *presunção relativa* de que não há bens passíveis de constrição judicial, viabilizando, agora sim, seja suspensa (“suspensão-crise”) a Execução Fiscal.

Veja-se que a adoção do entendimento de que a suspensão é automática e decorre da primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de seus bens é incompatível com a regra do art. 185-A do CTN.

Conclusivamente, além de divergir quanto ao caráter “automático” da suspensão, discordo igualmente da conclusão de que esta tem por termo inicial a data de ciência, pela Fazenda Pública credora, do primeiro insucesso quanto à localização do devedor ou dos bens.

A redação do art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/1980 estabelece que o prazo de um ano tem por início a data da ciência, pela parte exequente, da decisão segundo a qual o juiz determinou a suspensão do curso da Execução Fiscal.

Nesse contexto, *a proposta que faço para a primeira tese é de que a suspensão do processo não é automática, devendo ser decretada pelo juiz (sem discricionariedade) quando este verificar que o Poder Judiciário e que a Fazenda credora não possuem condições de dar andamento ao feito. A “suspensão-crise” da Execução Fiscal, válida por um ano, será decretada com base no art. 40 da Lei 6.830/1980 somente após terem sido esgotadas, **sem sucesso**, as diligências judiciais e da Fazenda Pública para localização do devedor e de seus bens, o que é objetivamente alcançado depois de realizada a citação por edital (art. 8º, IV, da LEF) e/ou da decretação de indisponibilidade universal dos bens (art. 185-A do CTN).*

3. *Segunda tese: início automático do prazo da prescrição intercorrente (ao término da suspensão de um ano)*

No que tange à segunda tese, não há divergência quanto à compreensão de que a prescrição intercorrente tem início automático com o transcurso do prazo de um ano, conforme pacificado no enunciado da Súmula 314/STJ:

Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.

Ressalvo apenas que o prazo da prescrição intercorrente não será, necessariamente, quinquenal. Assim o é em relação à dívida ativa de natureza não tributária. Para os créditos de natureza não tributária, o prazo da prescrição intercorrente será idêntico ao da prescrição ordinária, estabelecido em legislação específica – ou, na inexistência desta, aquele disposto no art. 1º do Decreto 20.910/1932.

Não obstante, é importante preservar a segurança jurídica, estabelecida nos precedentes jurisprudenciais que preveem que a Fazenda Pública deve ser intimada do despacho que determina a suspensão da Execução Fiscal, dispensada a intimação apenas na hipótese em que o requerimento de aplicação do art. 40 da Lei 6.830/1980 parte do próprio ente público credor – o que, conforme visto acima, somente poderá ser feito após o insucesso da diligência prevista no art. 185-A do CTN.

O estabelecimento da orientação segundo a qual a Fazenda Pública deve necessariamente ser intimada da suspensão da Execução Fiscal tem o mérito de legitimar tese dela derivada, segundo a qual a eventual falha do Judiciário (ausência de intimação) será resolvida no plano da teoria das nulidades processuais (*pas de nullité sans grief*). Com efeito, uma vez constatada a intimação da Fazenda Pública a respeito do despacho que determinou a suspensão da Execução Fiscal, o transcurso do prazo de seis anos (um ano de suspensão e cinco de prescrição intercorrente – ressalvada a existência de prazo diferente estabelecido em lei específica) autorizará a presunção de inércia, caso não indicada, no prazo para recurso da sentença que decretar a prescrição intercorrente, a existência de causas suspensivas ou interruptivas.

Caso contrário, com renovado pedido de vênias ao e. Ministro Relator, a ausência de intimação do próprio despacho de suspensão do feito fatalmente deixará a Fazenda Pública em situação de extrema dificuldade, pois não será

razoável entender que, no singelo prazo de trinta dias – para Apelação contra a sentença extintiva da demanda por prescrição intercorrente –, ao qual nunca é demais adicionar que sucedeu a uma paralisação por seis anos, com o seu completo desconhecimento, seja possível localizar bens para constrição e assim apontar efetivo prejuízo apto a anular a falta de intimação.

Dessa forma, quanto à segunda tese, proponho a seguinte redação:

a) proferido o despacho de suspensão, ex officio, da Execução Fiscal por um ano, para os fins do art. 40 da LEF, será obrigatoriamente aberta vista à Fazenda Pública; findo o prazo de um ano (contado da data da ciência do ato judicial), terá início automático, independente de nova intimação, a fluência do prazo de prescrição intercorrente;

b) se a Fazenda Pública tomar a iniciativa de requerer a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980, o que somente deverá ser feito depois de ter sido verificado o insucesso no bloqueio universal de bens (art. 185-A do CTN), o termo inicial corresponde à data do protocolo da respectiva petição ou cota lançada nos autos;

c) vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição;

d) a falta de intimação relativa ao item anterior, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, somente ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (pas de nullité sans grief).

5. Terceira tese: somente diligência positiva suspende a fluência da prescrição intercorrente

Quanto à terceira tese, igualmente tenho alguns pontos a acrescentar às brilhantes considerações do e. Ministro Relator.

O primeiro registro que reputo oportuno é – mais uma vez, diante da necessidade de estabelecer orientação de aplicabilidade prática nas instâncias de origem –, tal qual ocorreu em relação à aplicação do art. 219, § 1º, do CPC, em entendimento consolidado no julgamento do REsp 1.120.295/SP, no rito do art. 543-C do CPC/1973, fixar que a *positivação da constrição judicial* (que pode se dar, conforme anteriormente exposto, por meio da penhora ou arresto de bens) *opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu.*

Tal raciocínio se destina a evitar a indevida decretação da prescrição intercorrente na hipótese em que os pedidos de penhora ou arresto são feitos no curso da prescrição intercorrente, mas são porventura apreciados ou efetivados somente após esse prazo.

Isso porque, acho imprescindível destacar, o instituto da prescrição intercorrente não pode ser integralmente desvinculado do conceito de inércia, pois não é possível equiparar esta última a uma situação muito distinta, que diz respeito à constatação da imprestabilidade do processo como instrumento de solução de litígios. Nesse sentido, aliás, é a jurisprudência da Segunda Turma do STJ, conforme se verifica no precedente abaixo (grifos meus):

Processual Civil. Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Declaração de ofício. Viabilidade. Art. 219, § 5º, do CPC. Citação. Inércia da Fazenda Pública. Súmula 7 do STJ.

1. *A configuração da prescrição intercorrente não se faz apenas com a aferição do decurso do lapso quinquenal após a data da citação. Antes, também deve ficar caracterizada a inércia da Fazenda exequente.*

2. A Primeira Seção desta Corte também já se pronunciou sobre o tema em questão, entendendo que “a perda da pretensão executiva tributária pelo decurso de tempo é consequência da inércia do credor, que não se verifica quando a demora na citação do executado decorre unicamente do aparelho judiciário” (REsp n. 1.102.431/RJ, DJe 1.2.10 - regido pela sistemática do art. 543-C, do CPC). Tal entendimento, *mutatis mutandis*, também se aplica na presente lide.

3. A verificação acerca da inércia da Fazenda Pública implica indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado a esta Corte Superior, na estreita via do recurso especial, ante o disposto na Súmula 07/STJ.

4. Esta Corte firmou entendimento que o regime do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige a prévia oitiva da Fazenda Pública, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, a saber: a prescrição intercorrente contra a Fazenda Pública na execução fiscal arquivada com base no § 2º do mesmo artigo, quando não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis. Nos demais casos, a prescrição, a favor ou contra a Fazenda Pública, pode ser decretada de ofício com base no art. 219, § 5º, do CPC.

5. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp 1.222.444/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 25/04/2012).

Pelo mesmo motivo, outro aspecto que merece ponderação é o relativo ao resultado prático decorrente da constrição positiva. Qual o tratamento a ser

dispensado quando, posteriormente, é averiguada irregularidade ou inutilidade nessa medida judicial?

Exemplifico: na primeira situação (irregularidade), apura-se posteriormente que a constrição incidiu sobre bem de terceiro, ou impenhorável (condição que somente foi demonstrada após comprovação pelo interessado); e na segunda, verifica-se que a constrição recaiu sobre bem que se mostrou inútil (bem de difícil alienação, comprovado pelas realizações infrutíferas de leilão judicial).

Ora, convém lembrar que o instituto da prescrição intercorrente pressupõe a concomitância de um fator objetivo (transcurso de tempo definido em lei) e de um fator subjetivo (inércia do titular da pretensão). Nos casos acima, a penhora sobre um bem de família, ou bem de terceiro, ainda que efetivamente sujeita ao desfazimento, não pode acarretar prejuízo à Fazenda Pública se a irregularidade não foi por ela criada (como ocorre, por exemplo, nos casos em que o registro imobiliário não contém a informação de que o bem se enquadra no regime da Lei 8.009/1990 ou de que a propriedade foi transferida a terceiro). Diferente seria a solução, naturalmente, se a documentação estivesse atualizada e, ainda assim, a Fazenda credora insistisse na constrição judicial. Isso porque, de acordo com o regime jurídico da propriedade imobiliária, as certidões se revestem de fé pública, de modo que a penhora realizada com sucesso afasta a inércia da parte credora, ainda que posteriormente a medida constritiva seja desfeita.

Em tais circunstâncias, para efeito de suspensão do prazo da prescrição intercorrente, deve-se, portanto, admitir a penhora realizada, de modo que a sua posterior invalidação ensejará o restabelecimento, *pelo prazo restante*, da contagem do prazo prescricional.

Por último, não menos importante é consignar que, além da penhora efetiva, também interfere na fluência do prazo da prescrição intercorrente a demonstração da ocorrência, durante o seu curso, de ao menos uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.).

Sob o rigor da ciência jurídica, se por um lado é inconcebível que o processo perdure por tempo indeterminado, por outro é conveniente que não sejam confundidas as hipóteses que possibilitam a extinção do processo por detecção de sua superveniente inutilidade (solução que encontrava guarida

na teoria das condições da ação, no regime do CPC/1973, ou atualmente no âmbito dos pressupostos de validade do processo, segundo o CPC/2015) com aquelas em que é possível identificar inércia da parte (solução que autoriza a decretação da prescrição intercorrente, a surtir efeitos de Direito Material, isto é, a própria extinção do crédito tributário, conforme o art. 156, V, do CTN).

A solução da crise do processo de Execução Fiscal, assim, impõe ao legislador o estudo e disciplina legal de novos meios tendentes a viabilizar a efetiva recuperação dos créditos fazendários, e não a compreensível (diante do incômodo volume quantitativo), mas, com a devida vênia, inadequada, simplificação dos procedimentos destinados a ampliar indevidamente a adoção do instituto da prescrição, pois tal medida implica, reflexamente, a conclusão da falência do Estado como instituição destinada a promover o bem social.

6. Síntese conclusiva das teses a serem firmadas no julgamento do recurso repetitivo

Por tudo que foi dito, propõe-se a redução a três das teses fixadas pela Relatoria, nos termos seguintes:

1ª tese – a suspensão da Execução Fiscal:

a) não é automática, mas depende da constatação, pelo magistrado responsável pela condução do processo, de situação de crise (“suspensão-crise”), isto é, de que o processo não possui condições regulares de prosseguimento, uma vez que tanto o Poder Judiciário quanto a parte interessada (Fazenda Pública credora) não possuem meios para localizar o devedor ou bens passíveis de constrição;

b) o contexto que objetivamente caracteriza a denominada “suspensão-crise” é aquele em que houve citação por edital (não localização do devedor) e/ou resultou negativa a diligência prevista no art. 185-A do CTN, e no qual se mostrou, pelas mesmas razões, infrutífero o redirecionamento.

2ª tese – quanto à aplicação prática do art. 40 da LEF:

*a) proferido o despacho de suspensão da Execução Fiscal por um ano, **para os fins do art. 40 da LEF**, será obrigatoriamente dada vista à Fazenda Pública, a partir de quando terá início o prazo de um ano;*

b) caso a Fazenda credora, intimada do insucesso da medida prevista no art. 185-A do CTN, se antecipe ao juiz e requeira a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980, será dispensada a respectiva intimação, e o transcurso do prazo de um ano terá início com a data do protocolo da petição, ou do lançamento da respectiva cota nos autos;

c) vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição;

d) a falta de intimação relativa ao item anterior, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, somente ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (pas de nullité sans grief).

3ª tese – relativa às medidas que obstam a fluência do prazo da prescrição intercorrente:

a) somente a constrição efetiva (penhora ou arresto), que opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu, tem o condão de obstar a fluência do prazo de prescrição intercorrente;

*b) a medida judicial acima suspende a fluência da prescrição intercorrente, a qual terá o seu prazo retomado, **pelo período restante**, quando a autoridade judicial cassá-la (por irregularidade) ou revogá-la (por constatar sua inutilidade);*

c) igualmente surtirá efeito suspensivo ou interruptivo a demonstração da superveniência, no curso do prazo da prescrição intercorrente, de uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.).

7. Os acréscimos apresentados pelo e. Ministro Mauro Campbell ao seu voto original

Ouvi atentamente as ponderações trazidas no aditamento ao voto do e. Ministro Mauro Campbell Marques.

Sua Excelência trouxe alguns acréscimos, destinados a esclarecer alguns pontos de seu judicioso voto, além de tecer considerações a respeito do voto por mim apresentado.

Dada a relevância e complexidade do tema ora debatido, entendo conveniente apresentar alguns questionamentos com a intenção de contribuir para a entrega da prestação jurisdicional com a melhor qualidade possível.

É muito importante deixar claro que, excetuadas algumas particularidades, concordo com o e. Ministro Mauro Campbell Marques quanto à necessidade de definir as medidas que repercutem na definição da prescrição intercorrente.

Dito isto, passo a expor as questões que considero relevantes.

Conforme destaquei ao longo do meu voto-vista, a premissa apresentada pelo e. Ministro Relator, destinada a fixar a tese no julgamento deste recurso repetitivo no sentido de que a suspensão da Execução Fiscal é automática e decorre da simples ausência de localização do devedor e de seus bens, representa sim guinada na jurisprudência do STJ.

Até aproveito o momento para corrigir minhas ponderações feitas anteriormente, uma vez que, a rigor, não é possível falar em guinada na orientação jurisprudencial, tendo em vista que simplesmente inexistem precedentes que respaldem os termos propostos no belíssimo voto apresentado pelo i. Relator (que não indicou naquele momento um único precedente que enfrentasse e definisse precisamente que a suspensão decorre automaticamente da *primeira tentativa* de citação infrutífera do executado).

Ao contrário do que foi por ele dito aqui em seu aditamento, o *leading case* (EREsp 97.328/PR) que deu origem à Súmula 314/STJ em momento algum examinou se a suspensão da Execução Fiscal é automática. A questão debatida lá, aliás, limitou-se a definir se a regra dos arts. 8º, § 2º, e 40 da Lei 6.830/1980 afasta a aplicação do art. 174 do CTN ou não, isto é, se a Execução Fiscal é ou não imprescritível. Somente no voto vencido do e. Ministro Garcia Vieira é que se faz menção ao termo “automática”, ainda assim para consignar o entendimento daquele julgador no sentido de que *o despacho do juiz que recebe a petição inicial “imprime ao processo uma tramitação automática”*, o que, naturalmente, está muito longe de dizer que se cristalizou orientação de que a suspensão do feito decorre automaticamente da simples não localização do devedor e de seus bens.

É nesse sentido, repito exaustivamente, que pontuo que a afirmação retratada na primeira das suas quatro teses representa *introdução de orientação desamparada de amadurecimento jurisprudencial no STJ*.

Acrescento, ademais, que tenho aqui uma insuperável divergência com o e. Ministro Relator, porque a instituição de um rito específico para o processamento da Execução Fiscal teve por finalidade – e isto se encontra na Exposição de Motivos do respectivo projeto de lei, devendo servir de critério da exegese desse microsistema jurídico processual – conferir tramitação mais eficaz e célere que a então estabelecida na Execução Comum do Código de Processo Civil de 1973.

Nessa concepção, reputo contraproducente encampar a proposta do e. Ministro Mauro Campbell Marques, pois adotar a primeira diligência negativa (citação inexitosa) como marco deflagrador da suspensão prevista no art. 40 da Lei 6.830/1980 representa nada mais que a atuação do Poder Judiciário, no caso, ser meramente protocolar, voltada ao escopo de enviar os autos para o arquivamento de cinco anos, e não de assegurar a satisfação da pretensão do detentor de um título executivo. *A eficácia do processo de Execução Fiscal, entendendo importante pontuar, é vinculada ao alcance de sua finalidade típica* (a satisfação do crédito perseguido, excetuada a hipótese em que se comprovar a nulidade ou invalidade do respectivo título executivo), de modo que fixar a primeira tentativa fracassada de localização do devedor ou dos bens como critério para fazer incidir o prazo de seis anos para a decretação da prescrição intercorrente prestigiaria, paradoxalmente, a eficiência do Poder Judiciário como mecanismo voltado exclusivamente a se livrar do processo, de modo inteiramente alienado ao seu conceito, à sua essência (instrumento para a justa e adequada pacificação social).

Relembre-se, aqui, que a suspensão não constitui um benefício em favor da Fazenda Pública credora, mas o termo inicial do prazo que, não por acaso, é definido pelo Relator como de seis anos (um ano de suspensão, acrescido de cinco anos para a configuração da prescrição intercorrente) para a extinção do feito. Seria, praticamente, o único tipo de processo com prazo certo para encerramento!

Não bastasse isso, a implantação desse entendimento constituiria mecanismo a prestigiar, indiretamente, as manobras procrastinatórias do devedor que busca ocultar a si e ao seu patrimônio para não responder judicialmente pelos seus débitos.

Finalmente, tal medida vai na contramão dos esforços que o Poder Judiciário vem empreendendo para demonstrar sua experiência como órgão superavitário na relação entre a arrecadação por ele viabilizada, em comparação com as despesas para o seu custeio.

Veja-se que, nem mesmo na Execução comum, do CPC/1973, a ausência de localização do devedor e de seus bens já enseja a imediata suspensão, pois normalmente os juízes primeiro concedem aos exequentes a possibilidade de diligenciar meios para que o feito tenha regular tramitação, e não para que seja enviado ao arquivamento – onde só devem ficar as demandas que se caracterizem como de solução inviável.

Considero, exemplificativamente, que representa medida cômoda para o Judiciário determinar a imediata suspensão da Execução Fiscal, motivada pelo simples retorno negativo da carta de citação, quando a praxe forense revela que, nestas hipóteses, o usual é dar vista dos autos ao credor (seja na Execução Comum, seja na Execução Fiscal), que poderá indicar o endereço do sócio-gerente para que a citação da empresa seja realizada no endereço dele. Em outro contexto, a certidão do oficial de Justiça que atesta o encerramento das atividades da empresa dá ensejo à presunção da dissolução irregular e, conseqüentemente, ao pedido de redirecionamento, sendo absolutamente precipitado determinar a suspensão do feito diante da não localização do devedor original.

Daí o motivo pelo qual mantenho a minha proposta de que a suspensão e ulterior arquivamento resulte da constatação de que o processo, no caso concreto, não mais se mostre como instrumento viável (“*suspensão-crise*”) para o adequado exercício da função substitutiva do Poder Judiciário, qual seja, a de viabilizar preferencialmente a satisfação da pretensão pelo meio segundo o qual esta deveria ser espontaneamente realizada.

Com as ponderações acima, esclareço: a) a menção à ausência de questionamento, no meu Voto-Vista, era relacionada ao específico ponto versado na primeira tese proposta pelo Relator (“suspensão automática”), e não ao tema mais amplo, relacionado à prescrição intercorrente; e b) a discussão quanto ao significado da expressão “não localização do devedor e de seus bens”, ao contrário do que afirma o e. Ministro Mauro Campbell Marques, é relevantíssima, pois se trata de expressão constante da redação do art. 40 da Lei 6.830/1980, cuja interpretação compõe o objeto deste Recurso Especial.

Longe de deixar à subjetividade judicial ou fazendária o controle do termo inicial da suspensão, o critério por mim proposto, com a devida vênia, é objetivo: considero que o exaurimento das medidas tendentes à localização do devedor (cujo insucesso dá lugar à citação por edital) e de seus bens (o bloqueio universal previsto no art. 185-A do CTN, quando inexitoso) é o que há de melhor para evidenciar a total incapacidade de o Poder Judiciário e de a parte exequente terem no processo judicial um mecanismo para a pacificação social, razão pela qual nesse contexto seria incontroversa a certificação de “crise processual”, a justificar a aplicação do art. 40 da LEF.

Para finalizar, registro que o aditamento ao voto, feito pelo e. Ministro Relator, não cuidou de examinar outro ponto por mim apresentado, isto é, a disciplina a ser conferida à medida de constrição judicial positiva, realizada

após o arquivamento do feito (obviamente desarquivado para a realização da diligência requerida pelo Fazenda Pública), mas posteriormente desfeita, por invalidade ou irregularidade (exemplo do imóvel alienado pelo devedor a terceiro, mas não registrado no Cartório de Imóveis). Entendo que a irregularidade alheia à atuação da Fazenda credora não pode lhe prejudicar, ou seja, a efetiva penhora acarretará a suspensão do prazo de prescrição, ainda que posteriormente desfeita.

São esses os acréscimos que submeto à análise deste órgão colegiado.

8. O caso dos autos

Em relação ao caso concreto, constata-se:

a) o executado foi localizado e citado, por carta registrada, em 1º.12.2001 (fl. 18, e-STJ);

b) não foram encontrados, *no local diligenciado* (ou seja, isso não significa que o devedor não possuísse bens em outros locais), bens passíveis de constrição (fl. 21, e-STJ);

c) a Fazenda Nacional teve ciência da diligência negativa em 19.6.2002 (certidão da fl. 23, e-STJ) e requereu a suspensão do processo por 120 (cento e vinte) dias, mas o juízo aplicou a suspensão do art. 40 da LEF (fls. 24-29 e 30, e-STJ), com intimação da exequente em 31.7.2002 (fl. 32, e-STJ);

d) nas condições acima, é correto estabelecer que a suspensão foi decretada irregularmente, de maneira simplesmente cômoda para o juízo, que *não demonstrou a caracterização de denominada suspensão-crise, isto é, não se certificou de que a Fazenda Pública fracassou na tentativa de localizar bens*;

e) em 30.10.2003 (fl. 35, e-STJ), a Fazenda Nacional requereu a penhora de dinheiro, nos termos do art. 655 do CPC/1973;

f) por decisão datada de 9.12.2003 (fls. 45-47, e-STJ), o juízo reconheceu que a Fazenda Nacional “esgotou os meios à disposição para localizar bens do executado” e, por essa razão, deferiu a quebra de sigilo bancário para determinar o bloqueio de valores aplicados financeiramente pelo devedor;

g) a credora não foi intimada da decisão acima;

h) em 6.7.2004, houve êxito no bloqueio do dinheiro (fl. 52, e-STJ);

i) em 16.7.2004, o juízo determinou o cancelamento do bloqueio, porque a ordem judicial estabeleceu que a medida deveria recair sobre valores aplicados

financeiramente, e não sobre a quantia mantida em conta-corrente (fl. 53, e-STJ), razão pela qual *não foi efetivada a penhora*.

É interessante observar que o requerimento da Fazenda Pública (de bloqueio de dinheiro no Banco Central do Brasil), formulado em 30.10.2003 (fl. 35, e-STJ), foi: a) deferido em 9.12.2003 (fls. 45-47, e-STJ); b) efetivado em 6.7.2004 (fl. 52, e-STJ); e c) desfeito em 16.7.2004 (fl. 53, e-STJ), ***todos estes atos sem intimação da Fazenda Pública***.

A credora somente foi intimada do andamento do feito em 17.8.2005 (fl. 59, e-STJ), ou seja, quase dois anos após haver solicitado a diligência que foi realizada e, depois, desfeita, sem a sua participação nos autos. Devolveu os autos em cartório, em agosto de 2005, pleiteando a suspensão do processo nos termos do art. 40 da LEF (fls. 60-63, e-STJ), *requerimento esse que foi indeferido em 27.9.2005 (fl. 64, e-STJ) e do qual a parte jamais foi intimada, até que sobreveio a certidão do transcurso do prazo de cinco anos (fl. 65, e-STJ)*.

Desta forma, com a aplicação da tese proposta neste Voto-Vista, são fixadas as seguintes premissas:

a) o despacho de suspensão da Execução Fiscal com base no art. 40 da LEF, em 31.7.2002 (fl. 32, e-STJ), foi irregular, pois o ato processual praticado pela autoridade judicial não foi precedido da constatação da denominada suspensão-crise, isto é, de que tanto o Poder Judiciário como a Fazenda credora efetivamente não possuíam alternativas para, respectivamente, conduzir ou dar regular andamento ao feito;

b) o deferimento do bloqueio de dinheiro partiu do expresso reconhecimento judicial, em 9.12.2003, de que a Fazenda Pública havia esgotado, sem sucesso, as diligências administrativas para localização de bens do devedor;

c) a tramitação da diligência judicial relativa ao bloqueio de dinheiro se deu em julho de 2004, isto é, período em que inexistia a regra do art. 185-A do CTN (que entrou em vigor em 9.6.2005);

d) assim, a premissa relativa à suspensão-crise do processo somente ficou configurada em 16.7.2004, data em que foi desfeito o bloqueio do dinheiro aplicado em conta-corrente bancária;

e) conseqüentemente, a partir dessa data é que deveria o juízo decretar a suspensão do art. 40 da LEF, com posterior intimação da Fazenda credora (art. 40, § 1º, da LEF), para que, após ultrapassado o período de um (1) ano, tivesse início o prazo da prescrição intercorrente (art. 40, § 2º, da Lei 6.830/1980 e Súmula 314/STJ).



Não obstante as ponderações acima, serei obrigado a adotar, no caso concreto, conclusão idêntica à do e. Ministro Relator, embora por fundamento inteiramente diverso.

É que, conforme descrito acima, embora incorretamente aplicada, a suspensão do processo foi decretada pelo juízo (fl. 30, e-STJ), *com intimação da exequente em 31.7.2002* (fl. 32, e-STJ).

Como não houve recurso contra a indevida aplicação do art. 40 da LEF, a matéria ficou acobertada pela preclusão, de modo que o prazo de suspensão terminou em 30.7.2003, iniciando-se a partir de 31.7.2003 o fluxo da prescrição intercorrente.

Na medida em que não houve efetivação de penhora (registro que o bloqueio inicialmente realizado não foi convertido em penhora) ou notícia de causa suspensiva ou interruptiva de prescrição nesse período, a prescrição intercorrente ficou configurada em 30.7.2008, o que resulta na rejeição da pretensão recursal.

9. Proposta de uniformização do entendimento, em relação às teses propostas pelo e. Ministro Mauro Campbell Marques

Com a finalidade de evitar que a adoção de fundamentos diversos, em relação às teses fixadas no julgamento deste recurso repetitivo, dificulte a apreensão do conteúdo decidido, acrescida da intenção de buscar uma possível unificação de entendimento, submeto à análise dos i. componentes da Primeira Seção as propostas abaixo transcritas, extraídas das originais apresentadas pelo e. Ministro Relator.

I. Primeira tese do e. Ministro Mauro Campbell

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

Comentários:

Diz o art. 40, §§ 1º e 2º, da LEF:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

Note-se a redação da norma: esta prescreve que “o juiz suspenderá”, e não que “Suspende-se a execução enquanto não forem localizados...”. A suspensão, portanto, não decorre, *automaticamente*, da simples ausência de localização (do devedor ou dos seus bens), mas de ato praticado pelo juiz competente. E o ato judicial é indispensável para essa finalidade porque, na condição de responsável pela condução do processo, o juiz pode, em razão da experiência profissional e do contato com as circunstâncias concretas, imprimir tramitação ao feito, em sentido oposto à singela decretação da suspensão.

Exemplo: o mandado de citação é devolvido pelo Oficial de Justiça, informando que a *pessoa jurídica* não mais se encontra no local diligenciado. Nessa hipótese, há até enunciado sumular do STJ (Súmula 435/STJ) no sentido de que presume-se a dissolução irregular, apta a justificar o redirecionamento da Execução Fiscal para o sócio-gerente. A interpretação proposta pelo eminente Ministro Mauro Campbell levaria à imediata suspensão do processo, cabendo ao juiz apenas intimar a Fazenda Nacional de que não foi localizada a pessoa jurídica (o prazo de um ano teria início a partir da ciência à Fazenda credora de tal situação).

Indaga-se: é este o procedimento a ser chancelado pelo STJ? Isto é, um modelo no qual a suspensão ocorre ainda que, de antemão, a autoridade judicial saiba que a Fazenda Pública tem total condição de dar andamento ao feito, seja apontando o endereço do sócio-gerente (para que a citação da empresa se dê no endereço do responsável legal), seja pedindo diretamente a inclusão deste no polo passivo, para fins de redirecionamento?

Assim, apresento uma nova redação para a *Primeira Tese*:

Sugestão de nova redação para a Primeira Tese:

O prazo de 1 (um) ano previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início na data da ciência da Fazenda Pública a respeito do despacho do juiz que determinou a suspensão do processo ou, caso tal providência decorra de requerimento por ela formulado, na data do protocolo da respectiva petição;

II. Segunda tese do e. Ministro Mauro Campbell

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

Comentários:

A proposta do e. Ministro Mauro Campbell, no ponto, continua a adotar a premissa de que a suspensão é *automática* (independe de ato do juiz). Ademais, menciona o prazo específico de *cinco anos*, o qual deve ser suprimido, pois a cobrança de diversos créditos de natureza não tributária pode ter outros prazos de prescrição, como bem observado no voto da e. Ministra Assusete Magalhães. Basta, portanto, a menção genérica ao prazo da prescrição intercorrente.

Sugestão de nova redação para a Segunda Tese:

Findo o prazo de suspensão da Execução Fiscal, inicia-se automaticamente a fluência da prescrição intercorrente, período durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei n. 6.830/80 – LEF.

III. Terceira tese do e. Ministro Mauro Campbell

4.3) A efetiva constrição patrimonial é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo – mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;

Não há sugestão de redação alternativa.

IV. Quarta tese do e. Ministro Mauro Campbell

4.4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial – 4.1, onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Não há sugestão de redação alternativa.

10. Conclusão

Com essas considerações, *acompanho o e. Ministro Relator para negar provimento ao Recurso Especial, embora por fundamentos inteiramente diversos, reitero, daqueles adotados pelo e. Ministro Relator e no acórdão do Tribunal de origem.*

É como *voto*.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, interposto pela *Fazenda Nacional*, com fundamento no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, que, ao manter a negativa de seguimento à Apelação da ora recorrente, acabou por confirmar a sentença que, de ofício, julgara extintas as execuções fiscais, reunidas na forma do art. 28 da Lei 6.830/80, por considerar consumada a prescrição, na modalidade intercorrente.

Do acórdão recorrido extraem-se os seguintes fundamentos, *in verbis*:

Verifica-se dos presentes autos que *foi prolatada decisão determinando o arquivamento do processo, sem baixa, em 27-09-2005 (cf. evento n. 02, "Decisão/23" no processo eletrônico originário), não tendo havido qualquer movimentação processual pela exequente desde então até 25-11-2010, quando interpôs embargos declaratórios contra aquela decisão de arquivamento (evento n. 02, "EMBDECL25" no processo eletrônico originário).*

Ora, como decorreram mais de 05 anos, a partir da decisão que determinou o arquivamento do processo, sem movimentação processual pela exequente, e não havendo sequer notícia da incidência de qualquer causa de suspensão ou interrupção da prescrição, agiu com acerto o juiz da causa ao reconhecer de ofício a prescrição intercorrente, sendo certo que não cabe ao exequente apenas o ajuizamento da demanda, mas a persecução do executivo fiscal, o que não ocorreu no presente caso.

Por outro lado, sinal-se que a sentença foi prolatada quando a Lei 11.051, de 2004, já havia acrescentado o § 4º ao art. 40 da Lei 6.830, de 1980, aplicando-se ao caso esse dispositivo legal que tornou inequívoca a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente em execução fiscal, uma vez que ele tem aplicação imediata e alcança, inclusive, as execuções ajuizadas antes mesmo de sua vigência (STJ, REsp 849.494/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25-

09-2006; REsp 810.863/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 20-03-2006; REsp 794.737/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20-02-2006; REsp 1.034.251/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 15-12-2008; REsp 980.074/PE, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 23-03-2009). Também o art. 219, § 5º, do CPC, com a redação dada pela Lei 11.280, de 2006, atualmente permite ao julgador pronunciar a prescrição de ofício, ainda que se trate de matéria tributária.

Enfim, quanto à alegação de inobservância do rito previsto no art. 40 da Lei 6.830, de 1980, ressalto de início que esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 174 do CTN, o qual limita o prazo de paralisação do processo em cinco anos, uma vez que a prescrição e a decadência tributária são matérias reservadas à lei complementar (art. 146, III, b, da Constituição Federal). Registro, ainda, que *a ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (§ 1º), ou o arquivamento (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (§ 4º), não acarreta qualquer prejuízo à exequente, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo, inclusive em razões de apelação, o que aqui não fez. Não havendo prejuízo demonstrado pela União, não há falar em nulidade* (STJ, REsp 1.157.175/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 01-09-2010; TRF4, AC 2005.04.01.033820-0, 1ª Turma, Relator Wilson Darós, DJU 09-11-2005; AgAC 0008389-22.2001.404.7200/SC, Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, 1ª Turma, DJe 29-06-2011) (fl. 177e).

No Recurso Especial, sob alegação de contrariedade ao art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80, a recorrente apresentou as seguintes razões recursais:

A tese, defendida pelo TRF da 4ª Região, de que a prescrição intercorrente possa configurar-se independentemente do marco inicial fixado pelo artigo 40, § 4º, da LEF, é absolutamente contrária à lei e à jurisprudência dominante.

O artigo 40 da LEF prevê que a execução fiscal será suspensa pelo prazo de um ano antes do seu arquivamento sem baixa. Assim, somente depois de um ano de suspensão é que se faz aplicável o § 2º do artigo 40, quando então começa a contagem do prazo para a verificação da prescrição intercorrente (§ 4º).

É o que enuncia, em termos absolutamente claros, a Súmula 314 do STJ: Súmula 314: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual inicia-se o prazo da prescrição quinquenal intercorrente.”

No presente caso, o acórdão recorrido considerou, como *dies a quo* da prescrição intercorrente, a data em que determinada a suspensão do processo por noventa dias (fl. 39), em flagrante ofensa aos termos do artigo 40 da Lei 6.830, cuja redação é a seguinte:

(...)

De acordo com a norma supratranscrita, o prazo da prescrição intercorrente deve ser contado a partir da decisão que ordenar o arquivamento. (...)

Por derradeiro, lembre-se que, para que se configure a prescrição intercorrente, exige-se o transcurso de cinco anos de inércia da parte exequente. Toda e qualquer manifestação da exequente nos autos compromete a caracterização da inércia, não sendo necessário que, de tal manifestação, decorra um imediato impulso à execução. Note-se que, grosso modo, todo e qualquer ato da exequente no processo executivo é tendente à realização do seu crédito (fls. 208/211e).

Assim, pediu o provimento do Recurso Especial, para reformar o acórdão recorrido, afastando-se a prescrição intercorrente (fl. 213e).

Não admitido, na origem, o Recurso Especial (fls. 220/221e), foi interposto Agravo em Recurso Especial, que restou provido, pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, por decisão proferida em 21/08/2012, para determinar a sua conversão em Recurso Especial, bem como o processamento do feito sob a sistemática dos recursos repetitivos, na forma prevista no art. 543-C do CPC/73, ficando assim delimitada a controvérsia submetida a julgamento:

- a) Qual o pedido de suspensão por parte da Fazenda Pública que inaugura o prazo de 1 (um) ano previsto no art. 40, § 2º, da LEF;
- b) Se o prazo de 1 (um) ano de suspensão somado aos outros 5 (cinco) anos de arquivamento pode ser contado em 6 (seis) anos por inteiro para fins de decretar a prescrição intercorrente;
- c) Quais são os obstáculos ao curso do prazo prescricional da prescrição prevista no art. 40 da LEF;
- d) Se a ausência de intimação da Fazenda Pública quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, § 1º), ou o arquivamento (art. 40, § 2º), ou para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, § 4º) ilide a decretação da prescrição intercorrente (fls. 255/256e).

O Ministério Público Federal manifestou-se pelo conhecimento e improvimento do Recurso Especial (fls. 262/270e).

A Confederação Nacional dos Municípios, a fls. 374/386e, requereu sua admissão no feito, como *amicus curiae*, e defendeu, em síntese, que “o simples fato de a demanda estar tramitando a (*sic*) longa data não afasta o direito do credor, que realiza todos os atos processuais necessários e diligentes, de satisfazer seu crédito fiscal” (fl. 385e).

O Município de São Paulo também requereu sua admissão no feito, como *amicus curiae*, alegando, em suma, que: a) a depender do resultado do julgamento do Recurso Extraordinário 636.562/SC – no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão em torno da adequação, ou não, do art. 40, *caput* e § 4º, da Lei 6.830/80 à Constituição Federal –, poderá ficar prejudicada a análise deste Recurso Especial repetitivo, razão pela qual aquele Município sugeriu o sobrestamento do presente processo, enquanto estiver pendente de apreciação o recurso em trâmite no STF; b) deve ser observado o devido processo legal, para fins de reconhecimento da prescrição intercorrente, em sede de execução fiscal (fls. 403/413e).

O Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, igualmente, requereu sua admissão no feito, como *amicus curiae*, e manifestou-se, pontualmente, sobre cada uma das quatro questões identificadas na afetação deste Recurso Especial ao rito dos recursos repetitivos (fls. 417/458e).

Por sua vez, a recorrente também apresentou petição, contendo sua manifestação pontual acerca de cada uma das quatro questões identificadas na decisão de afetação deste Recurso Especial (fls. 464/472e).

Em 26/11/2014, iniciado o julgamento do Recurso Especial, o Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, preliminarmente, em atenção ao alegado pelo Município de São Paulo, considerou inexistente qualquer relação de prejudicialidade com o Recurso Extraordinário 636.562/SC, no qual foi reconhecida a existência de repercussão geral da questão em torno da adequação, ou não, do art. 40 da Lei 6.830/80 à Constituição Federal. No mérito, Sua Excelência negou provimento ao recurso, por fundamentos que foram assim sintetizados, na ementa do respectivo voto:

- “O espírito do art. 40 da Lei 6.830/80 é o de que nenhuma execução fiscal já ajuizada poderá permanecer eternamente nos escaninhos do Poder Judiciário ou da Procuradoria fazendária encarregada da execução das respectivas dívidas fiscais”;

- “Não havendo a citação de qualquer devedor (marco interruptivo da prescrição) e/ou não sendo encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora (o que permitiria o fim da inércia processual), inicia-se *automaticamente* o procedimento previsto no art. 40 da Lei 6.830/80, e respectivo prazo, ao fim do qual restará prescrito o crédito fiscal. Esse o teor da Súmula 314/STJ: ‘Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente’”;

- “Nem o Juiz e nem a Procuradoria da Fazenda Pública são os senhores do termo inicial do prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no *caput* do art. 40 da LEF, somente a lei o é (ordena o art. 40: ‘[...] o juiz *suspenderá* [...]). Não cabe ao juiz ou à Procuradoria a escolha do melhor momento para o seu início. *Constatada a não localização do devedor e/ou ausência de bens pelo oficial de justiça e intimada a Fazenda Pública, inicia-se automaticamente o prazo, na forma do art. 40, caput, da LEF.* Indiferente aqui, portanto, o fato de a Fazenda Pública ter peticionado requerendo a suspensão do feito por 30, 60, 90 ou 120 dias a fim de realizar diligências, sem pedir a suspensão do feito pelo art. 40 da LEF. Esses pedidos não encontram amparo fora do art. 40 da LEF que limita a suspensão a 1 (um) ano. Também indiferente o fato de que o juiz, ao intimar a Fazenda Pública, não tenha expressamente feito menção à suspensão do art. 40 da LEF. O que importa para a aplicação da lei é que a Fazenda Pública tenha tomado ciência da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido. Isso é o suficiente para inaugurar o prazo, *ex lege*”.

No item 4 da ementa do voto do Ministro Relator, foram propostas quatro teses, a princípio redigidas nos seguintes termos:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei 6.830/80 – LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço residencial fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos, durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei 6.830/80 – LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a feita da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;

4.4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Houve pedido de vista antecipada pelo Ministro *Herman Benjamin*.

Em sessão de julgamento realizada em 09/11/2016, o Ministro *Mauro Campbell Marques* apresentou aditamento ao seu voto – alterando, parcialmente,

os itens 4.3 e 4.4 das teses propostas –, cujo cerne passo a transcrever, por seu caráter elucidativo:

Diante dos debates que sucederam a prolação de meu voto, observei que não restou suficientemente clara a tese prevista no item “4.3”, de modo que se faz necessário o presente aditamento ao voto.

Quando disse que “a efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente” não disse que esse efeito é exclusividade da penhora, ou da “efetiva constrição patrimonial”. Há diversas causas suspensivas e interruptivas da prescrição que não são aqui analisadas até porque não estão previstas na Lei de Execuções Fiscais e não decorrem diretamente de atos processuais praticados nesse âmbito. Daí que não fiz qualquer alusão, por exemplo, aos parcelamentos, moratórias e confissões de dívidas.

Outro ponto de relevo é que a afirmação do item “4.3” vem em oposição ao entendimento sustentado por muitas Fazendas Públicas de que o mero peticionamento em juízo poderia afastar a prescrição intercorrente por não restar caracterizada a inércia. Ocorre, e isso deixei bem claro, que o art. 40, *caput*, da LEF não dá qualquer opção ao Juiz (verbo: “suspenderá”) diante da constatação de que não foram encontrados o devedor ou bens penhoráveis. De observar também que o art. 40, § 3º, da LEF quando se refere à localização do devedor ou dos bens para a interrupção da prescrição intercorrente (“§ 3º - *Encontrados* que sejam, a qualquer tempo, o *devedor* ou os *bens*, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução”) *não se refere à localização daqueles por parte da Fazenda Pública, mas a sua localização por parte do Poder Judiciário*. Isto porque a palavra “encontrados”, se interpretada à luz do princípio constitucional da eficiência, somente pode se referir a encontrados pelo Poder Judiciário. Explico.

A Fazenda Pública de posse de um indicativo de endereço ou bem penhorável peticiona em juízo requerendo a citação ou penhora consoante as informações dadas ao Poder Judiciário. Essa petição, por si só, não satisfaz ao requisito do art. 40, § 3º, da LEF. Para todos os efeitos, o devedor ou os bens ainda não foram encontrados (trata-se de mera indicação). É preciso também que a providência requerida ao Poder Judiciário seja frutífera, ou seja, que resulte em efetiva citação ou penhora (constrição patrimonial). Desse modo, estarão “Encontrados que sejam, [...] o devedor ou os bens”, consoante o exige o art. 40, § 3º, da LEF.

Outrossim, a providência requerida ao Poder Judiciário deve resultar em efetiva citação ou penhora – constrição patrimonial (isto é: ser frutífera/eficiente), *ainda que estas ocorram fora do prazo de 6 (seis) anos*. Aí sim estarão “Encontrados que sejam, a qualquer tempo”, também na letra do art. 40, § 3º, da LEF. Indiferente ao caso que a penhora (constrição patrimonial) perdue, que o bem penhorado (constrito) seja efetivamente levado a leilão e que o leilão seja positivo.

Cumprido o requisito, a prescrição intercorrente se interrompe na data em que protocolada a petição que requereu a providência frutífera, até porque,

não é possível interromper a prescrição intercorrente fora do prazo de 6 (seis) anos, já que não se interrompe aquilo que já se findou. Isto significa que o Poder Judiciário precisa dar resposta às providências solicitadas pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos, ainda que para além desse prazo, sob pena de restar caracterizado o prejuízo a que me referi no item “4.4” das teses propostas. Nesse sentido, a demora do Poder Judiciário para atender aos requerimentos tempestivos (feitos no curso do prazo de seis anos) há que ser submetida à mesma lógica que ensejou a publicação da Súmula 106/STJ (“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”). Se a providência requerida for infrutífera, decreta-se a prescrição, salvo se o Poder Judiciário excepcionalmente reconhecer a sua culpa (aplicação direta ou analógica da Súmula 106/STJ), o que deve ser averiguado de forma casuística, já que depende de pressupostos fáticos.

Neste ponto, retomo o raciocínio, de observar que a ausência de inércia do exequente de que trata o art. 40, da LEF é uma *ausência de inércia qualificada pela efetividade da providência solicitada na petição*. Ou seja, para restar caracterizada a ausência de inércia no momento do protocolo da petição a lei exige a efetiva citação ou penhora feita posteriormente pelo Poder Judiciário. Essa a característica específica do rito da LEF a distingui-lo dos demais casos de prescrição intercorrente. Decorre de leitura particular que se faz do art. 40, § 3º, da LEF que não está presente em nenhum outro procedimento afora a execução fiscal. Essa a interpretação mais adequada, a meu ver, pois atende à melhor técnica jurídica e às conhecidas questões administrativas de gestão judiciária.

Desse modo, *para restar mais clara a afirmação do item “4.3”, faço a ele aditamento e novamente escrevo os demais em redação final da seguinte forma:*

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei 6.830/80 – LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei 6.830/80 – LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva *construção patrimonial* é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo a feita penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois,*

encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo – mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;

4.4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu. (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Observo que, por provocação da **Fazenda Nacional** via memoriais, substitui na tese “4.3” a menção a “penhora” por “construção patrimonial”, por me parecer mais adequada e de consenso, e na tese “4.4” inseri o trecho entre parênteses “(exceto a do termo inicial - 4.1. onde o prejuízo é presumido)” a fim de deixar bem clara a compatibilidade das teses “4.1” e “4.4”. Aliás, nos casos onde não houver qualquer intimação, o prazo prescricional sequer tem início porque não teve início o prazo de suspensão (aplicação da tese 4.1), de modo que a primeira oportunidade que a Fazenda Pública terá para falar nos autos deverá coincidir com sua ciência da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, o que irá inaugurar o prazo, restando prejudicada a necessidade de demonstração de prejuízo.

Na mesma assentada, o Ministro *Herman Benjamin* acompanhou o Ministro Relator, para, no caso concreto, negar provimento ao Recurso Especial, embora por fundamentos diversos, dele divergindo, entretanto, quanto à primeira tese, por entender, basicamente, que a suspensão da execução fiscal, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80, não é automática, dependendo de ato judicial, e que ela só pode ser decretada quando, realizada a citação por edital, o devedor não for localizado, quando resultar infrutífera a diligência prevista no art. 185-A do CTN (bloqueio universal de bens do devedor), e mostrar-se impossível o redirecionamento da execução.

Quanto ao caso concreto, embora entendendo que irregular a suspensão do processo, no caso – por não terem sido esgotadas todas as possibilidades para a localização de bens penhoráveis –, negou provimento ao Recurso Especial, em face da preclusão, porquanto a Fazenda Nacional foi intimada do despacho que suspendera o feito, em 31/07/2002, dele não recorrendo.

O entendimento do Ministro *Herman Benjamin* ficou sintetizado nos seguintes trechos da ementa de seu voto-vista:

Primeira Tese - Divergência quanto ao caráter automático da suspensão da execução fiscal

- “Conceitua-se a suspensão da Execução Fiscal, nos moldes previstos na legislação, como ‘suspensão-crise’, porque pressupõe a constatação judicial de eventos (não localização do devedor ou de bens passíveis de constrição) que convertem o processo não em instrumento de composição da lide, mas em ferramenta de efeito colateral indesejado, isto é, de congestionamento do exercício da atividade jurisdicional”;

- “Assim, para os fins do art. 40 da Lei 6.830/80, a exegese mais adequada é aquela segundo a qual a suspensão da Execução Fiscal não é automática, mas depende da constatação, pelo magistrado responsável pela condução do processo, de situação de crise (‘suspensão-crise’), isto é, de que o processo não possui condições regulares de prosseguimento, uma vez que tanto o Poder Judiciário quanto a parte interessada (Fazenda Pública credora) não possuem meios para localizar o devedor ou bens passíveis de constrição”;

- “É possível que o devedor, não localizado no endereço indicado na petição inicial, possa ser citado na pessoa de seu sócio-gerente (situação inconfundível com o redirecionamento), ou que haja bens em outra cidade. A diligência ordinária (citação da pessoa jurídica no seu domicílio tributário, penhora de bens por diligência do oficial de justiça), portanto, ficará negativa, mas não estará configurada a situação de crise, pois, embora não localizados, o devedor ou seus bens ainda são passíveis de localização”;

- “O contexto que objetivamente caracteriza a denominada ‘suspensão-crise’ é aquele em que houve citação por edital (não localização do devedor) ou no qual mostrou-se infrutífera a diligência prevista no art. 185-A do CTN (bloqueio universal de bens do devedor), e no qual se mostrou impossível o redirecionamento”;

Segunda e Quarta Teses - Inexistência de divergência quanto ao termo inicial do arquivamento dos autos e quanto à necessidade de demonstração do prejuízo

- “Com a aplicação do art. 40 da LEF seguindo a lógica da denominada ‘suspensão-crise’, acompanho o eminente Relator quanto a segunda e quarta teses, relativas ao termo inicial da suspensão, nos seguintes termos: a) proferido o despacho de suspensão da Execução Fiscal por um ano, para os fins do art. 40 da LEF, será obrigatoriamente aberta vista à Fazenda Pública, a partir de quando

terá início o respectivo prazo de um ano; b) caso a Fazenda credora, intimada do insucesso da medida prevista no art. 185-A do CTN, se antecipe ao juiz e requeira a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980 (ou seja, antes mesmo de o juiz decretar a mencionada suspensão), será dispensada a prolação de despacho deferindo o requerimento fazendário, e o transcurso do prazo de um ano terá início com a data do protocolo da petição, ou do lançamento da respectiva cota nos autos; c) vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição; d) a falta de intimação relativa ao item anterior, observado o acima exposto (isto é, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, na hipótese de tal medida ter decorrido de iniciativa do juízo), somente ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (*pas de nullité sans grief*);

Terceira Tese

Óbices quanto à fluência do prazo de prescrição intercorrente

- “No que se refere às circunstâncias que obstam a fluência do prazo da prescrição intercorrente, entendo conveniente especificar que: a) somente a constrição efetiva (penhora ou arresto), que opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu, tem o condão de suspender a fluência do prazo extintivo; b) a medida judicial acima suspende a fluência da prescrição intercorrente, a qual terá o seu prazo retomado, pelo período restante, quando a autoridade judicial cassá-la (por irregularidades) ou revogá-la (por constatar sua inutilidade); c) igualmente surtirá efeito suspensivo ou interruptivo a demonstração da superveniência, no curso do prazo da prescrição intercorrente, de uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.);”

Critério objetivo para a constatação da denominada “suspensão-crise”.

Citação por edital e/ou bloqueio universal de bens inexitosos

- “*Em síntese, para os fins do art. 40 da LEF, a decretação da prescrição intercorrente pressupõe que: a) a suspensão da Execução Fiscal seja resultado da constatação da inviabilidade do processo para o seu fim ordinário (‘suspensão-crise’), o*

que exige tenham sido esgotadas, sem sucesso, as diligências judiciais e administrativas para localização do devedor ou de seus bens, isto é, exauridas com a citação editalícia do devedor e/ou com a decretação da medida prevista no art. 185-A do CTN (bloqueio universal de bens), e b) a Fazenda Pública tenha sido intimada do respectivo despacho de suspensão do feito, sem comprovar, antes da sentença ou no período do recurso contra tal ato judicial (sentença), a superveniência, no lapso de tempo que fluiu entre a suspensão da Execução Fiscal e a consumação do prazo prescricional, de uma das hipóteses previstas nos arts. 151 e 174 do CTN”;

Assim, o Ministro **Herman Benjamin** propôs a redução a três das teses fixadas pela Relatoria, nos termos seguintes:

- 1ª Tese – A suspensão da Execução Fiscal:

a) não é automática, mas depende da constatação, pelo magistrado responsável pela condução do processo, de situação de crise (“suspensão-crise”), isto é, de que o processo não possui condições regulares de prosseguimento, uma vez que tanto o Poder Judiciário quanto a parte interessada (Fazenda Pública credora) não possuem meios para localizar o devedor ou bens passíveis de constrição;

b) o contexto que objetivamente caracteriza a denominada “suspensão-crise” é aquele em que houve citação por edital (não localização do devedor) ou resultou negativa a diligência prevista no art. 185-A do CTN, e no qual se mostrou, pelas mesmas razões, infrutífero o redirecionamento;

- 2ª Tese – Quanto à aplicação prática do art. 40 da LEF:

a) proferido o despacho de suspensão da Execução Fiscal por um ano, para os fins do art. 40 da LEF, será obrigatoriamente dada vista à Fazenda Pública, a partir de quando terá início o prazo de um ano;

b) caso a Fazenda credora, intimada do insucesso da medida prevista no art. 185-A do CTN, se antecipe ao juiz e requeira a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980, será dispensada a respectiva intimação, e o transcurso do prazo de um ano terá início com a data do protocolo da petição, ou do lançamento da respectiva cota nos autos;

c) vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição;

d) a falta de intimação relativa ao item anterior, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, somente ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (pas de nullité sans grief);

- 3ª Tese – Relativamente às medidas que obstem a fluência do prazo da prescrição intercorrente:

a) somente a constrição efetiva (penhora ou arresto), que opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu, tem o condão de obstar a fluência do prazo de prescrição intercorrente;

b) a medida judicial acima suspende a fluência da prescrição intercorrente, a qual terá o seu prazo retomado, pelo período restante, quando a autoridade judicial cassá-la (por irregularidade) ou revogá-la (por constatar sua inutilidade);

c) igualmente surtirá efeito suspensivo ou interruptivo a demonstração da superveniência, no curso do prazo da prescrição intercorrente, de uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.).

Para melhor exame da controvérsia, pedi vista dos autos.

Preliminar

Ao contrário do que sustentado, preliminarmente, tanto pelo Colégio Nacional de Procuradores-Gerais dos Estados e do Distrito Federal, em seus memoriais, quanto pelo Município de São Paulo, em sua petição juntada aos autos – cujo requerimento de intervenção como *amicus curiae*, especificamente em relação a esse Município, restou indeferido, pelo Ministro Relator, no aditamento ao voto, em razão de já ter sido intimada a Confederação Nacional dos Municípios, para representação das Municipalidades –, mostra-se desnecessário o sobrestamento deste Recurso Especial repetitivo, até o julgamento do mérito do Recurso Extraordinário 636.562/SC, atualmente sob a relatoria do Ministro *Roberto Barroso*, no qual o Plenário do STF, na vigência do CPC/73, reconheceu a existência de repercussão geral da questão relativa à reserva de lei complementar para tratar da prescrição intercorrente em processo de execução fiscal para cobrança de crédito tributário (STF, RE 636.562 RG/SC, Rel. Ministro *Joaquim Barbosa*, *Tribunal Pleno*, DJe de 01/12/2001). Com efeito, a Corte Especial do STJ, ao julgar o AgRg nos EREsp 1.142.490/RS (Rel. Ministro *Castro Meira*, DJe de 08/11/2010), consignou que o reconhecimento, pelo Pretório Excelso, de que determinado tema possui repercussão geral, nos termos do art. 543-B do CPC/73, acarreta, unicamente, o sobrestamento de eventual recurso extraordinário, interposto contra acórdão proferido por esta Corte, cujo exame deverá ser realizado no momento do juízo de admissibilidade,

notadamente no presente caso, em que o Relator, no STF, na vigência do CPC/73, não determinou o sobrestamento dos processos que versem sobre a matéria.

Mérito

Superada a preliminar acima, a controvérsia posta nos autos cinge-se à interpretação do art. 40 da Lei 6.830/80, que, ao tratar da denominada prescrição intercorrente em sede de execução fiscal – tema este objeto de milhares de processos em trâmite no Poder Judiciário –, dispõe o seguinte:

Art. 40 - *O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.*

§ 1º *Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.*

§ 2º *Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.*

§ 3º *Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.*

§ 4º *Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei 11.051, de 2004)*

§ 5º *A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei 11.960, de 2009).*

Para dirimir questionamentos que repetidamente são efetuados em demandas judiciais quanto à interpretação dos vários comandos inscritos na citada norma, o Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques* – que afetara o presente Recurso Especial como repetitivo –, propôs a consolidação de quatro teses sobre o tema, nos termos do aditamento ao seu voto, apresentado na assentada de 09/11/2016, a saber:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei 6.830/80 – LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei 6.830/80 – LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva *construção patrimonial* é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo – mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;*

4.4) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Passo ao exame da primeira tese do eminente Relator deste Recurso Especial, proposta nos seguintes termos:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei 6.830/80 – LEF tem início *automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido.

Com a devida vênia ao Ministro *Mauro Campbell Marques*, entendo (com respaldo na atual jurisprudência do STJ, como será demonstrado a seguir) que, no processo de execução fiscal, uma vez interrompida a prescrição ordinária (prescrição para ajuizamento da execução), tão logo constatada a não localização do devedor ou de bens penhoráveis, o juiz, de ofício ou a requerimento da Fazenda Pública, suspenderá o curso da execução (*a suspensão não é automática*), e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição. Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública, acaso a suspensão não tenha sido por ela mesma requerida, a fim de que possa proceder às diligências extrajudiciais que considerar cabíveis, visando a localização do devedor e/ou de bens penhoráveis. Decorrido o prazo máximo de um ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, *segue-se, automaticamente, o arquivamento* do feito executivo, sem

baixa na distribuição (§ 2º do art. 40 da Lei 6.830/80), a partir de quando terá fluência o prazo de prescrição intercorrente.

Antes de expor a orientação jurisprudencial predominante nesta Corte, tenho por relevante a transcrição de excerto doutrinário relativo à prescrição intercorrente:

A prescrição intercorrente é modo de extinção do crédito tributário criado pela tradição jurídica brasileira (sob influxo da jurisprudência e da doutrina) e positivado em lei, no § 4º do art. 40 da LEF (por força do advento da Lei 11.051/04, vigente em 30/12/2004). Trata-se de contagem do prazo da prescrição ordinária, aquela regulada no art. 174 do CTN, no curso do processo de execução fiscal. Assim, primeiro tem-se a prescrição ordinária, aquela que se inicia com a constituição definitiva do crédito tributário e é interrompida pelo despacho que determina a citação, conforme art. 174, inciso I, CTN. Enquanto não houver interrupção do prazo, o que se tem é a consumação da prescrição ordinária, o que era bastante comum quando a interrupção da prescrição se dava apenas com a citação, gerando acórdãos com dificuldade na distinção, reconhecendo a prescrição intercorrente quando o caso, na verdade, era de prescrição ordinária.

A razão prática para a criação do instituto está na suspensão *sine die* do processo diante da não localização do devedor ou de bens penhoráveis. O fundamento é buscado no princípio da segurança jurídica, na raiz do qual está a repulsa à infinitude de situações pendentes. Além disso, contraria a própria natureza do processo que fique suspenso indefinidamente, *ad aeternum*. Isso não significa que o processo não possa se prolongar no tempo, com sói acontecer por motivos vários, mas que esse prolongamento se dê pela realização de atos úteis para que o processo atinja o seu termo. O processo existe para chegar a um fim, para atingir seu escopo. O fim do processo executivo é a satisfação do crédito do exequente. Mas a busca desse fim só se justifica na medida em que se praticam atos processuais que potencialmente conduzam para esse fim (utilidade). Na medida em que não há mais atos úteis no sentido da localização de bens de devedor, o processo executivo está fadado ao insucesso, está virtualmente impossibilitado de alcançar seu escopo. Precisa, pois, ser extinto, tendo ou não, alcançado o fim a que originariamente serve (o processo executivo) (*Execução Fiscal Aplicada. Análise pragmática dos processo de execução fiscal*. Coodenador: João Aurino de Melo Filho. 3ª ed. revista, ampliada e atualizada. Editora Juspodium, Salvador, 2014, pp. 498/499).

Sobre a distinção entre prescrição ordinária (também chamada direta ou inicial) e prescrição intercorrente, a Segunda Turma do STJ, ao julgar, sob a minha relatoria, o AgRg no AREsp 621.931/RJ, deixou consignado o seguinte entendimento, na ementa do respectivo acórdão, *in verbis*: “O procedimento previsto no art. 40 da Lei 6.830/80 somente se deflagra quando não tenha sido

possível localizar o devedor ou bens sobre os quais recair a penhora. Diversa, entretanto, é a hipótese em que, ainda não esgotada a fase citatória, o processo experimenta falta de andamento, por vicissitudes práticas, sem que tenha sido formalmente suspenso, por decisão judicial. Nesses casos, eventualmente vencido o lustro prescricional, tem-se a ocorrência da prescrição direta, e não da intercorrente, uma vez que o pressuposto para o início da fluência desta última (prescrição intercorrente) é, justamente, a interrupção da fluência daquela (prescrição direta), a qual se dá, na redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, precisamente por meio da citação do devedor” (STJ, AgRg no AREsp 621.931/RJ, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 15/09/2015).

Sobre a interrupção da prescrição ordinária, é firme a orientação desta Corte no sentido de que, *em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária*, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido *antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005*, o prazo prescricional para ajuizamento da execução, no período da redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, *interrompia-se pela citação válida do devedor* (por carta, por oficial de justiça ou por edital).

Confirmam-se, a propósito, os seguintes precedentes:

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. *Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Citação por edital. Interrupção. Precedentes.*

1. A prescrição, posto referir-se à ação, quando alterada por novel legislação, tem aplicação imediata, conforme cediço na jurisprudência do Eg. STJ.

2. O artigo 40 da Lei 6.830/80, consoante entendimento originário das Turmas de Direito Público, não podia se sobrepôr ao CTN, por ser norma de hierarquia inferior, e sua aplicação sofria os limites impostos pelo artigo 174 do referido Código.

3. A mera prolação do despacho ordinatório da citação do executado, sob o enfoque *supra*, não produzia, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN.

4. O processo, quando paralisado por mais de 5 (cinco) anos, impunha o reconhecimento da prescrição, quando houvesse pedido da parte ou de curador especial, que atuava em juízo como patrono *sui generis* do réu revel citado por edital.

5. A Lei Complementar 118, de 9 de fevereiro de 2005 (vigência a partir de 09.06.2005), alterou o art. 174 do CTN para atribuir ao despacho do juiz que ordenar

a citação o efeito interruptivo da prescrição (Precedentes: REsp 860.128/RS, DJ de 782.867/SP, DJ 20.10.2006; REsp 708.186/SP, DJ 03.04.2006).

6. Destarte, consubstanciando norma processual, a referida Lei Complementar é aplicada imediatamente aos processos em curso, o que tem como consectário lógico que a data da propositura da ação pode ser anterior à sua vigência. Todavia, a data do despacho que ordenar a citação deve ser posterior à sua entrada em vigor, sob pena de retroação da novel legislação.

7. É cediço na Corte que a Lei de Execução Fiscal - LEF - prevê em seu art. 8º, III, que, não se encontrando o devedor, seja feita a citação por edital, que tem o condão de interromper o lapso prescricional. (Precedentes: REsp 1.103.050/BA, Primeira Seção, Rel. Min. Teori Zavascki, DJ de 06/04/2009; AgRg no REsp 1.095.316/SP, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 17/02/2009, DJe 12/03/2009; AgRg no REsp 953.024/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 02/12/2008, DJe 15/12/2008; REsp 968.525/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJ 18.08.2008; REsp 995.155/RS, Rel. Ministro José Delgado, DJ 24.04.2008; REsp 1.059.830/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, DJ 25.08.2008; REsp 1.032.357/RS, Rel. Ministro Castro Meira, DJ 28.05.2008);

8. In casu, o executivo fiscal foi proposto em 29.08.1995, cujo despacho ordinatório da citação ocorreu anteriormente à vigência da referida Lei Complementar (fls. 80), para a execução dos créditos tributários constituídos em 02/03/1995 (fls. 81), tendo a citação por edital ocorrido em 03.12.1999.

9. Destarte, ressoa inequívoca a inoccorrência da prescrição relativamente aos lançamentos efetuados em 02/03/1995 (objeto da insurgência especial), porquanto não ultrapassado o lapso temporal quinquenal entre a constituição do crédito tributário e a citação editalícia, que consubstancia marco interruptivo da prescrição.

10. Recurso especial provido, determinando-se o retorno dos autos à instância de origem para prosseguimento do executivo fiscal, nos termos da fundamentação expendida. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (STJ, REsp 999.901/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 10/06/2009).

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental no recurso especial. Execução. Citação postal. Entrega no domicílio do executado. Recebimento por pessoa diversa. Interrupção da prescrição. Validade. Precedentes.

1. Trata-se a controvérsia à possibilidade de interrupção da prescrição por meio de citação via postal recebida por terceiros.

2. A jurisprudência do Superior Tribunal é no sentido de que a Lei de Execução Fiscal traz regra específica sobre a questão no art. 8º, II, que não exige seja a correspondência entregue ao seu destinatário, bastando que o seja no respectivo endereço do devedor, mesmo que recebida por pessoa diversa, pois, presume-se que o destinatário será comunicado.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.178.129/MG, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 20/08/2010).

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. Execução fiscal. Prescrição da pretensão de o fisco cobrar judicialmente o crédito tributário. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Crédito tributário constituído por ato de formalização praticado pelo contribuinte (*in casu*, declaração de rendimentos). Pagamento do tributo declarado. Inocorrência. Termo inicial. Vencimento da obrigação tributária declarada. Peculiaridade: declaração de rendimentos que não prevê data posterior de vencimento da obrigação principal, uma vez já decorrido o prazo para pagamento. Contagem do prazo prescricional a partir da data da entrega da declaração.

(...)

13. *Outrossim, o exercício do direito de ação pelo Fisco, por intermédio de ajuizamento da execução fiscal, conjura a alegação de inação do credor, revelando-se incoerente a interpretação segundo a qual o fluxo do prazo prescricional continua a escoar-se, desde a constituição definitiva do crédito tributário, até a data em que se der o despacho ordenador da citação do devedor (ou até a data em que se der a citação válida do devedor, consoante a anterior redação do inciso I, do parágrafo único, do artigo 174, do CTN).*

14. *O Codex Processual, no § 1º, do artigo 219, estabelece que a interrupção da prescrição, pela citação, retroage à data da propositura da ação, o que, na seara tributária, após as alterações promovidas pela Lei Complementar 118/2005, conduz ao entendimento de que o marco interruptivo atinente à prolação do despacho que ordena a citação do executado retroage à data do ajuizamento do feito executivo, a qual deve ser empreendida no prazo prescricional.*

(...)

16. *Destarte, a propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN.*

17. *Outrossim, é certo que “incumbe à parte promover a citação do réu nos 10 (dez) dias subseqüentes ao despacho que a ordenar, não ficando prejudicada pela demora imputável exclusivamente ao serviço judiciário” (artigo 219, § 2º, do CPC).*

18. *Conseqüentemente, tendo em vista que o exercício do direito de ação deu-se em 05.03.2002, antes de escoado o lapso quinquenal (30.04.2002), iniciado com a entrega da declaração de rendimentos (30.04.1997), não se revela prescrita a pretensão executiva fiscal, ainda que o despacho inicial e a citação do devedor tenham sobrevivido em junho de 2002.*

19. *Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ*

08/2008 (STJ, REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 21/05/2010).

Por sua vez, *em se tratando de execução fiscal* para cobrança de dívida ativa *não tributária*, o despacho ordenador da citação interrompe a prescrição para ajuizamento da execução, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80:

Processual Civil. Administrativo. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC. Terrenos de marinha. Cobrança da taxa de ocupação. Prescrição. Decreto 20.910/32 e Lei 9.636/98. Decadência. Lei 9.821/99. Prazo quinquenal. Lei 10.852/2004. Prazo decenal. Marco interruptivo da prescrição. Art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80. Reformatio in pejus. Não configurada. Violação do art. 535, II, CPC. Inocorrência.

(...)

9. Os créditos objeto de execução fiscal que não ostentam natureza tributária, como sói ser a taxa de ocupação de terrenos de marinha, têm como marco interruptivo da prescrição o despacho do Juiz que determina a citação, a teor do que dispõe o art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/1980, sendo certo que a Lei de Execuções Fiscais é lei especial em relação ao art. 219 do CPC. Precedentes do STJ: AgRg no Ag 1.180.627/SP, Primeira Turma, DJe 07/05/2010; REsp 1.148.455/SP, Segunda Turma, DJe 23/10/2009; AgRg no AgRg no REsp 981.480/SP, Segunda Turma, DJe 13/03/2009; e AgRg no Ag 1.041.976/SP, Segunda Turma, DJe 07/11/2008.

(...)

13. Recurso Especial provido, para afastar a decadência, determinando o retorno dos autos à instância ordinária para prosseguimento da execução. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008 (STJ, REsp 1.133.696/PE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 17/12/2010).

Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, *de natureza tributária*, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido *na vigência da Lei Complementar 118/2005*, que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, *a interrupção da prescrição* para ajuizamento da execução *opera-se com o despacho de citação*:

Recurso fundado no CPC/2015. Tributário. Execução fiscal. Despacho citatório posterior à LC 118/2005. Interrupção da prescrição.

1. Nos termos da redação original do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, a prescrição era interrompida com a citação do devedor. Com a edição da LC 118/05, que modificou o inciso referido, o lapso prescricional passou a ser interrompido pelo "despacho que ordena a citação". A nova regra tem incidência somente nos casos em que a data do despacho ordinatório da citação seja posterior a sua entrada em vigor.

2. No caso, o despacho que ordenou a citação é posterior à vigência da LC 118/2005, razão pela qual perfaz marco interruptivo do lustro prescricional.

3. Agravo interno a que se nega provimento (STJ, AgInt no AREsp 934.185/DF, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 07/10/2016).

Processual Civil. Agravo interno no recurso especial. Submissão à regra prevista no Enunciado Administrativo 3/STJ. *Tributário. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Prescrição. Interrupção. Despacho que ordenou a citação proferido após entrada em vigor da LC 118/2005.*

1. *“No Recurso Especial 1.120.295/SP, submetido ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil, decidiu a Primeira Seção desta Corte que os efeitos da interrupção da prescrição, seja pela citação válida, de acordo com a sistemática da redação original do art. 174, I, do CTN, seja pelo despacho que determina a citação, nos termos da redação introduzida ao aludido dispositivo pela LC 118/2005, devem retroagir à data da propositura da demanda, de acordo com o disposto no art. 219, § 1º, do CPC” (AgRg nos EDcl no REsp 1.370.543/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 06/05/2014, DJe 14/05/2014).*

2. Nesse sentido, considerando que o termo inicial do prazo prescricional deu-se em janeiro de 2007, por tratar-se de crédito tributário de IPTU referente ao exercício de 2006, tem-se que o ajuizamento do executivo fiscal em outubro de 2011 operou-se, portanto, dentro do quinquênio prescricional.

3. Agravo interno não provido (STJ, AgInt no REsp 1.687.482/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 24/10/2017).

Sendo assim, em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005 – quando se exigia a citação do devedor para interrupção da prescrição ordinária –, não se mostra possível a suspensão da execução, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80, antes da citação válida do devedor, ainda que por edital. De outro lado, em execução fiscal de dívida ativa não tributária, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80, assim como em execução fiscal de dívida ativa tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar 118/2005 – que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, passando a prever a interrupção da prescrição pelo despacho de citação –, mostra-se possível a suspensão da execução, nos termos do art. 40 do CTN, desde que tenha havido a interrupção da prescrição ordinária, pelo despacho de citação, e a tentativa frustrada de citação do devedor, ainda que por carta.

Nesse sentido:

Tributário. Processo Civil. Execução fiscal. Suspensão. Citação efetiva. Necessidade. Art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80. Execução fiscal movida antes de 2005.

1. *É possível a suspensão da execução fiscal por um ano, nos termos do art. 40, caput, do CTN, se a citação do devedor restou infrutífera, ainda que antes da citação por edital, para as execuções fiscais ajuizadas após 9.6.2005.*

2. *Para as execuções fiscais ajuizadas antes da vigência da Lei Complementar 118/2005, o despacho do magistrado não interrompia a prescrição e sim a citação válida, condição que impossibilitava a suspensão da execução antes da citação por edital.*

3. Hipótese dos autos em que a execução foi proposta antes de 2005.

4. Ausência de cotejo analítico. Causa de não-conhecimento da divergência jurisprudencial.

5. Recurso especial conhecido em parte e, nesta parte, não provido (STJ, REsp 1.022.507/RS, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 03/02/2009).

Processual Civil. Execução fiscal. Devedor não localizado. Citação por edital ou suspensão. Faculdade do credor. Inexistência. Aplicação dos arts. 8º, IV, e 40 da Lei 6.830/1980.

1. Na hipótese dos autos, a citação por carta resultou infrutífera e, por esse motivo, deu ensejo ao requerimento de suspensão do feito nos termos do art. 40 da Lei 6.830/1980.

2. O juiz indeferiu o pedido, sob o fundamento de que deveria ter sido comprovado o esgotamento das diligências para localização do devedor, de modo a viabilizar, previamente, a citação por edital (art. 8º, IV, da Lei 6.830/1980).

3. *Os arts. 8º, IV, e 40 da LEF devem ser interpretados de forma conjunta e sistemática. A suspensão do feito pressupõe que o devedor não localizado tenha sido previamente citado por edital, pois: a) o insucesso na citação por carta evidencia apenas que o devedor não foi encontrado no endereço fornecido e no momento da entrega da missiva, o que não corresponde à impossibilidade de localização por outros meios a serem diligenciados; e b) não se concebe o ajuizamento de demanda em que a parte não tenha interesse em cooperar para a realização do primeiro e mais elementar dos atos processuais: a citação.*

4. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 720.747/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 27/03/2009; *pela data em que esse Recurso Especial veio a ser registrado no STJ, ou seja, 01/02/2005, verifica-se que o despacho ordenador da citação foi proferido antes da Lei Complementar 118, de 09/02/2005.*)

Como se sabe, o processo judicial é movido por impulso oficial do Juiz. Todavia, especialmente nas execuções fiscais, a partir da leitura dos arts. 16, I, **b**, do Decreto-Lei 147/67, 14, segunda parte, e 17, III, da Lei 8.620/93 e 22 da Lei 8.870/94, pode-se afirmar que compete à Fazenda Pública promover, diretamente, junto a qualquer órgão da administração direta ou indireta ou entidade de direito privado, as diligências extrajudiciais disponíveis para a localização do devedor ou de bens penhoráveis.

A propósito, cita-se a lição de Renato Lopes Becho, Professor, Juiz Federal em São Paulo e autor de diversos artigos doutrinários (Prescrição Intercorrente. *Revista de Estudos Tributários*. v. 9. n. 53. jan./fev. 2007, p. 155), *in verbis*:

Deve o autor dos processos judiciais zelar pelo seu andamento. Caso contrário, transformaria o juiz em parte, que deve não atuar pelo equilíbrio delas, mas funcionar como tal. O impulso oficial que o juiz e os serventuários da Justiça devem dar aos feitos refere-se aos ritos internos, não atingindo uma parcela considerável de atos, notadamente os externos de pesquisa e persecução do devedor e/ou de seus bens.

Em relação aos “ritos internos”, a que se refere a transcrição acima – considerando-se que, nos termos do art. 1º da Lei 6.830/80, a execução fiscal será regida, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil –, devem ser observadas as disposições do Código de Processo Civil, no tocante às diligências judiciais previstas para a localização do devedor ou de bens sobre os quais possa recair a penhora.

De acordo com a legislação processual codificada, incumbe ao oficial de justiça fazer pessoalmente as citações, penhoras, arrestos e demais diligências próprias do seu ofício (art. 143, I, do CPC/73, correspondente ao art. 154, I, do CPC/2015). Incumbe ao oficial de justiça, ainda, procurar o citando e, onde o encontrar, citá-lo (art. 226, *caput*, do CPC/73, correspondente ao art. 251, *caput*, do CPC/2015). Quando não encontrar bens penhoráveis, independentemente de determinação judicial expressa, o oficial de justiça descreverá na certidão os bens que guarnecem a residência ou o estabelecimento do executado, quando este for pessoa jurídica (art. 659, § 3º, do CPC/73, correspondente ao art. 836, § 1º, do CPC/2015).

Em consonância com o Código de Processo Civil e os arts. 1º, 7º, 8º, 10, 37, parágrafo único, e 40 da Lei 6.830/80, esta Corte firmou o entendimento de que o despacho do juiz, que recebe a petição inicial da execução fiscal, importa em ordem para citação, pelas sucessivas modalidades previstas no art. 8º, bem

como para penhora, arresto, registro da penhora ou do arresto e avaliação dos bens penhorados ou arrestados. Não havendo bens para serem penhorados pelo oficial de justiça, por força do art. 40 da Lei 6.830/80, o juiz suspenderá o curso da execução e determinará a intimação da Fazenda Pública para que esta proceda às diligências que entender cabíveis para localização de bens penhoráveis. É adequado o pedido da Fazenda Pública para que o oficial de justiça investigue sobre a existência de bens penhoráveis, no endereço da parte executada, mormente porque somente esse serventuário, em cumprimento à ordem judicial, pode ingressar na residência ou no estabelecimento da parte executada para tal fim, providência esta que não se confunde com o dever da exequente de exaurir as diligências extrajudiciais disponíveis para a localização de outros bens penhoráveis (§ 2º do art. 40 da Lei 6.830/80).

Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso especial. Execução fiscal. Multa administrativa. Inmetro. Busca de bens penhoráveis pelo oficial de justiça no domicílio da parte executada. Art. 7º da Lei 6.830/1980.

1. Recurso especial no qual se discute a possibilidade de o exequente pedir ao juízo da execução que o oficial de justiça proceda à penhora dos bens eventualmente existentes no domicílio da parte executada.

2. *Nos termos do art. 7º da Lei 6.830/1980, o despacho do juiz que defere a petição inicial da execução fiscal importa em ordens sucessivas ao oficial de justiça, o qual, citando a parte executada e não ocorrendo o pagamento nem a garantia da execução, deve proceder à penhora ou ao arresto de bens e/ou direitos, avaliando-os. Não havendo bens para serem penhorados pelo oficial de justiça, por força do art. 40 da Lei 6.830/1980, o juiz suspende o curso da execução e determina a intimação da Fazenda Nacional para que esta proceda às diligências que entender cabíveis para localização de bens penhoráveis; decorrido um ano e não encontrados bens, há o arquivamento da execução fiscal (§ 2º do art. 40 da Lei 6.830/1980).*

3. *É adequado o pedido do exequente de ordem ao oficial de justiça para que investigue a existência de bens penhoráveis que estejam localizados no domicílio da parte executada (já citada, no caso), mormente porque somente este serventuário, em cumprimento à ordem judicial, pode ingressar na residência ou no estabelecimento da parte executada para tal fim; providência esta que não se confunde com o dever da exequente de exaurir as diligências necessárias à busca de outros bens penhoráveis (§ 2º do art. 40 da Lei 6.830/1980).*

4. Recurso especial provido para determinar que seja expedido o mandado para que o oficial de justiça, no endereço do domicílio da parte executada, proceda à penhora de eventuais bens lá existentes, nos termos do art. 10 da Lei 6.830/1980 (STJ, REsp 1.374.556/RN, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 28/08/2013).

Pedindo vênua ao Ministro *Herman Benjamin* – embora com ele concorde, no sentido de que a suspensão da execução demanda ato judicial –, parece-me não ser razoável adotar – como critério para a constatação da denominada “suspensão-crise” da execução, para os fins do art. 40 da Lei 6.830/80 – a medida de determinação judicial de indisponibilidade de bens, prevista no art. 185-A do CTN, incluído pela Lei Complementar 118/2005, seja porque o mencionado art. 40 da Lei 6.830/80, com a redação dada pela Lei 11.051/2004, é anterior à aludida Lei Complementar, seja porque a Lei de Execuções Fiscais compreende a dívida ativa tributária e não tributária (arts. 2º, *caput* e § 2º, e 4º, §§ 2º e 4º, da Lei 6.830/80 c/c art. 39, § 2º, da Lei 4.320/64), sendo inaplicável o art. 185-A do CTN às execuções fiscais para cobrança de dívida ativa não tributária, seja, ainda, porque esse último dispositivo legal pressupõe, para sua aplicabilidade, a necessidade de requerimento fundamentado do credor, a infrutífera utilização do Sistema BacenJud e a comprovação de exaurimento das diligências extrajudiciais disponíveis para a localização de bens penhoráveis. Os seguintes precedentes desta Corte conduzem a essa compreensão:

Processual Civil. Art. 185-A do CTN. Execução fiscal para a cobrança de dívida de natureza não tributária. Não incidência.

1. *O Superior Tribunal de Justiça entende indevida a incidência do art. 185-A do Código Tributário Nacional a dívidas ativas não tributárias, porquanto seu caput deixa expressamente delineado sua aplicação à hipótese de devedor tributário.*

2. “O fato de a Lei de Execuções Fiscais (Lei 6.830/91) afirmar que os débitos de natureza não tributária compõem a dívida ativa da Fazenda Pública não faz com que tais débitos passem, apenas em razão de sua inscrição na dívida ativa, a ter natureza tributária. Isso, simplesmente, porque são oriundos de relações outras, diversas daquelas travadas entre o estado, na condição de arrecadador, e o contribuinte, na qualidade de sujeito passivo da obrigação tributária” (REsp 1.073.094/PR, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 17/9/2009, DJe 23/9/2009).

3. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 1.562.405/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 03/02/2016).

Tributário. Processo Civil. Execução fiscal. Art. 185-A do CTN. Ordem de indisponibilidade. Requerimento fundamentado do credor. Necessidade.

1. *O requerimento de indisponibilidade de bens, nos termos do art. 185-A do CTN, deve ser fundamentado quanto à necessidade da medida e quanto à existência de bens passíveis de penhora.*

2. *Foge ao escopo do referido enunciado transferir para o Poder Judiciário a obrigação do credor em localizar bens penhoráveis.*

3. Desnecessidade de oficiar à Capitania dos Portos, ao Departamento de Viação Civil e à Secretaria do Patrimônio da União se não houve comprovação da existência de bens com registro nestes órgãos.

4. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1.028.166/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 02/10/2008).

Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C do CPC e Resolução STJ n. 8/2008. Execução fiscal. Art. 185-A do CTN. Indisponibilidade de bens e direitos do devedor. Análise razoável do esgotamento de diligências para localização de bens do devedor. Necessidade.

1. *Para efeitos de aplicação do disposto no art. 543-C do CPC, e levando em consideração o entendimento consolidado por esta Corte Superior de Justiça, firma-se compreensão no sentido de que a indisponibilidade de bens e direitos autorizada pelo art. 185-A do CTN depende da observância dos seguintes requisitos: (i) citação do devedor tributário; (ii) inexistência de pagamento ou apresentação de bens à penhora no prazo legal; e (iii) a não localização de bens penhoráveis após esgotamento das diligências realizadas pela Fazenda, caracterizado quando houver nos autos (a) pedido de acionamento do Bacen Jud e consequente determinação pelo magistrado e (b) a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito - DENATRAN ou DETRAN.*

2. O bloqueio universal de bens e de direitos previsto no art. 185-A do CTN não se confunde com a penhora de dinheiro aplicado em instituições financeiras, por meio do Sistema BacenJud, disciplinada no art. 655-A do CPC.

3. As disposições do art. 185-A do CTN abrangerão todo e qualquer bem ou direito do devedor, observado como limite o valor do crédito tributário, e dependerão do preenchimento dos seguintes requisitos: (i) citação do executado; (ii) inexistência de pagamento ou de oferecimento de bens à penhora no prazo legal; e, por fim, (iii) não forem encontrados bens penhoráveis.

4. *A aplicação da referida prerrogativa da Fazenda Pública pressupõe a comprovação de que, em relação ao último requisito, houve o esgotamento das diligências para localização de bens do devedor.*

5. Resta saber, apenas, se as diligências realizadas pela exequente e infrutíferas para o que se destinavam podem ser consideradas suficientes a permitir que se afirme, com segurança, que não foram encontrados bens penhoráveis, e, por consequência, determinar a indisponibilidade de bens.

6. O deslinde de controvérsias idênticas à dos autos exige do magistrado ponderação a respeito das diligências levadas a efeito pelo exequente, para saber se elas correspondem, razoavelmente, a todas aquelas que poderiam ser realizadas antes da constrição consistente na indisponibilidade de bens.

7. *A análise razoável dos instrumentos que se encontram à disposição da Fazenda permite concluir que houve o esgotamento das diligências quando demonstradas*

as seguintes medidas: (i) acionamento do Bacen Jud; e (ii) expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado e ao Departamento Nacional ou Estadual de Trânsito - DENATRAN ou DETRAN.

8. No caso concreto, o Tribunal de origem não apreciou a demanda à luz da tese repetitiva, exigindo-se, portanto, o retorno dos autos à origem para, diante dos fatos que lhe forem demonstrados, aplicar a orientação jurisprudencial que este Tribunal Superior adota neste recurso.

9. Recurso especial a que se dá provimento para anular o acórdão impugnado, no sentido de que outro seja proferido em seu lugar, observando as orientações delineadas na presente decisão (STJ, REsp 1.377.507/SP, Rel. Ministro Og Fernandes, Primeira Seção, DJe de 02/12/2014).

A decretação da indisponibilidade de bens e direitos, na forma do art. 185-A do CTN, pressupõe o exaurimento das diligências na busca por bens penhoráveis, o qual fica caracterizado quando infrutíferos o pedido de constrição sobre ativos financeiros e a expedição de ofícios aos registros públicos do domicílio do executado, ao Denatran ou Detran (STJ, Súmula 560, Primeira Seção, DJe de 15/12/2015).

Embora o Ministro *Herman Benjamin* haja anotado, outrossim, que não localizou – seja no substancioso voto do Ministro Relator, seja na jurisprudência do STJ – a existência de precedente desta Corte que qualifique, como automática, a suspensão da execução fiscal, a Primeira Turma do STJ, ao julgar o REsp 63.635/SP (Rel. Ministro *Humberto Gomes de Barros*, DJU de 09/10/95), por maioria, endossou – em precedente não unânime, isolado e superado – o entendimento de que “a suspensão da prescrição, por efeito do art. 40 da Lei 6.830/80, opera-se independentemente de determinação judicial, suspendendo o processo executivo fiscal. Basta que o devedor não seja encontrado, nem se conheçam bens a serem penhorados. A suspensão é automática”, em acórdão que recebeu a seguinte ementa:

Processual. Tributário. Prescrição. Executivo fiscal. Interrupção. Despacho que determina a citação. LEF, art. 8º, § 2º. CPC, art. 219. Suspensão. Ausência de bens penhoráveis. Desnecessidade de suspensão do processo.

I - No processo executivo fiscal, o despacho que determina a citação interrompe o curso da prescrição. A eficácia deste despacho não está subordinada ao exercício das providências determinadas pelo art. 219 do CPC.

II - A suspensão da prescrição, por efeito do art. 40 da Lei 6.830/80, opera-se independentemente de determinação judicial, suspendendo o processo executivo fiscal. Basta que o devedor não seja encontrado, nem se conheçam bens a serem penhorados. A suspensão é automática (STJ, REsp 63.635/SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, DJU de 09/10/95).

Quanto ao entendimento constante do item I da ementa do supracitado precedente da Primeira Turma, encontra-se ele superado – em se tratando de execução fiscal para a cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005 –, como se vê pela leitura dos seguintes precedentes:

Embargos de divergência em Recurso Especial. Execução fiscal - *Despacho citatório que não interrompe a prescrição. Artigo 8º, § 2º da Lei 6.830/80. A norma acima mencionada deve ser interpretada em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC, ou seja, no sentido de que não se efetuando a citação nos prazos aludidos nos parágrafos anteriores, haver-se-á por não interrompida a prescrição.* Embargos de divergência recebidos (STJ, EREsp 34.850/SP, Rel. Ministro José de Jesus Filho, Primeira Seção, DJU de 19/08/96).

Agravo regimental no agravo de instrumento. Recurso especial. Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Art. 174 do CTN. Art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80. Inaplicabilidade. Agravo desprovido.

1. *Nos termos do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, “a prescrição se interrompe pelo despacho do juiz que ordenar a citação em execução fiscal”. Contudo, a jurisprudência desta Corte firmou-se no sentido de que essa regra, introduzida pela LC 118/2005, aplica-se tão-somente aos casos em que essa circunstância – despacho que ordenar a citação – tenha ocorrido após a sua vigência. Conseqüentemente, não satisfeita essa condição, aplica-se a redação anterior do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, segundo a qual apenas a citação pessoal do devedor constitui causa hábil a interromper a prescrição.*

2. O disposto no art. 8º, § 2º, da Lei 6.830/80 não é aplicável em relação aos créditos de natureza tributária, pois não é apto a afastar a regra prevista no Código Tributário Nacional, que foi recepcionado com *status* de lei complementar.

3. Agravo regimental desprovido (STJ, AgRg no Ag 1.062.606/SP, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe de 15/12/2008).

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Prescrição do crédito tributário. Termo final. Súmula 106/STJ e recurso repetitivo.

1. *Em processo de execução fiscal ajuizado anteriormente à Lei Complementar 118/05, é pacífico nesta Corte o entendimento segundo o qual o despacho que ordena a citação não interrompe o prazo prescricional, pois somente a citação pessoal produz esse efeito, devendo prevalecer o disposto no artigo 174 do CTN sobre o artigo 8º, § 2º, da LEF – Lei 6.830/80.*

2. Todavia, se a demora na citação não é imputada ao Fisco, a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação, na forma do art. 219, § 1º, do

CPC, mesmo nas execuções fiscais de crédito tributário (Súmula 106/STJ e REsp 1.120.295/SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado sob o rito do art. 543-C do CPC).

3. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.253.324/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 05/03/2012).

Por sua vez, no mesmo sentido da orientação firmada no item II da ementa do acórdão do supracitado REsp 63.635/SP, transcreve-se, a seguir, o entendimento ora proposto pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*:

A compreensão de que o prazo de suspensão do art. 40 da LEF somente tem início mediante peticionamento da Fazenda Pública ou determinação expressa do Juiz configura grave equívoco interpretativo responsável pelos inúmeros feitos executivos paralisados no Poder Judiciário ou Procuradorias, prolongando indevidamente o início da contagem do prazo da prescrição intercorrente. Essa interpretação equivocada já foi rechaçada no *leading case* que originou a Súmula 314/STJ (EREsp 97.328/PR), onde se analisou situação em que foi penhorado bem e dez (10) anos depois foi dada vista à Fazenda Pública que simplesmente requereu a penhora de um outro bem e alegou falta de intimação (violação ao art. 25 da LEF). Ali decretou-se a prescrição intercorrente contando-se de forma automática os prazos de suspensão e arquivamento, pois sequer houve despacho expresso de suspensão. Considerou-se então desnecessária a intimação da Fazenda Pública (...).

A propósito do precedente invocado pelo Ministro *Mauro Campbell Marques* (EREsp 97.328/PR), o Ministro *Herman Benjamin* obtemperou:

Ao contrário do que foi por ele dito aqui em seu aditamento, o *leading case* (EREsp 97.328/PR) que deu origem à Súmula 314/STJ em momento algum examinou se a suspensão da Execução Fiscal é automática. A questão debatida lá, aliás, limitou-se a definir se a regra dos arts. 8º, § 2º, e 40 da Lei 6.830/1980 afasta a aplicação do art. 174 do CTN ou não, isto é, se a Execução Fiscal é ou não imprescritível. Somente no voto vencido do e. Ministro Garcia Vieira é que se faz menção ao termo “automática”, ainda assim para consignar o entendimento daquele julgador no sentido de que o despacho do juiz que recebe a petição inicial “*imprime ao processo uma tramitação automática*”, o que, naturalmente, está muito longe de dizer que se cristalizou orientação de que a suspensão do feito decorre automaticamente da simples não localização do devedor e de seus bens.

Pedindo a mais respeitosa vênia ao Ministro *Mauro Campbell Marques*, da leitura do acórdão dos retromencionados EREsp 97.328/PR, também tive a mesma compreensão do Ministro *Herman Benjamin*, no sentido de que esta Primeira Seção, no aludido precedente, “em momento algum examinou

se a suspensão da Execução Fiscal é automática. A questão debatida lá, aliás, limitou-se a definir se a regra dos arts. 8º, § 2º, e 40 da Lei 6.830/1980 afasta a aplicação do art. 174 do CTN ou não, isto é, se a Execução Fiscal é ou não imprescritível”.

Para corroborar minha compreensão de que a controvérsia, nos aludidos EREsp 97.328/PR, não se refere a ser automática, ou não, a suspensão da execução fiscal – nas hipóteses previstas no *caput* do art. 40 da Lei 6.830/80 (“não localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora”) –, o respectivo relatório indica, como suporte fático para o reconhecimento da prescrição intercorrente, naquele caso específico, a paralisação da execução fiscal, por mais de cinco anos, *embora existente bem penhorado*, como se verifica a seguir:

O *Estado do Paraná* interpõe embargos de divergência contra acórdão proferido pela 1ª Turma desta Corte.

O *Estado* ajuizou execução fiscal contra *Industrial Madeireira Oliveira Ltda*, cobrando ICMS e a respectiva multa. *A executada foi citada. Posteriormente, foi realizada a penhora do bem descrito no auto de fl. 6.*

Em 28/06/82 (cf. fl. 8), o bem penhorado foi avaliado. No mesmo dia, os autos foram entregues ao escrivão. No dia 04/08/82, o escrivão expediu o ofício noticiado à fl. 08, verso.

Quase dez anos depois, ou seja, no dia 02/06/92 (cf. fl. 09), o juiz concedeu vista ao *Estado*.

Em 21/08/92 (cf. fl. 10), o *Estado* peticionou, requerendo a substituição do bem penhorado.

O juiz de primeiro grau deferiu o pedido. Foi penhorado o bem descrito no auto de fl. 13. O representante legal da executada foi intimado.

A executada requereu o reconhecimento da prescrição intercorrente.

Após reconhecer a prescrição intercorrente, o juiz de primeiro grau extinguiu o processo executivo fiscal (cf. fls. 37/42).

Com efeito, não se poderia cogitar de determinação de suspensão, naquele caso, se havia bem penhorado. Por tal razão, a suspensão não ocorreu, mas não porque o Colegiado entendesse que a suspensão seria dispensável ou automática.

Sobre o reconhecimento da prescrição intercorrente, naquele caso específico dos EREsp 97.328/PR, tendo como suporte fático a paralisação da execução fiscal, por mais de cinco anos, mesmo realizada a penhora, tal circunstância (realização de penhora), por si só, não impede a decretação da



prescrição intercorrente, pois o procedimento do art. 40 da Lei 6.830/80 somente se aplica aos suportes fáticos previstos em seu *caput*, a saber, quando não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis.

A propósito, confirmam-se os seguintes precedentes do STJ, no sentido de que é possível a ocorrência de prescrição intercorrente noutras hipóteses, as quais, justamente por não estarem previstas no dispositivo legal em questão, não serão objeto das teses a serem fixadas neste Recurso Especial repetitivo:

Tributário. Redirecionamento da execução fiscal. Prescrição. Quem propõe a execução fiscal deve certificar-se de que a penhora realizada é suficiente para garantir o crédito tributário, porque o redirecionamento da ação contra eventuais responsáveis pelo respectivo pagamento só é viável até cinco anos contados da data em que, por efeito da citação do sujeito passivo da obrigação tributária, a prescrição foi interrompida. Embargos de declaração rejeitados (STJ, EDcl no REsp 142.397/SP, Rel. Ministro Ari Pargendler, Segunda Turma, DJU de 24/11/97).

Processual Civil. Art. 535 do CPC. Omissão. Inexistência. Tributário. Execução fiscal. Arquivamento. Art. 20 da Lei 10.522/02. Baixo valor do crédito executado. Prescrição intercorrente. Art. 40, § 4º, da LEF. Aplicabilidade.

1. A omissão apontada acha-se ausente. Tanto o acórdão que julgou a apelação como aquele que examinou os embargos de declaração manifestaram-se explicitamente sobre a tese fazendária de que a prescrição intercorrente somente se aplica às execuções arquivadas em face da não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora, não incidindo sobre o arquivamento decorrente do baixo valor do crédito. Prejudicial de violação do art. 535 do CPC afastada.

2. Ainda que a execução fiscal tenha sido arquivada em razão do pequeno valor do débito executado, sem baixa na distribuição, nos termos do art. 20 da Lei 10.522/2002, deve ser reconhecida a prescrição intercorrente se o processo ficar paralisado por mais de cinco anos a contar da decisão que determina o arquivamento, pois essa norma não constitui causa de suspensão do prazo prescricional. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público.

3. A mesma razão que impõe à incidência da prescrição intercorrente quando não localizados o devedor ou bens penhoráveis – impedir a existência de execuções eternas e imprescritíveis –, também justifica o decreto de prescrição nos casos em que as execuções são arquivadas em face do pequeno valor dos créditos executados.

4. O § 1º do art. 20 da Lei 10.522/02 - que permite sejam reativadas as execuções quando ultrapassado o limite legal - deve ser interpretado em conjunto com a norma do art. 40, § 4º, da LEF - que prevê a prescrição intercorrente -, de modo a estabelecer um limite temporal para o desarquivamento das execuções, obstando assim a perpetuidade dessas ações de cobrança.

5. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 08/2008 (STJ, REsp 1.102.554/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJe de 08/06/2009).

Tributário. *Prescrição intercorrente. Inércia da exequente por mais de cinco anos. Prévvia oitiva da Fazenda. Exigibilidade que se impõe apenas quando configuradas as hipóteses do art. 40 da Lei 6.830/80.* REsp 1.100.156/RJ, processado sob o rito do art. 543-C do CPC.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, “a prescrição intercorrente é aquela que diz respeito ao reinício da contagem do prazo extintivo após ter sido interrompido” (REsp 1.034.191/RJ, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 26/05/2008)

2. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.100.156/RJ, de relatoria do Ministro Teori Albino Zavascki, processado sob o rito do art. 543-C do CPC, confirmou a orientação no sentido de que o regime do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige a suspensão e arquivamento do feito, bem como a prévvia oitiva da Fazenda exequente, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, quais sejam, quando não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora.

3. No caso dos autos, apesar de não caracterizada a hipótese prevista no art. 40 da Lei 6.830/80, impõe-se o reconhecimento da prescrição intercorrente porque decorridos mais de cinco anos contados da data em que o executado foi desligado do programa de parcelamento, tendo a exequente permanecido inerte.

4. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no AREsp 224.014/RS, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 11/10/2013).

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental no agravo regimental no agravo em recurso especial. Razões do recurso que não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, no que se refere à inexistência de ofensa ao art. 535 do CPC/73. Súmula 182/STJ. *Hipótese em que o Tribunal de origem reconheceu a inércia da Fazenda Pública, após o inadimplemento do parcelamento, referente a tributos municipais, e decretou a prescrição intercorrente.* Acórdão recorrido em consonância com a orientação jurisprudencial desta Corte. Súmula 83/STJ. Agravo regimental conhecido em parte, e, nessa parte, improvido.

(...)

II. Na forma da jurisprudência do STJ, “o regime do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige a suspensão e arquivamento do feito, bem como a prévvia oitiva da Fazenda exequente, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, quais sejam, quando não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora” (STJ, AgRg no AREsp 224.014/RS, Rel. Ministro **Sérgio Kukina, Primeira Turma**, DJe de 11/10/2013). No mesmo sentido: REsp 1.289.774/SP, Rel. Ministro **Mauro Campbell Marques, Segunda Turma**, DJe de 02/02/2012; REsp 1.403.655/MG, Rel. Ministra **Eliana Calmon, Segunda Turma**, DJe de 30/09/2013.

III. Nos presentes autos de Execução Fiscal, ao reconhecer tanto a prescrição inicial – em relação a uma parcela dos créditos tributários exequendos –, quanto a prescrição intercorrente – em relação aos créditos tributários remanescentes –, o Tribunal de origem não violou os arts. 174 do CTN e 40, *caput* e §§, da Lei 6.830/80. Ao contrário, observou a jurisprudência dominante do STJ, retratada nos supracitados precedentes.

IV. Agravo Regimental parcialmente conhecido, e, nessa parte, improvido (STJ, AgRg no AgRg no AREsp 684.350/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe de 19/04/2016).

Agravo regimental no recurso especial. Tributário. Inércia da exequente por mais de cinco anos a contar do inadimplemento. Prescrição intercorrente.

1. *O regime do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige a suspensão e arquivamento do feito, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, não impedindo a decretação da prescrição intercorrente após o transcurso do prazo de 5 anos do inadimplemento junto a programa de parcelamento, com intimação da Fazenda Pública. Precedentes.*

2. Agravo regimental a que se nega provimento (STJ, AgRg no REsp 1.290.890/PR, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora Federal Convocada do TRF/3ª Região), Segunda Turma, DJe de 01/06/2016).

Processo Civil e Tributário. Embargos de declaração. Omissão. Ausência de vício no acórdão. *Inércia da exequente por mais de cinco anos a contar do inadimplemento. Prescrição intercorrente.*

(...)

3. *O regime do art. 40 da Lei 6.830/1980, que exige a suspensão e arquivamento do feito, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, não impedindo a decretação da prescrição intercorrente após o transcurso do prazo de cinco anos do inadimplemento ao programa de parcelamento, com intimação da Fazenda Pública. Precedentes: AgInt no REsp 1.590.122/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 20/9/2016; AgRg no REsp 1.290.890/PR, Rel. Ministra Diva Malerbi, Segunda Turma, DJe 1º/6/2016; AgRg no AgRg no AREsp 684.350/MG, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 19/4/2016; AgRg no AREsp 440.170/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 18/2/2014, DJe 15/4/2014; AgRg no REsp 1.284.357/SC, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 4/9/2012; AgRg nos EDcl no REsp 964.745/SC, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 15/12/2008.*

4. Recurso Especial não provido (STJ, REsp 1.638.961/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 02/02/2017).

Para contextualizar a real controvérsia objeto do precedente citado pelo Ministro *Mauro Campbell Marques* (EREsp 97.328/PR), convém anotar que

o STF, ao julgar o RE 106.217/SP, conferiu a seguinte interpretação ao art. 40 da Lei 6.830/80, compatibilizando-o com a regra geral do art. 174, parágrafo único, do CTN:

Execução fiscal. A interpretação dada, pelo acórdão recorrido, ao art. 40 da Lei 6.830/80, recusando a suspensão da prescrição por tempo indefinido, é a única susceptível de torná-lo compatível com a norma do art. 174, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, a cujas disposições gerais é reconhecida a hierarquia de lei complementar (STF, RE 106.217/SP, Rel. Ministro Octávio Gallotti, Primeira Turma, DJU de 12/09/86).

Contrariamente ao que decidido pelo STF, no supracitado RE 106.217/SP, esta Primeira Seção do STJ, em 12/03/97, ao julgar os EREsp 37.087/SP (Rel. Ministro *Milton Luiz Pereira*, DJU de 09/11/98), proclamou que “a Lei 6.830/80 (arts. 8º, § 2º, e 40), expressamente concede privilégio, estabelecendo a interrupção do prazo prescricional na data do despacho judicial, por si, criando causa interruptiva eficiente”, e também que “não há conflito entre o art. 174 do CTN e o art. 40 da Lei de Execuções Fiscais: enquanto este trata de suspensão, aquele dispõe sobre as causas que interrompem a prescrição”.

Contudo, em julgados posteriores, esta Seção passou a adotar o mesmo entendimento firmado pelo Pretório Excelso, inclusive por ocasião do julgamento dos retromencionados EREsp 97.328/PR, como se verifica a seguir:

Tributário. Execução fiscal. Prescrição.

1 - *O art. 40 da Lei 6.830/80, nos termos em que foi admitido em nosso ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do Código Tributário Nacional.*

2 - Repugna aos princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida.

3 - Há de, após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, de se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes.

4 - Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, nele não incluídos os do artigo 40 da Lei 6.830/80.

5 - Há de ser sempre lembrado que o art. 174 do CTN tem natureza de lei complementar.

6 - Embargos de Divergência do Estado de São Paulo que são rejeitados (STJ, EREsp 35.540/SP, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Seção, DJU de 06/04/98).

Tributário e Processual Civil. Execução fiscal. Processo paralisado por mais de cinco anos. Prescrição: reconhecimento. Precedentes do STJ e do STF. Embargos de divergência rejeitados.

I - Se o processo executivo fiscal ficou paralisado por mais de cinco anos, especialmente porque o exeqüente permaneceu silente, deve ser reconhecida a prescrição suscitada pelo devedor. *A regra inserta no art. 40 da Lei 6.830/80 não tem o condão de tornar imprescritível a dívida fiscal, já que não resiste ao confronto com o art. 174, parágrafo único, I, do CTN.*

II - Embargos de divergência rejeitados, “confirmando-se” o acórdão embargado e as decisões proferidas nas instâncias ordinárias (STJ, EREsp 97.328/PR, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Primeira Seção, julgamento em 12/08/1998, DJU de 15/05/2000).

Processual Civil. Tributário. Execução Fiscal. Inércia do Exeqüente. Prescrição Intercorrente. Lei 6.830/80 (arts. 8º, § 2º, e 40). CTN, artigo 174. CPC, artigo 219.

1. *As disposições do artigo 40, Lei 6.830/80, devem harmonizar-se com as do artigo 174, CTN, travando a pretensão de tornar imprescritível a dívida fiscal, eternizando situações jurídicas e armazenando autos nos escaninhos das Secretarias das Varas.*

2. A inércia da parte credora na promoção dos atos e procedimentos de impulsão processual, por mais de cinco anos, pode edificar causa suficiente para a prescrição intercorrente.

3. Precedentes jurisprudenciais.

4. Embargos rejeitados (STJ, EREsp 237.079/SP, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Seção, DJU de 30/09/2002).

Como dito antes, a Primeira Turma do STJ, ao julgar o REsp 63.635/SP (Rel. Ministro *Humberto Gomes de Barros*, DJU de 09/10/95), por acórdão não unânime, no item II da respectiva ementa endossou o entendimento – ora adotado pelo Ministro *Mauro Campbell Marques* – de que “a suspensão da prescrição, por efeito do art. 40 da Lei 6.830/80, opera-se independentemente de determinação judicial, suspendendo o processo executivo fiscal. Basta que o devedor não seja encontrado, nem se conheçam bens a serem penhorados. A suspensão é automática”.

No entanto – como já se registrou –, o acórdão referente ao supracitado REsp 63.635/SP constitui precedente único, não unânime, isolado e superado, pois ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção do STJ, posteriormente, firmaram o entendimento pela necessidade de ato formal de suspensão da execução fiscal, para os fins do art. 40 da Lei 6.830/80, como ilustram os seguintes precedentes:

Tributário. Agravo regimental. *Mero transcurso do prazo quinquenal após a citação. Prescrição intercorrente. Não cabimento.*

1. *O mero transcurso do prazo quinquenal, após a citação do executado, não é suficiente para deflagrar a prescrição intercorrente. Para que esta seja decretada, faz-se necessário que o processo fique suspenso por um ano, findo o qual se inicia a contagem do prazo prescricional de cinco anos, nos termos do artigo 40, §§ 2º e 4º, da Lei 6.830/80. Inteligência da Súmula 314/STJ.*

2. A decisão agravada, que se limitou a examinar o procedimento pelo qual a prescrição foi decretada, sem adentrar o tema da responsabilidade pela demora na prática dos atos processuais, não ofende a Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.252.690/SE, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 10/05/2012).

Processual Civil. Tributário. IPTU. Prescrição intercorrente. Inocorrência.

1. *A prescrição intercorrente pressupõe o arquivamento provisório da execução fiscal, após um ano de suspensão, por não ter sido localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, nos termos do art. 40 da LEF.*

2. *Ausentes tais requisitos, não há que se falar em prescrição intercorrente, máxime se efetivada, nesse período, a citação editalícia do devedor a pedido da Fazenda Pública.*

3. Recurso especial provido (STJ, REsp 815.067/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 25/03/2009).

Processual Civil. *Prescrição intercorrente. Necessidade de prévia suspensão do feito por um ano, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80. Súmula 314 desta Corte. Necessidade de prévia oitiva do fisco antes da decretação da prescrição intercorrente. Entendimento adotado em sede de recurso repetitivo, na forma do art. 543-C, do CPC.*

1. *O Tribunal de origem entendeu, em síntese, que, diante das inovações introduzidas pela Emenda Constitucional 45/04 e pela Lei Complementar 118/05, não mais seria necessário o respeito ao rito do art. 40 da Lei 6.830/80 para se decretar a prescrição intercorrente, de forma que a celeridade processual, a necessidade de atuação diligente do Procurador da Fazenda e a interrupção da prescrição pelo despacho do juiz que ordena a citação, apontam no sentido de que de prescrição intercorrente tem início assim que a prescrição da ação é interrompida, dispensando, portanto, a prévia suspensão do feito por um ano e seu arquivamento para o início do lapso prescricional intercorrente.*

2. Cumpre registrar que o fundamento do acórdão recorrido que entendeu pela aplicação da Emenda Constitucional 45/04 é de tal forma genérico que não impossibilita o conhecimento do recurso especial por ausência de interposição de recurso extraordinário, o que afasta a aplicação da Súmula 126 desta Corte.

3. O acórdão recorrido contrariou o disposto na Súmula 314/STJ, na qual este Tribunal consolidou o entendimento no sentido de que a prescrição intercorrente somente tem início após a suspensão do processo por um ano, ainda que desnecessária a intimação da Fazenda da decisão que arquiva o feito, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80.

4. A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp 1.102.554/MG, consolidou entendimento no sentido de ser necessária a prévia oitiva da Fazenda Pública antes da decretação *ex officio* da prescrição intercorrente.

5. Recurso especial provido para afastar a prescrição e determinar o regular processamento da execução fiscal (STJ, REsp 1.230.558/PE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 28/04/2011).

Processual Civil. *Execução fiscal. Inexistência de ordem judicial de suspensão ou de arquivamento. Prescrição intercorrente. Não-ocorrência.*

1. A disposição contida no § 4º do art. 40 da Lei de Execuções Fiscais, acrescentada pela Lei 11.051/2004, possui natureza processual e, por isso, deve ser aplicada inclusive nos feitos em tramitação quando do advento desta última lei, podendo o juiz, de ofício, decretar a prescrição intercorrente, se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional. A prescrição intercorrente pressupõe a prescrição interrompida que recomeçou a correr, bem como o arquivamento provisório da execução fiscal por prazo superior a cinco anos, por inércia da Fazenda Pública.

2. No caso concreto, embora não tenha sido determinada a suspensão do processo, tampouco o arquivamento provisório dos autos, o Juiz da primeira instância, após a manifestação da Fazenda Nacional, decretou de ofício a prescrição intercorrente e extinguiu a execução fiscal. Ao manter a sentença, não obstante a inexistência de ordem judicial de suspensão ou de arquivamento da execução, o Tribunal de origem acabou por contrariar o art. 40 da Lei 6.830/80.

3. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.259.811/CE, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 09/12/2011).

Processual Civil e Tributário. *Inexistência de violação do art. 535 do CPC. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Necessidade de prévia suspensão do feito por um ano, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80 e da Súmula 314/STJ.*

(...)

2. A prescrição intercorrente somente tem início após a suspensão do processo por um ano, ainda que desnecessária a intimação da Fazenda da decisão que arquiva o feito, na forma do art. 40 da Lei 6.830/80, segundo disposto na Súmula 314/STJ, in verbis: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3. Recurso especial parcialmente provido (STJ, REsp 1.294.494/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 14/02/2012).

Processual Civil. *Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Não ocorrência. Ausência de suspensão do processo e paralisação por mais de cinco anos imputável à exequente.* Súmula 314/STJ. Inércia da Fazenda Pública não configurada.

1. Cuida-se de Agravo Regimental interposto contra decisão que proveu o Recurso Especial para afastar o reconhecimento da prescrição intercorrente e determinar o prosseguimento da Execução Fiscal.

2. Sustenta a agravante que a decisão monocrática afrontou o disposto no art. 40 da Lei 6.830/1980, aduzindo que a inércia da Fazenda Pública corresponderia à incapacidade de localizar bens no prazo de cinco anos.

3. *Hipótese na qual o Tribunal a quo, ao considerar ocorrida a prescrição intercorrente durante o trâmite da Execução Fiscal, assentou o entendimento de que, uma vez citado o executado, tem início, de plano, o prazo prescricional.*

4. *Em conformidade com o art. 40, § 4º, da LEF, a prescrição intercorrente ocorre se a inércia da exequente provocar a paralisação da marcha processual por mais de cinco anos após decorrido um ano da suspensão do feito.* Súmula 314/STJ. Precedentes do STJ.

5. Não se pode equiparar a falta de efetividade do processo executivo à inércia da Fazenda Pública, sem a qual é incabível a decretação da prescrição intercorrente.

6. Agravo Regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.274.618/RR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 23/02/2012).

Tributário e Processual Civil. *Prescrição intercorrente. Art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80. Ausência de condições para a sua decretação.*

1. Nos termos do art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80, configura-se a prescrição intercorrente quando, proposta a execução fiscal e decorrido o prazo de suspensão, o feito permanecer paralisado por mais de cinco anos, contados da data do arquivamento, por culpa da parte exequente. Aplicação da Súmula 314/STJ.

2. *O Tribunal de origem expressamente consignou que o feito não foi suspenso e nem arquivado, procedendo à contagem do prazo prescricional intercorrente em desacordo com o estabelecido pelo art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80.*

Agravo regimental improvido (STJ, AgRg no AREsp 151.592/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 20/08/2012).

Processo Civil. Tributário. *Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Violação ao art. 458 do CPC. Inexistência. Suficiência da prestação jurisdicional. Questão decidida. Art. 40 da LEF. Súmula 314/STJ. Inexistência de suspensão ou arquivamento da execução fiscal.*

1. Inexiste violação ao art. 458 do CPC se o acórdão recorrido apresenta a estrutura exigida pela legislação processual.

2. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide, embora sem aludir ao dispositivo de lei aplicável à questão jurídica.

3. *Nos termos da Súmula 314/STJ, somente a suspensão da execução fiscal pela inexistência de citação ou de localização de bens penhoráveis com o posterior arquivamento provisório do feito implica no curso do prazo de prescrição intercorrente previsto no art. 40 da LEF.*

4. Recurso especial provido com inversão da sucumbência, nos termos da Súmula 168/TFR (STJ, REsp 1.320.505/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 29/10/2012).

Tributário. Processual Civil. Embargos de declaração no recurso especial. Recebimento como agravo regimental. Princípio da fungibilidade do recurso. *Prescrição intercorrente. Inocorrência. Necessidade de prévia suspensão do feito por um ano, na forma do art. 40 da Lei 6.830.80 e da Súmula 314/STJ.* Agravo não provido.

1. Embargos declaratórios recebidos como agravo regimental, dado o seu caráter manifestamente infringente, em observância aos princípios da fungibilidade recursal. Precedentes do STJ.

2. *“Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente” (Súmula 314/STJ).*

3. Agravo regimental não provido (STJ, EDcl no REsp 1.321.605/RS, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe de 04/02/2013).

A propósito da suspensão da execução fiscal, especificamente nas duas hipóteses fáticas previstas no art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80, são plenamente aplicáveis – em se tratando de execução fiscal cujo despacho ordenador da citação interrompa a prescrição – as seguintes disposições da Portaria PGFN 396/2016, disponível na Internet, que regulamenta, no âmbito da Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional (PGFN), o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC):

Art. 20. *Serão suspensas, nos termos do art. 40, caput, da Lei 6.830, de 1980, as execuções fiscais cujo valor consolidado seja igual ou inferior a um milhão de reais, desde que não conste nos autos informações de bens e direitos úteis à satisfação, integral ou parcial, do crédito executado.*

§ 1º. Entende-se por bem ou direito inútil aquele de difícil alienação, sem valor comercial ou de valor irrisório.

§ 2º. O Procurador da Fazenda Nacional não requererá a suspensão de que trata o *caput* enquanto pendente causa de suspensão da exigibilidade do crédito, julgamento de exceção de pré-executividade, embargos ou outra ação ou recurso que infirme a certeza e liquidez do crédito e obste o prosseguimento, ainda que provisório, da cobrança judicial.

§ 3º. O disposto neste artigo não se aplica às execuções movidas contra pessoas jurídicas de direito público, às execuções movidas para cobrança da Dívida Ativa do FGTS, bem como às execuções nas quais constem, nos autos, informações de falência ou recuperação judicial da pessoa jurídica devedora.

Art. 21. *A suspensão de que trata o art. 20 independe da efetiva citação do(s) réu(s) na execução fiscal, desde que tenha ocorrido, cumulativamente, a interrupção da prescrição pelo despacho inicial de citação e a tentativa frustrada, ainda que por carta com aviso de recebimento, de citação do(s) devedor(es) indicado(s) na petição inicial.*

Parágrafo único. No caso de deferimento de redirecionamento a devedor não constante na Certidão da Dívida Ativa, a suspensão da execução fiscal deve ser precedida de determinação para inclusão do nome do corresponsável nos sistemas da Dívida Ativa.

Art. 22. *Requerida a suspensão da execução fiscal, nos termos do art. 40, caput, da Lei 6.830, de 1980, o Procurador da Fazenda Nacional determinará o registro da informação no módulo de controle da prescrição intercorrente do SAJ, com anotação da data do pedido de suspensão, independentemente de intimação do despacho que deferiu o pedido.*

Parágrafo único. *Em caso de suspensão da execução fiscal sem requerimento prévio do Procurador da Fazenda Nacional e não sendo caso de prosseguimento da cobrança, a determinação para registro no módulo de controle da prescrição intercorrente do SAJ deverá considerar a data da ciência do despacho de suspensão.*

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional – pelo Parecer Público PGFN/CGD 609/2016, em atenção a consulta formulada pela Diretoria de Gestão da Dívida Ativa da União, acerca da possibilidade jurídica de edição de ato normativo que institui, no âmbito da PGFN, o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos (RDCC) e autoriza, com fundamento no art. 40 da Lei 6.830/80, a suspensão do curso das execuções fiscais de valor consolidado até 1 (um) milhão de reais, desde que não constem dos autos informações de bens e direitos úteis à satisfação, parcial ou total, do crédito fiscal – assim justificou a legalidade, juridicidade e conformidade com o ordenamento jurídico das supracitadas disposições da Portaria PGFN 396/2016:

11. Retornando ao art. 40, *caput*, da LEF, vê-se que ele descreve 02 (dois) suportes fáticos alternativos, porque ligados entre si pela conjunção coordenativa

alternativa “ou”, quais sejam: não for localizado o devedor “ou” não forem encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora. Assim, ocorrido um desses fatos (ou os dois), operam-se os efeitos jurídicos descritos no referido artigo de lei, inclusive, aqueles prescritos nos parágrafos subsequentes, com a sucessiva ocorrência dos suportes fáticos neles descritos, quais sejam, (1) a suspensão do curso da execução por 1 (um) ano (§ 2º) e (2) ato contínuo, com o fim do prazo de suspensão, o início do curso do prazo de prescrição intercorrente de 5 (cinco) anos (§ 4º), que somente será suspenso ou interrompido caso ocorra um fato jurídico apto a essa suspensão ou interrupção, como, por exemplo, a efetiva localização e citação do devedor, a efetiva localização e penhora de bens aptos a garantir a execução fiscal, um parcelamento etc.

12. Veja-se que, no que se refere aos ‘bens sobre os quais possa recair a penhora’, deve-se entender a existência de bens úteis do ponto de vista econômico, isto é, que realmente possam propiciar a recuperação, ainda que parcial, do crédito público ajuizado, não podendo a relação custo-benefício da cobrança judicial ser deficitária ao Erário, sob pena de ofensa ao ordenamento jurídico, notadamente, os princípios constitucionais da eficiência administrativa (Art. 37, *caput*, da CF/88) e da economicidade (art. 70 da CF/88), pois a Administração Tributária, na cobrança do seu crédito, deve observar, sempre, uma relação de custo-benefício e ser eficiente e agir de acordo com a economicidade, sendo certo que a sua cobrança não pode custar mais ao Erário do que o benefício econômico a ser auferido, ao final.

13. A suspensão a que alude o art. 40 da LEF, por certo, não é sem propósito, pois visa justamente que sejam realizadas as diligências consideradas úteis e necessárias à localização e citação do devedor e/ou encontrar bens sobre os quais possa recair a penhora (inclusive, outras diligências julgadas necessárias ao normal prosseguimento da execução), bem assim produzir os demais efeitos jurídicos previstos no sobredito texto de lei.

14. Sempre que o Juiz suspender o curso da execução, de ofício, será aberta vista dos autos ao representante da Fazenda Pública (§ 1º), mas quando o pedido de suspensão for feito pela Fazenda Pública, desnecessária essa comunicação, para fluência dos prazos previstos nos parágrafos do artigo (jurisprudência do STJ), que dar-se-ão automática e continuamente. Assim, decorrido o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo de 5 (cinco) anos da prescrição intercorrente. Este prazo, como se disse, somente será suspenso ou interrompido pela efetiva citação do devedor, efetiva localização de bens e realização da penhora, por um parcelamento, ou outro fato legal idôneo à produção desses efeitos. Caso não suspenso ou interrompido, operada a prescrição intercorrente, extinto estará o crédito público objeto da execução fiscal, a teor do art. 156, V, do CTN.

15. Em consonância com o *supra* exposto, e em reforço do entendimento ora esposado, traz-se à colação jurisprudência reiterada e pacífica do Superior

Tribunal de Justiça, em face da qual esta PGFN não mais contesta nem recorre das decisões judiciais que fixam o seguinte entendimento, consoante disposto no Parecer PGFN/CRJ n. 202/2011, da lavra do Procurador Cláudio Xavier Seefeldter Filho, que fundamentou a edição do Ato Declaratório 01/2011, a saber:

1. Hipótese em que solicitada a suspensão da execução fiscal pela própria PGFN, nos termos do art. 40 da LEF, não há necessidade de intimação da suspensão do processo e de eventual despacho de arquivamento (§ 2º do art. 40);

2. Hipótese em que a PGFN é intimada da suspensão do executivo fiscal, nos termos do art. 40 da LEF, mas não do seu arquivamento, exarado ou não esse despacho nos autos, o prazo da prescrição intercorrente transcorre automaticamente, a teor da Súmula 314 do STJ;

3. Falta de interesse recursal da Fazenda Nacional quando reconhecida a prescrição, sem a prévia intimação da Fazenda Pública (§ 4º do art. 40 da LEF), na hipótese de ausência de efetivo prejuízo decorrente do ato judicial impugnado (ausência das causas suspensivas e interruptivas da prescrição).

16. Extrai-se do acima exposto que, ou a Fazenda Pública solicita a suspensão do art. 40 ou o juiz a decreta de ofício. Solicitada a suspensão pela Fazenda Pública, não há necessidade de intimação da suspensão nem do despacho de arquivamento. Decretada de ofício a suspensão do curso da execução fiscal, necessário se faz que a Fazenda Pública seja comunicada da suspensão que não requereu (vista dos autos ou outro meio idôneo à ciência da Fazenda Pública, como, por exemplo, a intimação da decisão de suspensão). Em ambas as hipóteses, isto é, tendo sido solicitada a suspensão pela Fazenda Pública ou tendo sido esta decretada de ofício pelo juiz e devidamente comunicada à Fazenda Pública respectiva, correm imediata e automaticamente os prazos de um e cinco anos, respectivamente, previstos nos parágrafos do art. 40 da LEF. Reconhecida a prescrição intercorrente pelo juiz da execução fiscal sem a prévia intimação da Fazenda Pública (§ 4º do art. 40 da LEF), ainda assim faltará a esta última interesse recursal, se ausentes causas suspensivas e/ou interruptivas da prescrição.

17. Consoante a literalidade do disposto no art. 40 da LEF, *todas as execuções fiscais ajuizadas, independentemente da limitação a 1 (um) milhão de reais, isto é, mesmo as execuções fiscais em curso de valor superior ao 1 (um) milhão de reais, seguirão o rito do sobredito art. 40, para efeito de suspensão do seu curso, sendo necessário e suficiente para a produção de sua eficácia jurídica que ocorra pelo menos um dos suportes fáticos ali descritos, já que são alternativos, ou seja, que (a) não seja localizado o devedor (ou) que (b) não sejam encontrados bens úteis a garantir a execução, sobre os quais possa recair a penhora. Estando presente um desses requisitos fáticos (ou os dois), nada impede (pelo contrário, recomenda) que a Fazenda Pública requeira a suspensão da execução fiscal para que, no período de suspensão de 1 (um) ano ou mesmo no curso dos 5 (cinco) anos seguintes da*

prescrição intercorrente, diligencie no sentido de (1) localização do devedor e/ou corresponsáveis ou (2) localização de bens sobre os quais possa recair a penhora, bem assim outras diligências julgadas necessárias e apropriadas a viabilizar o sucesso da execução fiscal, ao final, nos termos anteriormente expostos.

18. Portanto, dúvida quanto aos comandos expressos no art. 40, *caput*, da LEF não há, no sentido da suspensão do curso das execuções fiscais, quando não encontrado o devedor ou bens aptos a garantir a execução, via penhora.

19. Entretanto, ao que tudo indica, e consoante ressaltado pelo Dr. Daniel de Saboya Xavier, Coordenador-Geral da CGD, em mensagem eletrônica de 11 de março último, *“Ao longo do tempo, contudo, cresceu na PGFN uma cultura - talvez induzida pela falta de clareza em algumas orientações - de somente se requerer a suspensão da execução após esgotadas as diligências em relação ao(s) devedor(es). O efeito prático não poderia ser outro: milhares de execuções indo e vindo sem qualquer perspectiva de satisfação do crédito”. Alia-se a esse entendimento, muito provavelmente, a adoção de uma política extremamente cautelosa pela Fazenda Nacional de gestão de sua dívida ativa, certamente, influenciada pelos meios até então disponíveis de gerenciamento do estoque e gestão da qualidade do seu crédito, no sentido de não requerer a dita suspensão ou só o fazer depois de esgotadas inúmeras diligências, sendo certo que, em diversas situações, a própria Fazenda Nacional voltava-se contra eventuais suspensões determinadas de ofício pelo Juiz.*

20. *Acontece que a política de gestão da dívida ativa da Fazenda Nacional anteriormente adotada mostrou-se inadequada e ineficiente, na medida em que não produz os resultados práticos almejados e ainda provoca um acúmulo de execuções fiscais ajuizadas sabidamente incobráveis, justamente, porque ou não se localizou o devedor ou bens aptos à penhora, não obstante as inúmeras diligências realizadas, e, apesar disso, continuam em curso no Poder Judiciário os processos judiciais atinentes a tais execuções, sem que tenham sido suspensos, conforme recomendação expressa do referido art. 40 da LEF.*

21. Este procedimento, por certo, abarrotava o Poder Judiciário com um incontável número de execuções fiscais incobráveis (inexistência de bens aptos a garantir a execução, por exemplo) e absorve precioso tempo e força de trabalho dos Procuradores da Fazenda na condução de tais processos e na tentativa, no mais das vezes, em vão de continuar a cobrar tais créditos, impedindo-os de dirigir seus esforços para a cobrança daqueles créditos tributários com perspectiva de recebimento, ao final do processo.

22. *Urge, portanto, alterar essa política de gestão e cobrança da dívida ativa da Fazenda Nacional, e é nesse quadro que exsurge o projeto de Novo Modelo de Cobrança da Dívida Ativa da União e minuta de Portaria ora examinada, que institui o Regime Diferenciado de Cobrança de Créditos, notadamente, quando os comandos que dimanam do art. 40 da LEF são claros, expressos e se aplicam a toda e qualquer execução fiscal ajuizada e não apenas àquelas de valores inferiores ou iguais a 1 (um) milhão de reais.*

23. Desse modo, caso existam (e devem existir inúmeras) execuções ajuizadas e em curso, que já se sabe não constar dos autos garantia útil à satisfação, ou parcial, do crédito executado, nada impede, mas recomenda, que a Fazenda Nacional requeira a suspensão do seu curso, na forma recomendada pelo art. 40, *caput*, da LEF.

Com efeito, o art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80 estabelece que “o Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição”.

Todavia – desde que tenha havido interrupção da prescrição ordinária para o ajuizamento da execução fiscal (e quando se trata de cobrança judicial de crédito tributário, essa forma de interrupção vai depender da aplicabilidade, ou não, sob a perspectiva de direito intertemporal, do disposto na Lei Complementar 118/2005, que alterou o inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN) –, para o recomeço do prazo de prescrição, na modalidade intercorrente, o art. 40 da Lei 6.830/80 pressupõe o decurso do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão da execução, prazo que, por sua vez, exige um pronunciamento judicial que determine essa suspensão (“O Juiz suspenderá o curso da execução...”), tão logo se verifique um dos suportes fáticos (ou os dois) ali previstos (“não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora”).

Nesse sentido o seguinte precedente, cuja orientação foi seguida por recentes precedentes do STJ, anteriormente invocados no presente voto:

Processual Civil. Execução fiscal. Desaparecimento do devedor e do bem penhorado. *Suspensão do processo executivo por parte do juiz: necessidade, para só aí conceder vista ao representante da Fazenda Pública.* Recurso provido.

I - A não-localização do devedor ou dos bens sobre os quais possa recair ou tenha recaído a penhora conduz à suspensão do processo executivo fiscal, a qual deve ser determinada ex officio pelo juiz da execução. Só após a suspensão do processo, é que o juiz dará vista dos autos ao representante da Fazenda Pública, comunicando-lhe o ocorrido.

II - Recurso Especial conhecido e provido (STJ, REsp 149.197/AL, Rel. Ministro Adhemar Maciel, Segunda Turma, DJU de 17/11/97, RSTJ 104/229).

A suspensão do curso da execução, a que alude o art. 40 da Lei 6.830/80, por certo, não é sem propósito, pois visa justamente possibilitar que a Fazenda Pública promova as diligências consideradas úteis e necessárias para localizar o devedor e/ou encontrar bens sobre os quais possa recair a penhora, bem

assim produzir os demais efeitos jurídicos previstos no referido dispositivo legal, inclusive permitir a fluência dos dois prazos ali previstos (primeiramente, do prazo máximo de um ano de suspensão, e, ato contínuo, ou seja, de forma automática, do prazo de prescrição).

De fato, a regra do art. 40, *caput* e § 4º, da Lei 6.830/80 posterga o termo *a quo* do prazo de prescrição intercorrente para depois de findo o prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão do curso da execução.

Essa é a atual orientação desta Corte, consolidada na Súmula 314/STJ, *in verbis*: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

Conforme demonstrado, a Súmula 314/STJ não dispensa o despacho de suspensão da execução, pelo prazo máximo de um ano, ao fim do qual considerasse ocorrido, automaticamente, o arquivamento provisório da execução, termo inicial da prescrição intercorrente.

Dos onze precedentes que deram origem a esse verbete sumular, três deles nada mencionaram sobre a suspensão do curso da execução (EREsp 97.328/PR, Rel. Ministro *Adhemar Maciel*, *Primeira Seção*, DJU de 15/05/2000; REsp 125.504/PR, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, *Segunda Turma*, DJU de 12/05/2003; REsp 766.873/MG, Rel. Ministro *Teori Albino Zavascki*, *Primeira Turma*, DJU de 26/09/2005). Os oito demais julgados que originaram referida Súmula fizeram expressa referência, no inteiro teor dos respectivos acórdãos, à suspensão da execução fiscal, sem qualificá-la, contudo, como automática (AgRg no Ag 621.340/MG, Rel. Ministro *Franciulli Netto*, *Segunda Turma*, DJU de 30/05/2005; AgRg no REsp 418.162/RO, Rel. Ministro *Luiz Fux*, *Primeira Turma*, DJU de 11/11/2002; AgRg no REsp 439.560/RO, Rel. Ministro *Paulo Medina*, *Primeira Turma*, DJU de 14/04/2003; EREsp 237.079/SP, Rel. Ministro *Milton Luiz Pereira*, *Primeira Seção*, DJU de 30/09/2002; REsp 255.118/RS, Rel. Ministro *Garcia Vieira*, DJU de 14/08/2000; REsp 489.182/RO, Rel. Ministro *Francisco Peçanha Martins*, DJU de 26/09/2005; REsp 621.257/PE, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, DJU de 11/10/2004; REsp 705.068/PR, Rel. Ministro *José Delgado*, *Primeira Turma*, DJU de 23/05/2005).

A prática forense revela-nos que, em vários casos, embora não localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, o juiz não determina a suspensão do curso da execução fiscal. Na condução do processo,

manifesta-se à medida dos requerimentos da Fazenda Pública, deferindo diligências inúteis, sem suspender a execução. Nesses casos, ao descumprir o procedimento do art. 40 da LEF, impede a fluência dos dois prazos previstos no citado dispositivo legal (primeiramente, do prazo máximo de um ano de suspensão e, ato contínuo, ou seja, de forma automática, do prazo de prescrição).

O art. 40 da Lei 6.830/80 não preconiza, *de forma precisa, o momento para a prática do ato judicial de suspensão*, mas entendo necessária a suspensão do curso da execução – repito – tão logo se verifique um dos suportes fáticos (ou os dois) ali previstos (“não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora”).

O Ministro *Mauro Campbell Marques*, em sua proposta para fixação da primeira tese, defende que o prazo de suspensão de 1 (um) ano tenha início *automaticamente* na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, ou seja, entende ele dispensável o ato judicial de suspensão da execução.

No entanto, entendo que *o art. 40 da Lei 6.830/80 estabelece um procedimento a ser observado pelo juiz, que deverá suspender o curso da execução*, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, a fim de permitir a fluência dos dois prazos previstos no citado dispositivo legal (primeiramente, do prazo máximo de um ano de suspensão e, ato contínuo, ou seja, de forma automática, do prazo de prescrição). Esse período – no caso em apreço, de seis anos (por ser quinquenal o prazo de prescrição) – permitirá que a Fazenda “diligencie no sentido de (1) localização do devedor e/ou corresponsáveis ou (2) localização de bens sobre os quais possa recair a penhora, bem assim outras diligências julgadas necessárias e apropriadas a viabilizar o sucesso da execução fiscal, ao final”, como destaca o Parecer PGFN/CGD 609/2016, transcrito retro.

Com efeito, o art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80 não dispõe que “*suspende-se o processo (...)*”, mas que “*o juiz suspenderá o curso da execução*, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição”.

Não se pode retirar do Juiz da execução o poder-dever de dirigir o processo. Na suspensão automática, o magistrado *sequer teria conhecimento* de que se mostrou desprovida de êxito a tentativa de citação ou de localização de bens do executado. O feito voltaria para o cartório e *repousaria incólume no escaninho*, até

posterior impulso do exequente, se fosse o caso. Seria autorizar uma espécie de automatização indesejável do processo de execução fiscal, à revelia da disposição do *caput* do art. 40 da Lei 6.830/80, que restaria violado.

A observância desse comando legal não torna o juiz senhor do início do prazo prescricional, notadamente se fixadas as teses ora propostas. Não me parece ser esse o enfoque da LEF, que apenas lhe confere o poder, que se mostra *inerente ao exercício da atividade jurisdicional*, de bem proceder à condução do processo.

Considero essa a interpretação que se apresenta consentânea com a lei (art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80), e, por conseguinte, com a orientação desta Corte, consolidada no enunciado da Súmula 314/STJ.

É certo, outrossim, que encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos, para prosseguimento da execução, nos termos do § 3º do art. 40 da LEF. De fato, a suspensão ou o arquivamento não podem ensejar impedimentos para que a Fazenda Pública exequente pratique os atos necessários à satisfação do seu crédito.

Com respeitosa vênia, entendo que não seria conveniente adotar-se, sem qualquer ressalva – como consta do voto do eminente Relator –, notadamente em sede de recurso repetitivo, a conclusão, em última análise, de que dispensável ato judicial determinando a suspensão do processo, sob pena de tornar-se letra morta a disposição do art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80, que, aliás, foi observada, no caso concreto em julgamento.

Nesse contexto, seguindo a numeração constante da ementa proposta pelo Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, entendo que a primeira tese deve ser assim fixada:

4.1.a) O termo *a quo* do prazo de 1 (um) ano de suspensão da execução fiscal é a data da ciência da Fazenda Pública acerca do ato do juiz que suspender o processo, nos termos do art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80, não sendo necessária a intimação da exequente acerca da suspensão por ela mesma requerida, hipótese em que o termo *a quo* do referido prazo corresponde à data de protocolo do requerimento de suspensão.

4.1.b) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005, o prazo da prescrição inicial, no período da redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, interrompia-se pela citação válida do devedor (por carta, por oficial

de justiça ou por edital). Nessa hipótese, depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá o curso da execução.

4.1.c) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa não tributária, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80, assim como em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar 118/2005, que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, a interrupção da prescrição inicial opera-se com o despacho de citação. Nessas hipóteses, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá a execução.

Adiante, o eminente Relator apresenta as seguintes teses:

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 – LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva *construção patrimonial* é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo – mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.*

O enunciado 4.2 busca responder a questionamentos sobre: a) o cabimento dos pedidos efetuados pela Fazenda Pública, no sentido de que a execução fiscal seja suspensa por 30, 60, 90 ou 120 dias, como costumeiramente tem sido feito em processos de tal natureza; b) a necessidade de decisão expressa ou de intimação da Fazenda Pública a respeito do término do prazo de suspensão e início do prazo prescricional.

Nessa linha também se apresenta o enunciado 4.3.

Conforme exposto, nos termos da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a execução será suspensa pelo prazo máximo de 1 (um) ano, e, ao final desse prazo, será iniciado, de forma automática, o prazo prescricional, com o arquivamento dos autos, sem baixa na distribuição. Este posicionamento está

consolidado na Súmula 314 do STJ, além de ser objeto de vários precedentes desta Corte:

Processual Civil. Agravo regimental no recurso ordinário em mandado de segurança. Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Ausência de comprovação de eventual culpa do Poder Judiciário. Inexistência de afronta ao art. 40 da Lei 6.830/80.

1. É certo que, nos termos da Súmula 106/STJ, “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”. Contudo, no caso, depreende-se dos autos que não há nenhum elemento que comprove a inércia do Poder Judiciário, no que se refere à ausência de citação.

Ressalte-se que a via eleita não admite a dilação probatória.

2. Nos termos da Súmula 314/STJ, “em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”. *A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que o prazo da prescrição intercorrente se inicia após um ano da suspensão da execução fiscal quando não localizados bens penhoráveis do devedor, conforme dispõe a Súmula 314/STJ, de modo que o arquivamento do feito se opera de forma automática após o transcurso de um ano.*

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg nos EDcl no RMS 44.372/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 19/05/2014).

Processual Civil. Agravo regimental no recurso especial. Execução fiscal. Falência. Suspensão. Dispositivos tidos por violados, afastados na origem, com enfoque constitucional. Impossibilidade de revisão do acórdão recorrido no ponto. Falta de impugnação de fundamento suficiente. Súmula 283/STF.

1. Depreende-se do acórdão recorrido que o art. 47 do Decreto-Lei 7.661/45 foi afastado em razão do disposto no art. 146, III, ‘b’, da CF/88. Fundando-se o acórdão recorrido em interpretação de matéria constitucional, descabe a esta Corte examinar a questão, porquanto o recurso especial é destinado unicamente à uniformização da legislação infraconstitucional.

2. A Corte *a quo* consignou que os autos permaneceram paralisados desde 29/11/2000, quando arquivados, até 09/06/2009, momento em que o exequente voltou a peticionar, depois de instado pelo juízo *a quo* para se manifestar quanto ao disposto no art. 40, § 4º, da LEF.

Referido fundamento não foi impugnado nas razões do recurso especial, atraindo, assim, a incidência da Súmula 283/STJ no que tange à análise das implicações da falência da empresa na hipótese.

3. *É cediço nesta Corte que o arquivamento da execução fiscal é decorrência lógica da suspensão do feito por um ano e se opera automaticamente, na forma da Súmula 314/STJ: “em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.*

4. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no REsp 1.255.907/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 23/02/2012).

Nesse contexto, ao tratar dos obstáculos ao curso do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão e ao curso do prazo de prescrição intercorrente, as teses 4.2 e 4.3, propostas pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, se complementam.

Com efeito, se o simples peticionamento efetuado pela Fazenda Pública, requerendo a constrição de bens, fosse suficiente para interromper a contagem do prazo máximo de um ano de suspensão da execução ou do prazo de prescrição intercorrente, conceder-se-ia uma posição por demais privilegiada à exequente, uma vez que, valendo-se dessa prerrogativa, poderia postergar o término do processo ao seu talante.

De outra parte, na forma proposta pelo Relator, se o exequente peticionar pela constrição patrimonial dentro do prazo de 6 (seis) anos – 1 (um) ano de suspensão seguido automaticamente de 5 (cinco) anos (se este for o prazo de prescrição aplicável) –, e obtiver êxito, ainda que a localização de bens e consequente penhora ocorram após o término do interregno de 6 (seis) anos, ter-se-á a prescrição por interrompida, retroativamente, ao tempo em que efetuado o pedido. É que a Fazenda Pública, tendo se manifestado tempestivamente, não pode ser prejudicada por eventual demora, desde que comprovadamente atribuída ao Poder Judiciário.

Utiliza-se o eminente Ministro Relator, nesse ponto, de forma correta e analógica, da previsão contida na Súmula 106/STJ, *in verbis*: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”.

Nesse contexto, concordo com os fundamentos da segunda e terceiras teses (4.2 e 4.3) propostas pelo eminente Relator, mas apresento alguns ajustes, para compatibilizá-las à proposta por mim apresentada à primeira tese.

Na minha proposta, no tocante à segunda tese, suprimi a oração “Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido”, eis que incompatível com o posicionamento, que aqui defendo,

no sentido da indispensabilidade da determinação judicial de suspensão da execução. Eliminei, ainda, a locução “de 5 (cinco) anos”, porque o prazo de duração da prescrição intercorrente depende da natureza da dívida ativa (embora a dívida ativa tributária tenha prazo quinquenal, há dívidas não tributárias, que são objeto de execução fiscal, com prazos prescricionais diversos, consoante os seguintes precedentes: REsp 1.117.903/RS, Rel. Ministro *Luiz Fux, Primeira Seção*, DJe de 01/02/2010; REsp 1.373.292/PE, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Primeira Seção*, DJe de 04/08/2015). No mais, quanto à segunda tese, incorporei a redação do texto legal, ficando assim proposta a redação dessa tese: “4.2) *Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão do processo, inicia-se automaticamente o prazo de prescrição, durante o qual o processo deveria estar arquivado, sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei 6.830/80 – LEF, findo o qual o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato*”.

Quanto à terceira tese, considerando que o prazo de duração da prescrição intercorrente depende da natureza da dívida ativa, assim proponho a redação dessa tese: “4.3) *A efetiva constrição patrimonial é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável, deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, encontrados e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera*”.

Por fim, assevera o Ministro *Mauro Campbell Marques*, em seu último enunciado:

4.4) *A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.*

Não tenho qualquer ressalva quanto aos fundamentos da quarta tese apresentada.

Com efeito, ao final do período de 6 (seis) anos – 1 (um) ano de suspensão seguido automaticamente de 5 (cinco) anos (se este for o prazo de prescrição aplicável), tenha ou não sido intimada anteriormente, salvo acerca do despacho de suspensão *ex officio* do curso da execução, em razão da não localização do devedor ou de bens penhoráveis, que é condição para o início do prazo, e cuja ausência enseja a presunção de prejuízo –, a Fazenda Pública será cientificada do decurso do prazo prescricional, podendo neste momento, ainda que em sede recursal, apontar causas de interrupção ou suspensão da prescrição.

Eventual omissão no que tange às intimações – exceto, repita-se, quanto à ciência acerca do despacho de suspensão *ex officio* do curso da execução, em virtude da não localização do devedor ou de bens penhoráveis – não implicará em automático reconhecimento de nulidade processual, devendo a exequente, no contexto do princípio da instrumentalidade das formas, demonstrar o prejuízo sofrido, como, exemplificativamente, a existência de causa suspensiva ou interruptiva do prazo prescricional, na linha da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido:

Processual Civil. Execução fiscal. Pedido de suspensão feito pela exequente. Prescrição intercorrente. Ausência de causas suspensivas ou interruptivas da prescrição. Reconhecimento sem prévia oitiva da Fazenda Pública. Possibilidade. 'Pas de nullité sans grief'.

1. A novel Lei 11.051, de 30 de dezembro de 2004, que acrescentou ao art. 40 da Lei de Execuções Fiscais o § 4º, possibilitou ao juiz da execução decretar de ofício da prescrição intercorrente, desde que previamente ouvida a Fazenda Pública para que possa suscitar eventuais causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional.

2. A intimação da Fazenda Pública da suspensão da execução por ela solicitada revela-se, como evidente, desnecessária, bem como do ato de arquivamento, o qual decorre do transcurso do prazo de um ano de suspensão e é automático, conforme dispõe a Súmula 314 desta Corte: "Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente".

3. O sistema processual é informado pelo princípio da instrumentalidade das formas, por isso que somente a nulidade que sacrifica os fins de justiça do processo deve ser declarada ('pas de nullité sans grief'). Precedentes: REsp 1.157.788/MG, Min. **Benedito Gonçalves**, DJe 11/05/2010; AgRg no REsp 1.157.760/MT, Min. **Herman Benjamin**, DJe 04/03/2010, REsp 1.129.574/MG, Min. **Castro Meira**, DJe 29/04/2010, REsp 983.155/SC, Min. **Eliana Calmon**, DJe 01/09/2008.

4. 'In casu', a exequente não informou ao juízo se havia real possibilidade de prosseguir a execução durante os mais de 7 (sete) anos após seu pedido de suspensão da execução, diante da inexistência de bens penhoráveis.

5. O conflito caracterizador da lide deve estabilizar-se após o decurso de determinado tempo sem movimentação, pela parte interessada, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes, uma vez que a prescrição indefinida afronta os princípios informadores do sistema tributário.

6. Paralisado o processo por mais de 5 (cinco) anos impõe-se o reconhecimento da prescrição.

7. Recurso especial desprovido (STJ, REsp 1.190.292/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe de 18/08/2010).

Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Inexistência. *Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Art. 40, § 4º, da Lei 6.830/80. Ausência de intimação prévia da Fazenda Pública. Ausência de prejuízo. Nulidade suprida. Princípios da celeridade processual, instrumentalidade das formas e pas des nullités sans grief. Precedentes.*

1. Não havendo no acórdão omissão, contradição ou obscuridade capaz de ensejar o acolhimento da medida integrativa, tal não é servil para forçar a reforma do julgado nesta instância extraordinária.

2. *Conforme asseverado pelo Tribunal de origem, muito embora o juízo de primeiro grau não tenha intimado previamente a exeqüente, não houve qualquer prejuízo para a Fazenda Pública na hipótese. Dessa forma, em não havendo prejuízo demonstrado pela Fazenda Pública, não há que se falar em nulidade da sentença, e nem, ainda, em cerceamento de defesa, o que se faz em homenagem aos princípios da celeridade processual, instrumentalidade das formas e pas des nullités sans grief. Precedentes.*

3. Recurso especial não provido (STJ, REsp 1.217.291/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 03/02/2011).

Tributário. Processual Civil. *Prescrição intercorrente. Decretação. Intimação da decisão que determinou a suspensão a pedido do órgão público e arquivamento da execução. Desnecessidade. Oitiva da Fazenda Pública antes da decretação da prescrição intercorrente. Ausência de demonstração de prejuízo nas razões da apelação.*

1. *Esta Egrégia Corte tem decidido que são prescindíveis as intimações da Fazenda Pública das decisões que suspendem ou determinam o arquivamento do feito executório, a pedido do próprio órgão público. Precedentes.*

2. *A ausência de intimação da Fazenda, para seu pronunciamento, antes de decretar-se a prescrição intercorrente, tem sido reconhecida nos casos em que o órgão público demonstra o efetivo prejuízo nas razões do recurso de apelação, o que não ocorreu no caso em debate (pas de nullité sans grief).*

3. Agravo regimental não provido (STJ, AgRg no AREsp 10.703/RS, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 02/12/2011).

Conclusão

Em relação à primeira tese, diferentemente do entendimento proposto pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, considero indispensável a determinação judicial de suspensão do curso da execução fiscal. De outro lado, embora concorde com o Ministro *Herman Benjamin*, no sentido de que a suspensão da execução demanda ato judicial, entendo não ser razoável adotar, como critério para a constatação da denominada “suspensão-crise” da execução, para os fins do art. 40 da Lei 6.830/80, a medida de determinação judicial de indisponibilidade de bens, prevista no art. 185-A do CTN, incluído pela Lei Complementar 118/2005, bem como a impossibilidade do redirecionamento do feito executivo.

No tocante à segunda tese, apresento apenas alguns ajustes na sua redação, para compatibilizá-la à proposta por mim apresentada à primeira tese.

Quanto à terceira tese, também apresento simples ajustes na sua redação, porque o prazo de duração da prescrição intercorrente depende da natureza da dívida ativa.

Na quarta tese, com a qual igualmente concordo, apenas sugiro acrescentar expressa referência ao art. 278 do CPC/2015, que corresponde ao art. 245 do CPC/73.

Portanto, para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, proponho as alterações a seguir, nas teses propostas pelo Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, observada a numeração constante da ementa elaborada por Sua Excelência:

Primeira tese:

4.1.a) O termo *a quo* do prazo de 1 (um) ano de suspensão da execução fiscal é a data da ciência da Fazenda Pública acerca do ato do juiz que suspender o processo, nos termos do art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80, não sendo necessária a intimação da exequente acerca da suspensão por ela mesma requerida, hipótese em que o termo *a quo* do referido prazo corresponde à data de protocolo do requerimento de suspensão.

4.1.b) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005, o prazo da prescrição ordinária, no período da redação original do inciso I do parágrafo único do art.

174 do CTN, interrompia-se pela citação válida do devedor (por carta, por oficial de justiça ou por edital). Nessa hipótese, depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá o curso da execução.

4.1.c) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa não tributária, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80, assim como em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar 118/2005, que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, a interrupção da prescrição ordinária opera-se com o despacho de citação. Nessa hipótese, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá a execução.

Segunda tese:

4.2) Decorrido o prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo, inicia-se automaticamente o prazo de prescrição, durante o qual o processo deveria estar arquivado, sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 6.830/80, findo o qual o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

Terceira tese:

4.3) A efetiva constrição patrimonial é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável, deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, encontrados e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.

Quarta tese:

4.4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1.a, onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Aplicação das teses ao caso concreto

Aplicando-se ao caso as teses propostas, seja pelo Ministro Relator, seja por mim, tem-se que a irresignação não deve prosperar, porquanto decidiu o Tribunal *a quo* de acordo com os posicionamentos que se sugere sejam adotados neste Recurso Especial repetitivo.

No caso, as seguintes premissas fáticas são incontroversas nos autos: em 30/07/2001, foi proferido o despacho ordenador da citação (fl. 15e); em 01/12/2001, foi realizada a citação pelos Correios (fl. 18e); em 24/06/2002, a Fazenda Pública credora requereu a suspensão do feito, por 120 dias, a fim de efetuar diligências (fl. 24e); em 02/07/2002, o Juiz determinou a suspensão do curso da execução por 1 (um) ano, com fundamento no art. 40 da Lei 6.830/80 (fl. 30e); em 31/07/2002, a exequente tomou ciência acerca do ato de suspensão da execução (fls. 31/32e). É igualmente incontroverso que, no curso do processo, foram deferidas e realizadas diligências inúteis (fls. 35/58e). Em 29/11/2010, o magistrado proferiu a sentença, na qual decretou a prescrição intercorrente (fls. 88/90e), entendimento esse corretamente mantido, pelo Tribunal de origem, no acórdão recorrido (fls. 156/157e).

Com efeito, constata-se que, na hipótese dos autos, o juiz cumpriu exatamente o que determina o art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80. Proferiu decisão determinando a suspensão do feito, observando, por conseguinte, a primeira tese por mim ora proposta. A Fazenda Nacional teve ciência desse ato e, posteriormente, requereu diligências que, deferidas, mostraram-se, todavia, inúteis para a satisfação do crédito tributário, durante o transcurso do prazo prescricional. Daí a adequada e escorreita conduta do Magistrado de 1º Grau, na condução do processo de execução fiscal.

Ante o exposto, embora por fundamentos diversos, quanto à primeira tese apresentada pelo Relator, e com proposta de ajuste redacional das demais teses por ele formuladas, conforme enunciadas no tópico de conclusão do presente voto, para os fins do art. 1.040 do CPC/2015, no caso concreto acompanho o Ministro Mauro Campbell Marques, para negar provimento ao Recurso Especial.

É como voto.

QUESTÃO DE ORDEM

O Sr. Ministro Sérgio Kukina: *Proponho aos eminentes pares* uma reflexão acerca da constitucionalidade do artigo 40 da Lei 6.830/80, no que tratou da

hipótese de suspensão/interrupção da prescrição em matéria tributária, nos moldes a seguir expostos.

Colhe-se do voto do Em. Min. Relator a seguinte observação:

De início, registro não haver qualquer relação de prejudicialidade do presente julgamento em relação ao *RE 636.562/SC*, em repercussão geral, a ser julgado pelo STF, em razão de estar-se aqui diante de *tema puramente infraconstitucional*, além de não haver nos autos a presença de recurso extraordinário. Outrossim, o que se julgará em repercussão geral no *RE 636.562/SC* é a *constitucionalidade do prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo*, dentro da sistemática do art. 40, da LEF, o que não afeta o resultado do presente julgamento que poderá a ele ser adaptado, caso se entenda pela retirada desse prazo inicial de 1 (um) ano.

Nada obstante tal raciocínio, é fato que a questão posta no presente repetitivo diz, exatamente, com a correta interpretação a ser conferida ao art. 40 da Lei n. 6.830/80 (LEF).

Para melhor ilustração, procedo, em sua inteireza, à transcrição do mencionado dispositivo:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º - Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

§ 5º - A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei n. 11.960, de 2009)

Como se vê, os §§ 4º e 5º não constavam da redação original do artigo 40 da Lei n. 6.830/80, tendo sido acrescentados, respectivamente, pelas Leis 11.051/2004 e 11.960/2009.

O Superior Tribunal de Justiça, ao examinar casos em que se discutia a aplicação do art. 40 da Lei n. 6.830/80, ainda em sua redação original - portanto, até o § 3º antes transcrito -, sempre esposou entendimento tranquilo no sentido de que “o artigo 40 da Lei de Execução Fiscal deve ser interpretado harmonicamente com o disposto no artigo 174 do CTN, que deve prevalecer em caso de colidência entre as referidas leis [...] Isto porque é princípio de Direito Público que a prescrição e a decadência tributárias são matérias reservadas à lei complementar, segundo prescreve o artigo 146, III, “b” da CF” (*REsp 510.190/MA*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ 25/2/2004, p. 106).

Nessa mesma linha, pode-se também destacar:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Interpretação dos arts. 8º, IV, da Lei n. 6.830/80, 219, § 4º, do CPC, e 174, parágrafo único, do CTN. Precedentes.

1. Agravo Regimental contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento ofertado pela parte agravante, por reconhecer caracterizada a prescrição intercorrente.

2. *O art. 40, da Lei n. 6.830/80, nos termos em que foi admitido no ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174, do CTN.*

3. Repugnam aos princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida.

4. Após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo segurança jurídica aos litigantes.

5. *Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174, do CTN, nele não incluídos os do artigo 40, da Lei n. 6.830/80. Há de ser sempre lembrado que o art. 174, do CTN, tem natureza de Lei Complementar. Precedentes desta Corte e do colendo STF.*

6. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN. Precedentes desta Corte de Justiça e do colendo STF.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 493.165/PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 7/8/2003, DJ 24/5/2004, p. 165)

Processual Civil. Tributário. Prescrição intercorrente. Sócio-gerente. Citação. Art. 40 da Lei n. 6.830/80 e art. 174 do CTN.

- A jurisprudência da 1ª e 2ª Turmas desta Corte vem proclamando o entendimento no sentido de que o redirecionamento da execução contra o sócio deve dar-se no prazo de cinco anos da citação da pessoa jurídica, sendo inaplicável o disposto no art. 40 da Lei n. 6.830/80 que deve harmonizar-se com as hipóteses de suspensão previstas no art. 174 do CTN, de modo a não tornar imprescritível a dívida fiscal. Precedentes.

- Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, o qual tem natureza de lei complementar e, por isso, se sobrepõe à Lei de Execuções Fiscais (6.830/80), que é lei ordinária.

- Não efetivada a regular citação do contribuinte antes de transcorridos cinco anos da data da constituição definitiva do crédito tributário, por inércia do Estado exequente, a prescrição há de ser decretada.

- Agravo regimental improvido.

(*AgRg no Ag 541.255/RS*, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Segunda Turma, julgado em 16/12/2004, DJ 11/4/2005, p. 237)

Mesmo após a inclusão do § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830/80, é possível se encontrar julgados nessa mesma linha. A título ilustrativo, cabe referir:

Processual Civil e Tributário. Agravo regimental. Execução fiscal. Prescrição intercorrente. Inocorrência de sua decretação de ofício. Interpretação dos arts. 8º, IV, da Lei n. 6.830/80, 219, § 4º, do CPC, e 174, parágrafo único, do CTN. Precedentes.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento ofertado pela parte agravante por reconhecer caracterizada a prescrição intercorrente.

2. Comprovação de que, no caso vertente, inorreu decretação de ofício da prescrição intercorrente, tendo sido a mesma requerida pela parte executada.

3. O art. 40 da Lei n. 6.830/80, nos termos em que foi admitido no ordenamento jurídico, não tem prevalência. A sua aplicação há de sofrer os limites impostos pelo art. 174 do CTN. Repugnam os princípios informadores do nosso sistema tributário a prescrição indefinida. Após o decurso de determinado tempo sem promoção da parte interessada, deve-se estabilizar o conflito, pela via da prescrição, impondo-se segurança jurídica aos litigantes.

4. Os casos de interrupção do prazo prescricional estão previstos no art. 174 do CTN, nele não incluídos os do art. 40 da Lei n. 6.830/80. Há de ser sempre lembrado que o art. 174 do CTN tem natureza de Lei Complementar. Precedentes desta Corte e do colendo STF.

5. A mera prolação do despacho que ordena a citação do executado não produz, por si só, o efeito de interromper a prescrição, impondo-se a interpretação sistemática do art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80, em combinação com o art. 219, § 4º, do CPC e com o art. 174 e seu parágrafo único do CTN. Precedentes desta Corte de Justiça e do colendo STF.

6. O reconhecimento da prescrição intercorrente aplica-se, também, quando ocorrer o transcurso do prazo em mais de cinco anos entre a data de desistência do procedimento administrativo e o ajuizamento da execução fiscal.

7. Não importa que a argüição da prescrição tenha sido efetuada por defensor público, visto que o mesmo foi legalmente constituído nos autos para defender a parte ora agravada.

8. Agravo regimental não provido.

(*AgRg no Ag 615.196/MG*, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 3/2/2005, DJ 21/3/2005, p. 243)

Com o passar do tempo, a jurisprudência do STJ passou a reconhecer expressamente que, findo o prazo de suspensão de 1 (um) ano sem que a Fazenda-exequente diligenciasse na persecução do crédito tributário, teria *início* o prazo prescricional intercorrente. Confira-se:

Processo Civil. Execução fiscal. Art. 40 da LEF. Suspensão. Prescrição intercorrente. Decretação de ofício. Impossibilidade.

1. Em execução fiscal, o art. 8º, § 2º, da LEF deve ser examinado com cautela, pelos limites impostos no art. 174 do CTN, de tal forma que só a citação regular tem o condão de interromper a prescrição.

2. Interrompida a prescrição, com a citação pessoal, não havendo bens a penhorar, pode o exequente valer-se do art. 40 da LEF, restando suspenso o processo e, conseqüentemente, o prazo prescricional por um ano, *ao término do qual recomeça a fluir a contagem até que se complete cinco anos*.

3. Enquanto não forem encontrados bens para a satisfação do crédito tributário, a execução deve permanecer arquivada provisoriamente (arquivo sem baixa).

4. Mesmo ocorrida a prescrição intercorrente, esta não pode ser decretada de ofício.

5. Recurso especial provido.

(*REsp 687.076/PE*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 5/4/2005, DJ 16/5/2005, p. 321)

Dito entendimento culminou com a edição da Súmula 314/STJ, assim redigida: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se

o processo por um ano, findo o qual *se inicia* o prazo da prescrição quinquenal intercorrente” (Primeira Seção, j. em 12/12/2005, DJ 8/2/2006, p. 258).

Em outros termos, o STJ, intérprete maior das normas infraconstitucionais, vislumbrou a existência, na letra dos §§ 2º e 4º do art. 40 da Lei n. 6.830/80, de causa *interruptiva* da prescrição para a cobrança do crédito tributário.

Pois bem.

A hipótese presentemente alçada à repercussão geral - *Tema 390/STF* - assim mencionada pelo Eminentíssimo Relator, restou delimitada pela Corte Suprema nos seguintes moldes:

Reserva de lei complementar para tratar da prescrição intercorrente no processo de execução fiscal.

O julgado piloto do referido tema é o *RE 636.562 - RG/SC*, cuja ementa foi assim vazada:

Constitucional. Tributário. Administrativo. Financeiro. *Prescrição intercorrente. Marco inicial. Reserva de lei complementar de normas gerais para dispor sobre prescrição. Supremacia das disposições do Código Tributário Nacional por força da Constituição.* Art. 173 do Código Tributário Nacional. Art. 40, § 4º da Lei 6.830/1980 (redação da Lei 11.051/2004). Art. 146, III, b da Constituição.

Possui repercussão geral a *discussão sobre o marco inicial da contagem do prazo de que dispõe a Fazenda Pública para localizar bens do executado, nos termos do art. 40, § 4º da Lei 6.830/1980.*

(g.n. - *RE 636.562 RG/SC*, Relator Min. Joaquim Barbosa, julgado em 21/04/2011, Acórdão Eletrônico DJe-228 divulg 30/11/2011 public 01/12/2011)

Atualmente, o referido recurso extraordinário encontra-se sob a relatoria do Ministro Roberto Barroso, ainda não pautado para julgamento.

Do inteiro teor do voto condutor do julgamento em que reconhecida a repercussão geral, destaca-se o seguinte excerto:

Entendo que a matéria constitucional versada nestes autos possui repercussão geral.

Esta Corte tem examinado uma série de controvérsias que envolvem a caracterização do papel que as normas gerais em matéria tributária têm no sistema constitucional. Dentre outros assuntos relevantes, o Supremo Tribunal Federal reconheceu a existência de reserva de lei complementar para dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária (SV 8) e sobre responsabilidade

tributária (RE 562.276, rel. min. Ellen Gracie, Pleno, DJe de 10.02.2011, sem prejuízo das violações materiais).

No caso em exame, discute-se qual deve ser o marco inicial para a contagem do prazo de que dispõe a Fazenda Pública para encontrar e indicar bens do executado: o despacho que determina a suspensão do processo ou a data calculada pela aplicação do prazo de um ano após o arquivamento da ação de execução fiscal.

A matéria tem alçada constitucional, na medida em que a Constituição estabelece ser reservada lei complementar para dispor sobre prescrição e decadência em matéria tributária (art. 146, III, b da Constituição). Neste caso, a incompatibilidade entre a lei ordinária e a lei complementar se resolve diretamente com base no texto constitucional, e não com as regras de vigência e revogação aplicáveis indistintamente a todas as normas jurídicas, com base na Lei de Introdução ao Código Civil.

Ademais, os fundamentos que forem adotados para este precedentes condicionarão o exame de outras questões que envolvam estabelecimento da sistemática de reconhecimento judicial de prescrição e de decadência.

Logo, conforme delineado pela Corte Suprema ao reconhecer a repercussão geral do *Tema 390/STF*, a Lei Maior estabeleceu a necessidade de lei complementar em matéria de decadência e prescrição tributárias - art. 146, III, b, da CF/88.

Com efeito, a norma inserta no art. 40 da Lei n. 6.830/80 revela-se de cunho *misto*: a um só tempo trata de questões procedimentais (p. ex.: suspensão e arquivamento do processo e intimação do ente exequente) tanto quanto dispõe sobre aspectos de ordem material tributária, particularmente no que respeita ao estabelecimento de marcos de suspensão e de interrupção da prescrição relativa à cobrança do crédito tributário.

No tocante às primeiras questões, resta clara a inexistência de qualquer óbice ao regramento desses temas pela norma ordinária. No entanto, em relação à segunda questão (prescrição intercorrente, no que interessa ao núcleo do repetitivo em apreciação), parece inexistir espaço para se afastar a incidência da sobredita regra constitucional, alusivamente à reserva de disciplina por meio de lei complementar.

Assim, sob esse viés, resta claro que o fato de a prescrição intercorrente ser decretada *no curso do processo executivo fiscal* não desnatura a natureza material tributária do instituto, não perfazendo, assim, *discrímen* suficiente para dissociá-la da exigência constitucional de regramento via norma complementar.

Em outra oportunidade, semelhante à dos presentes autos, a Corte Especial do STJ já foi instada a se manifestar sobre a constitucionalidade dos arts. 2º, § 3º, e 8º, § 2º, da mesma Lei n. 6.830/80, tendo concluído pela inconstitucionalidade de referidos dispositivos legais, ao exato e certo fundamento de que a disciplina da prescrição e da decadência, em matéria tributária, está sob reserva de lei complementar. Confirma-se a ementa desse julgado:

Constitucional. Tributário. Incidente de inconstitucionalidade dos artigos 2º, § 3º, e 8º, § 2º, da Lei 6.830/80. Prescrição. Reserva de lei complementar.

1. Tanto no regime constitucional atual (CF/88, art. 146, III, b), quanto no regime constitucional anterior (art. 18, § 1º da EC 01/69), as normas sobre prescrição e decadência de crédito tributário estão sob reserva de lei complementar. Precedentes do STF e do STJ.

2. Assim, são ilegítimas, em relação aos créditos tributários, as normas estabelecidas no § 2º, do art. 8º e do § 3º do art. 2º da Lei 6.830/80, que, por decorrerem de lei ordinária, não podiam dispor em contrário às disposições anteriores, previstas em lei complementar.

3. Incidente acolhido.

(AI no Ag 1.037.765/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Corte Especial, DJe 17/10/2011)

Do voto-condutor desse julgamento, convém reproduzir o seguinte excerto, que concluiu pela inconstitucionalidade de lei ordinária (Lei 6.830/80), no que regulou hipóteses de *interrupção e suspensão de prescrição em matéria tributária*:

4. As mesmas razões adotadas pelo STF para declarar a inconstitucionalidade do parágrafo único do artigo 5º do Decreto-Lei 1.569/1977 determinam a *inconstitucionalidade*, em relação aos créditos tributários, do § 2º, do art. 8º, da Lei 6.830/80 (que cria hipótese de interrupção da prescrição), bem como do § 3º, do art. 2º, da mesma Lei (no que se refere à hipótese de suspensão da prescrição). O reconhecimento da inconstitucionalidade deve ser parcial, sem redução de texto, já que os referidos dispositivos preservam sua validade e eficácia em relação a créditos não tributários objeto de execução fiscal. Reafirma-se, com isso, a jurisprudência tradicional do STJ sobre a matéria, conforme acima registrado. [grifo nosso]

Ante o exposto, com fundamento nos arts. 97 da Constituição Federal e 948 do CPC/2015, proponho ao douto Colegiado seja suscitado o *incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial*, tendo por objeto o art. 40, *caput*, in

fine, e §§ 2º e 4º da Lei n. 6.830/80 (LEF), procedendo-se na forma estabelecida no art. 200 do RISTJ.

É o voto.

VOTO-VOGAL

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Senhor Presidente, também vou pedir vênua ao Ministro *Sérgio Kukina* para acompanhar o Relator, rejeitando a questão de ordem.

O voto do Ministro *Mauro Campbell Marques* – que é, em parte, transcrito no voto do Ministro *Sérgio Kukina*, na questão de ordem – faz considerações a respeito do recurso extraordinário afetado, no regime da repercussão geral, pelo Supremo Tribunal Federal, mas demonstra que isso não impediria o julgamento da matéria, examinando a questão, à luz da legislação infraconstitucional.

Por outro lado, entendo que, efetivamente, o encaminhamento dos autos à Corte Especial, para exame da alegada inconstitucionalidade dos §§ 2º e 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, não seria necessário para o julgamento da matéria ora discutida, em nível infraconstitucional, mesmo porque o próprio Ministro *Sérgio Kukina* demonstra que a questão da prescrição tributária tem sido interpretada, não só pelo Supremo Tribunal Federal, como também pelo Superior Tribunal de Justiça, sempre compatibilizando e harmonizando o art. 40 da Lei 6.830/80 com o art. 174 do Código Tributário Nacional.

Peço vênua, assim, para acompanhar o Ministro Relator, na questão de ordem, mesmo porque esse processo foi afetado como repetitivo há muito tempo e há milhares de processos que estão sobrestados, na origem, aguardando julgamento dessa questão.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro *Sérgio Kukina*: Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado pela *Fazenda Nacional*, com base no art. 105, III, *a*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região (fls. 176/180), que manteve sentença de extinção de execução fiscal ante a ocorrência de prescrição intercorrente, aos seguintes fundamentos (fls. 177/178):

Verifica-se dos presentes autos que foi prolatada decisão determinando o arquivamento do processo, sem baixa, em 27-09-2005 (cf. evento n. 02,

“Decisão/23” no processo eletrônico originário), não tendo havido qualquer movimentação processual pela exequente desde então até 25-11-2010, quando interpôs embargos declaratórios contra aquela decisão de arquivamento (evento n. 02, “EMBDECL25” no processo eletrônico originário).

Ora, como decorreram mais de 05 anos, a partir da decisão que determinou o arquivamento do processo, sem movimentação processual pela exequente, e não havendo sequer notícia da incidência de qualquer causa de suspensão ou interrupção da prescrição, agiu com acerto o juiz da causa ao reconhecer de ofício a prescrição intercorrente, sendo certo que não cabe ao exequente apenas o ajuizamento da demanda, mas a persecução do executivo fiscal, o que não ocorreu no presente caso.

Por outro lado, sinal-se que a sentença foi prolatada quando a Lei n. 11.051, de 2004, já havia acrescentado o § 4º ao art. 40 da Lei n. 6.830, de 1980, aplicando-se ao caso esse dispositivo legal que tornou inequívoca a possibilidade de reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente em execução fiscal, uma vez que ele tem aplicação imediata e alcança, inclusive, as execuções ajuizadas antes mesmo de sua vigência (STJ, REsp 849.494/RS, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 25-09-2006; REsp n. 810.863/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 20-03-2006; REsp n. 794.737/RS, Rel. Min. José Delgado, DJ de 20-02-2006; REsp 1.034.251/RS, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe 15-12-2008; REsp 980.074/PE, Rel. Min. Denise Arruda, DJe 23-03-2009). Também o art. 219, § 5º, do CPC, com a redação dada pela Lei n. 11.280, de 2006, atualmente permite ao julgador pronunciar a prescrição de ofício, ainda que se trate de matéria tributária.

Enfim, quanto à alegação de inobservância do rito previsto no art. 40 da Lei n. 6.830, de 1980, resalto de início que esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 174 do CTN, o qual limita o prazo de paralisação do processo em cinco anos, uma vez que a prescrição e a decadência tributária são matérias reservadas à lei complementar (art. 146, III, “b”, da Constituição Federal). Registro, ainda, que a ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (§ 1º), ou o arquivamento (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (§ 4º), não acarreta qualquer prejuízo à exequente, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo, inclusive em razões de apelação, o que aqui não fez. Não havendo prejuízo demonstrado pela União, não há falar em nulidade (STJ, REsp 1.157.175/MG, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, 2ª Turma, DJe 01-09-2010; TRF4, AC 2005.04.01.033820-0, 1ª Turma, Relator Wilson Darós, DJU 09-11-2005; AgAC n. 0008389- 22.2001.404.7200/SC, Des. Federal Álvaro Eduardo Junqueira, 1ª Turma, DJe 29-06-2011).

Opostos embargos declaratórios, foram rejeitados (fls. 198/201).

Aponta a Fazenda violação ao art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80. Em resumo, sustenta que “A tese, defendida pelo TRF da 4ª Região, de que a prescrição intercorrente possa configurar-se independentemente do marco inicial fixado pelo artigo 40, § 4º, da LEF, é absolutamente contrária à lei e à jurisprudência dominante [...] O artigo 40 da LEF prevê que a execução fiscal será suspensa pelo prazo de um ano antes do seu arquivamento sem baixa [...] Assim, somente depois de um ano de suspensão é que se faz aplicável o § 2º do artigo 40, quando então começa a contagem do prazo para a verificação da prescrição intercorrente (§ 4º)” (fl. 208), fazendo, no ponto, referência à Súmula 314/STJ. Defende a não ocorrência da prescrição intercorrente no caso, pois “o prazo [...] deve ser contado a partir da decisão que ordenar o arquivamento [...] *In casu*, tal decisão remonta a 05/08/2003 (fl. 50) [...] Dessarte, foi de todo descabida a intimação da União, em 30/04/2008 (fl. 54/verso) [...] Isso porque não haviam decorrido cinco anos desde a decisão que ordenou o arquivamento” (fl. 210). Acrescenta, ainda, que “para que se configure a prescrição intercorrente, exige-se o transcurso de cinco anos de inércia da parte exequente [...] Toda e qualquer manifestação da exequente nos autos compromete a caracterização da inércia, não sendo necessário que, de tal manifestação, decorra um imediato impulso à execução [...] Note-se que, grosso modo, todo e qualquer ato da exequente no processo executivo é tendente à realização do seu crédito” (fls. 210/211).

O recurso especial foi inadmitido na origem (fls. 220/221).

Em 21/8/2012, o Em. Relator, Ministro *Mauro Campbell Marques*, proferiu decisão dando provimento ao agravo para determinar sua conversão em recurso especial (fls. 255/256). Nesse mesmo *decisum*, determinou o processamento do feito pela sistemática dos recursos repetitivos, tendo-se ali definido as questões relevantes a se decidirem à luz do art. 543-C do CPC/73, vigente à época, a saber (fl. 256):

- a) Qual o pedido de suspensão por parte da Fazenda Pública que inaugura o prazo de 1 (um) ano previsto no art. 40, § 2º, da LEF;
- b) Se o prazo de 1 (um) ano de suspensão somado aos outros 5 (cinco) anos de arquivamento pode ser contado em 6 (seis) anos por inteiro para fins de decretar a prescrição intercorrente;
- c) Quais são os obstáculos ao curso do prazo prescricional da prescrição prevista no art. 40, da LEF;
- d) Se a ausência de intimação da Fazenda Pública quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, § 1º), ou o arquivamento (art.

40, § 2º), ou para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, § 4º) ilide a decretação da prescrição intercorrente.

Aberta vista ao Ministério Público Federal (fl. 258), o *Parquet* manifestou-se pelo conhecimento e pelo desprovimento do recurso especial (fls. 262/270). Do parecer ministerial, podem-se colher os seguintes excertos (fls. 267/268):

No caso em tela, observa-se que foram respeitadas pela Corte de origem todas as formalidades legais para o reconhecimento de ofício da prescrição intercorrente. Embora o processo tenha sido regularmente suspenso por um ano, e somente arquivado após a tentativa frustrada de bloqueio de eventuais aplicações financeiras, a prescrição intercorrente foi decretada após ouvida a Fazenda Pública, com preconiza o art. 40, § 4º, da Lei n. 6.830/80, com redação dada pela Lei n. 11.051/2004: “Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”.

Impende ainda considerar que, de acordo com a legislação de regência e com o posicionamento já consolidado no âmbito desse Egrégio Sodalício, a ausência de intimação do despacho que determina o arquivamento da execução fiscal não ilide a decretação da prescrição intercorrente. Está correto, portanto, o entendimento da Corte *a quo*, ao deliberar: “a ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (§ 1º), ou o arquivamento (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da decisão que decreta a prescrição intercorrente (§ 4º), não acarreta qualquer prejuízo à exequente, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo, inclusive em razões de apelação, o que aqui não fez” (fls. 158 e-PGR).

Destarte, não comprovado o prejuízo eventualmente sofrido pela Fazenda Nacional, não há nulidade na decretação da prescrição intercorrente.

Em 26/11/2014, o feito foi levado a julgamento nesta Eg. Primeira Seção. O ministro relator apresentou voto pelo *não provimento* do recurso especial da *Fazenda Nacional*. Nessa oportunidade, S. Exa. assim propôs as “Teses julgadas para efeito do art. 543-C, do CPC”:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar

arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo* requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;

4.4) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

O Exmo. Ministro *Herman Benjamin* pediu vista antecipada dos autos.

Retomado o julgamento em 9/11/2016, o Em. Ministro *Herman Benjamin* proferiu voto-vista, pelo qual propôs as seguintes teses:

1ª tese – a suspensão da Execução Fiscal:

a) não é automática, mas depende da constatação, pelo magistrado responsável pela condução do processo, de situação de crise (“suspensão-crise”), isto é, de que o processo não possui condições regulares de prosseguimento, uma vez que tanto o Poder Judiciário quanto a parte interessada (Fazenda Pública credora) não possuem meios para localizar o devedor ou bens passíveis de constrição;

b) o contexto que objetivamente caracteriza a denominada “suspensão-crise” é aquele em que houve citação por edital (não localização do devedor) e/ou resultou negativa a diligência prevista no art. 185-A do CTN, e no qual se mostrou, pelas mesmas razões, infrutífero o redirecionamento.

2ª tese – quanto à aplicação prática do art. 40 da LEF:

a) proferido o despacho de suspensão da Execução Fiscal por um ano, *para os fins do art. 40 da LEF*, será obrigatoriamente dada *vista à Fazenda Pública*, a partir de quando terá início o prazo de um ano;

b) caso a Fazenda credora, intimada do insucesso da medida prevista no art. 185-A do CTN, se antecipe ao juiz e requeira a suspensão do art. 40 da Lei 6.830/1980, será dispensada a respectiva intimação, e o transcurso do prazo de um ano terá início com a data do protocolo da petição, ou do lançamento da respectiva cota nos autos;

c) vencido o prazo da prescrição intercorrente, o juiz, antes de decretá-la de ofício, oportunizará à Fazenda Pública a demonstração de que ocorreu causa suspensiva ou interruptiva da prescrição;

d) a falta de intimação relativa ao item anterior, desde que tenha sido efetuada ao menos a intimação do despacho que suspendeu a Execução Fiscal, somente

ensejará a anulação da sentença de extinção do feito caso a Fazenda Pública comprove o prejuízo sofrido (*pas de nullité sans grief*).

3ª tese – *relativa às medidas que obstem a fluência do prazo da prescrição intercorrente:*

a) somente a constrição efetiva (penhora ou arresto), que opera com efeito retroativo à data do protocolo da petição que a requereu, tem o condão de obstar a fluência do prazo de prescrição intercorrente;

b) a medida judicial acima suspende a fluência da prescrição intercorrente, a qual terá o seu prazo retomado, *pelo período restante*, quando a autoridade judicial cassá-la (por irregularidade) ou revogá-la (por constatar sua inutilidade);

c) *igualmente surtirá efeito suspensivo ou interruptivo a demonstração da superveniência, no curso do prazo da prescrição intercorrente, de uma das hipóteses listadas nos arts. 151 ou 174 do CTN (depósito integral e em dinheiro, em demanda que discute a exigibilidade do tributo, concessão de liminar ou antecipação de tutela, parcelamento, reconhecimento extrajudicial do débito, etc.).*

O Ministro *Mauro Campbell Marques*, então, apresentou aditamento a seu voto, propondo revisão na redação das teses inicialmente apresentadas nos seguintes termos:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva *constrição patrimonial* é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo* requerendo a feita da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo - mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;*

4.4) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Nessa mesma assentada, pediu vista a Exma. Ministra *Assusete Magalhães*.

Na sessão de 22/2/2018, a Em. Ministra *Assusete Magalhães* proferiu seu voto-vista, tendo assim sumariado suas conclusões:

4.1.a) O termo *a quo* do prazo de 1 (um) ano de suspensão da execução fiscal é a data da ciência da Fazenda Pública acerca do ato do juiz que suspender o processo, nos termos do art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80, não sendo necessária a intimação da exequente acerca da suspensão por ela mesma requerida, hipótese em que o termo *a quo* do referido prazo corresponde à data de protocolo do requerimento de suspensão.

4.1.b) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005, o prazo da prescrição ordinária, no período da redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, interrompia-se pela citação válida do devedor (por carta, por oficial de justiça ou por edital). Nessa hipótese, depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá o curso da execução.

4.1.c) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa não tributária, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80, assim como em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar 118/2005, que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, a interrupção da prescrição ordinária opera-se com o despacho de citação. Nessa hipótese, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá a execução.

4.2) Decorrido o prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo, inicia-se automaticamente o prazo de prescrição, durante o qual o processo deveria estar arquivado, sem baixa na distribuição, na forma do art., §§ 2º, 3º e 4º, da Lei 6.830/80, findo o qual o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato.

4.3) A efetiva constrição patrimonial é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável, deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, encontrados e penhorados os bens, a qualquer tempo - mesmo depois de escoados os referidos prazos -, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência infrutífera.

4.4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1.a, onde o prejuízo é presumido), por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Após a prolação do voto-vista da Em. Ministra *Assusete Magalhães*, o Em. Ministro Relator manifestou-se oralmente pelo acolhimento das alterações propostas com relação aos itens *4.1.b, 4.1.c, 4.3 e 4.4*.

Pedi, então, vista dos autos para uma melhor análise das propostas apresentadas.

Em 20/6/2018, apresentei questão de ordem pela instauração de incidente de inconstitucionalidade perante a Corte Especial, tendo por objeto o art. 40, caput, in fine, e §§ 2º e 4º da Lei n. 6.830/80, a qual restou rejeitada pela maioria dos pares naquela mesma assentada.

Passo, portanto, à análise do mérito do especial apelo.

O art. 40 da Lei n. 6.830/80 assim dispõe:

Art. 40 - O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.

§ 1º - Suspenso o curso da execução, será aberta vista dos autos ao representante judicial da Fazenda Pública.

§ 2º - Decorrido o prazo máximo de 1 (um) ano, sem que seja localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, o Juiz ordenará o arquivamento dos autos.

§ 3º - Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.

§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato. (Incluído pela Lei n. 11.051, de 2004)

§ 5º A manifestação prévia da Fazenda Pública prevista no § 4º deste artigo será dispensada no caso de cobranças judiciais cujo valor seja inferior ao mínimo fixado por ato do Ministro de Estado da Fazenda. (Incluído pela Lei n. 11.960, de 2009)

Adianto que acompanho a conclusão do Em. Relator em negar provimento ao recurso especial da *Fazenda Nacional*.

Procedo, adiante, ao exame particularizado das teses a serem consolidadas neste julgamento repetitivo.

Tese 1: Sobre o termo *a quo* da suspensão da prescrição:

O art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80 estabelece que: “O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto *não for localizado o devedor* ou *encontrados bens* sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.”

O Em. *Relator* propõe que o termo inicial da suspensão prevista no *caput* do art. 40 da Lei 6.830/80 seja a *data da ciência* da Fazenda Pública sobre a não localização do devedor ou de bens penhoráveis.

Em seu voto-vista, o Em. Min. *Herman Benjamin* ponderou quanto à necessidade de configuração de situação ensejadora de “suspensão-crise” do executivo fiscal, a qual se caracterizaria quando: a) realizada a citação por edital; ou b) infrutífera fosse a indisponibilidade dos bens do art. 185-A do CTN; ou c) infrutífero fosse o redirecionamento da execução fiscal, sendo necessária, para tanto, *decisão do juiz* suspendendo o processo; sendo, após, aberta *vista à Fazenda exequente*, a partir de quando terá início o prazo de um ano.

Salientou, ainda, que, no caso em que o próprio ente exequente pleiteasse a suspensão do processo, o marco inicial seria a data desse *requerimento*.

Por sua vez, também após vista dos autos, a Em. Ministra *Assusete Magalhães* posicionou-se no sentido de o marco inicial da suspensão ser a *data da ciência da Fazenda Pública acerca do ato do juiz que suspender o processo*; ou a *data do requerimento* na hipótese de a suspensão ter-se dado a pedido da Fazenda exequente.

S. Exa. igualmente fez importantes observações quanto à natureza das dívidas em cobro nos executivos fiscais; o marco interruptivo para fins de configuração da prescrição intercorrente e as situações processuais que dariam ensejo à suspensão do processo executivo fiscal.

Resumidamente, em se tratando de *execução fiscal de dívida tributária cujo despacho citatório tenha sido proferido antes da LC 118/2005*, o marco interruptivo somente se dava com a citação válida do devedor, daí por que, nesses casos, a suspensão do processo somente tem lugar na hipótese em que não encontrados bens penhoráveis.

Nas *execuções fiscais de dívidas tributárias cujo despacho citatório tenha sido proferido após a LC 118/2005*, ambas as hipóteses ensejadoras da suspensão da prescrição - não localização *do devedor* ou *de bens penhoráveis* - serão consideradas para o caso de suspender o prazo prescricional.

No caso de *dívidas não tributárias*, o despacho que ordena a citação sempre se constituiu em marco interruptivo da prescrição (mesmo antes da LC 118/2005), de modo que a suspensão do processo terá lugar quando frustrada a tentativa de citação ou de localização de bens penhoráveis.

Pois bem.

O art. 40, *caput*, da Lei 6.830/80 estabelece que “O Juiz suspenderá o curso da execução, enquanto não for localizado o devedor ou encontrados bens sobre os quais possa recair a penhora, e, nesses casos, não correrá o prazo de prescrição.”

Com a devida vênia aos entendimentos contrários, tenho que, em atenção ao ditame legal, e também à segurança jurídica, parece-me mais apropriado que o *marco inicial* para a suspensão do lustro prescricional por um ano se dê com a *ciência da decisão do magistrado* que a determina. Com efeito, desse *decisum*, imperiosa a *intimação do exequente*, na forma preconizada pelo art. 25, parágrafo único, da Lei 6.830/80 (“*Art. 25* - Na execução fiscal, qualquer intimação ao representante judicial da Fazenda Pública será feita pessoalmente [...] *Parágrafo Único* - A intimação de que trata este artigo poderá ser feita mediante vista dos autos, com imediata remessa ao representante judicial da Fazenda Pública, pelo cartório ou secretaria”).

Por outro lado, considerando que a execução deve ser feita no interesse do credor, *cabe ao magistrado avaliar concretamente* se o feito se encontra em situação de paralisação a ensejar a benesse legal da suspensão do prazo prescricional.

Assim, no tocante à *primeira tese*, concordo com as observações propostas pelos eminentes pares que me antecederam em vista dos autos, assim sumariadas:

(i) necessária decisão do juiz determinando a suspensão do feito executivo, em atenção à primeira parte do art. 40 da Lei n. 6.830/80, sendo a intimação pessoal do ente público, acerca da decisão de suspensão do feito, o marco inicial do prazo de um ano de suspensão da prescrição;

(ii) em relação às execuções fiscais de dívidas tributárias cujo despacho citatório tenha sido anterior à LC 118/2005, somente se poderá falar em prescrição intercorrente após a *citação válida*, sendo certo que, nesses casos, a suspensão do art. 40 da LEF terá lugar apenas na hipótese de não se encontrarem bens penhoráveis;

(iii) para a cobrança das dívidas não tributárias, hipótese em que o despacho ordenador da citação sempre foi o marco interruptivo da prescrição

(art. 8º, § 2º, da Lei n. 6.830/80), serão válidos ambos os parâmetros (devedor não encontrado ou inexistência de bens penhoráveis) para a suspensão do feito executivo; e

(iv) necessária a configuração de situação de crise processual na ação executiva *a ser aferida pelo magistrado condutor do feito* para fins de decretação da suspensão por no máximo um ano (§ 2º do art. 40 da Lei n. 6.830/80).

Tese 2: Como se dará a contagem do prazo prescricional após a suspensão do processo executivo fiscal

O *Relator* propõe que, findo o prazo de suspensão da prescrição por um ano, os autos serão automaticamente arquivados - independentemente de petição da Fazenda ou de despacho do juiz nesse sentido - e, por conseguinte, tem início o lustro prescricional intercorrente.

Os Em. Ministros prolores de votos-vista acompanharam o *Relator* nesse particular.

De minha parte, restei vencido na questão de ordem apresentada em 20/6/2018, relativa à constitucionalidade do artigo 40 da Lei 6.830/80, no que tratou da hipótese de suspensão/interrupção da prescrição em matéria tributária.

Assim, à luz do que já restou sumulado por esta Corte Superior (*Súmula 314/STJ*: “Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual *se inicia* o prazo da prescrição quinquenal intercorrente” - Primeira Seção, julgado em 12/12/2005, DJ 08/2/2006, p. 258), *acompanho o Relator* no ponto.

Tese 3: Obstáculos ao curso do prazo prescricional intercorrente

Concordo com o posicionamento do Em. *Relator* no sentido de que as diligências inúteis *não* são aptas a *descharacterizar a inércia da exequente*, pelo que, nesses casos, o prazo prescricional continua a correr.

Apenas a penhora efetiva é apta a afastar ou levantar a aplicação do art. 40 da LEF, prosseguindo-se, normalmente, na execução fiscal. Em outros termos: ocorrendo penhora efetiva, seja antes da decretação da suspensão do art. 40 da LEF, seja no período em que suspenso ou arquivado o feito, não há se falar em prescrição intercorrente.

Isso porque, em verdade, *a efetivação da penhora descharacteriza a inércia do exequente, o que obsta a decretação da prescrição intercorrente*.

Destaco, outrossim, que concordo com as ponderações realizadas pelos eminentes pares no sentido de que, se o ente exequente pleitear diligência ainda

no lustro prescricional, *não* se pode extinguir o feito executivo pela prescrição ainda que o cumprimento exitoso da referida diligência ocorra após o transcurso do referido prazo.

Realmente, aplicável por analogia a mesma inteligência da Súmula 106/STJ: “Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência” (Corte Especial, julgado em 26/5/1994, DJ 3/6/1994, p. 13.885).

Tese 4: Necessidade de intimação da Fazenda Pública e nulidade de atos judiciais no processo executivo fiscal.

Com relação à *quarta tese*, a decisão de afetação propunha responder o seguinte questionamento: “Se a ausência de intimação da Fazenda Pública quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal (art. 40, § 1º), ou o arquivamento (art. 40, § 2º), ou para sua manifestação *antes da decisão* que decreta a prescrição intercorrente (art. 40, § 4º) ilide a decretação da prescrição intercorrente.”

Já se firmou, alhures, o entendimento de que: a) necessária a intimação da Fazenda Exequente acerca da decisão de suspensão do feito por um ano; e b) desnecessária a intimação prévia do ente público quanto ao arquivamento do feito, já que ocorrerá logo que terminado o prazo de um ano de suspensão.

Resta apenas, portanto, averiguar a necessidade de *intimação ou não da parte exequente antes da prolação da sentença que reconhece operada a prescrição intercorrente*.

Na assentada do dia 20/6/2018, essa Colenda Primeira Seção adotou posicionamento no sentido de que o *Tema 390* (“Reserva de lei complementar para tratar da prescrição intercorrente no processo de execução fiscal”), objeto de julgamento pelo Supremo Tribunal Federal em repercussão geral reconhecida no *RE 636.562*, não obstará o exame por este STJ da questão controvertida sob o enfoque infraconstitucional.

Nesse passo, a meu sentir, a leitura do mencionado § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80 (“§ 4º Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, *depois de ouvida a Fazenda Pública*, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato”) deixa clara a *necessidade de intimação prévia da Fazenda para fins de decretação da prescrição intercorrente*.

Importante ressaltar que essa linha interpretativa vai ao encontro da jurisprudência já consolidada neste Tribunal Superior no sentido de que:

[...] em execução fiscal, a prescrição ocorrida antes da propositura da ação pode ser decretada de ofício, com base no art. 219, § 5º do CPC (redação da Lei 11.051/04), independentemente da *prévia ouvida da Fazenda Pública*.

O regime do § 4º do art. 40 da Lei 6.830/80, que exige essa providência prévia, somente se aplica às hipóteses de prescrição intercorrente nele indicadas, a saber: a prescrição intercorrente contra a Fazenda Pública na execução fiscal arquivada com base no § 2º do mesmo artigo, quando não localizado o devedor ou não encontrados bens penhoráveis.

Nos demais casos, a prescrição, a favor ou contra a Fazenda Pública, pode ser decretada de ofício com base no art. 219, § 5º, do CPC.

(REsp 1.100.156/RJ, julgado pelo rito do art. 543-C do CPC/73, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 10/6/2009, DJe 18/6/2009)

Resumo das Teses Propostas

À guisa de conclusão, proponho a seguinte releitura das teses propostas:

Tese 1: Termo a quo da suspensão da prescrição:

Se houver requerimento da exequente pela suspensão da execução fiscal, o prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/80 - LEF tem início a partir do pedido da parte.

*Se não houver requerimento da exequente, o prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º, da Lei 6.830/80 - LEF tem início com a *intimação pessoal* do ente público da *decisão judicial* que a determina, uma vez constatada pelo magistrado:*

(a) a não localização do devedor *ou* a inexistência de bens penhoráveis (execuções fiscais de dívidas não tributárias e execuções fiscais de dívidas tributárias cujo despacho citatório se deu na vigência da LC 118/2005); *ou*

(b) a inexistência de bens penhoráveis (execuções fiscais de dívidas tributárias cujo despacho citatório se deu antes da LC 118/2005);

Tese 2: Como se dará a contagem do prazo prescricional após a suspensão do processo:

Uma vez decretada a suspensão do art. 40 da LEF por decisão judicial, findo o prazo de 1 (um) ano, os autos serão automaticamente arquivados, e

o prazo prescricional intercorrente terá início, nos termos da Súmula 314/STJ (“Em execução fiscal, não localizados bens penhoráveis, suspende-se o processo por um ano, findo o qual *se inicia* o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”);

Tese 3: Obstáculos ao curso do prazo prescricional intercorrente:

Somente a efetiva constrição patrimonial é apta a descaracterizar a inércia do exequente, inviabilizando, assim, a decretação da prescrição intercorrente.

Os requerimentos feitos pelo exequente *dentro* do prazo de suspensão do feito executivo (1 ano) ou mesmo do prazo prescricional intercorrente (5 anos) deverão ser processados.

Quando a diligência, requerida *dentro* do lustro prescricional, obtiver êxito, o feito executivo *não* poderá ser extinto pela prescrição, ainda que seu cumprimento tenha-se dado somente após o transcurso desse prazo.

Tese 4: Necessidade de intimação da Fazenda e nulidade dos atos judiciais

É necessária a intimação da parte exequente acerca da suspensão do processo executivo fiscal.

Não é necessária a intimação prévia da parte exequente quanto ao arquivamento do feito após o prazo de 1 ano de suspensão.

A decretação da prescrição intercorrente pelo magistrado somente poderá ocorrer depois de ouvida a Fazenda Pública.

Solução do caso concreto:

O acórdão recorrido manteve sentença extintiva do feito executivo fiscal que assim dispôs (fls. 88/89):

I - Relatório

Por não ter sido localizado o executado e/ou bens passíveis de penhora, o curso da execução foi suspenso pelo prazo de um ano, com fulcro no artigo 40 da LEF.

Decorrido este prazo, manifestou-se o exequente requerendo expedição de ofícios a instituições financeiras para quebra de sigilo bancário, o que não resultou em movimentação útil ao feito.

Depois disso, como já havia sido suspenso o feito, determinou-se o arquivamento dos autos, nos termos dos §§ 2º e 3º do art. 40 da LEF, sem nova intimação do exequente. *O feito permaneceu arquivado por prazo igual ou superior a cinco anos.*

Posteriormente, em atenção ao acréscimo do § 4º ao artigo 40 da LEF, promovido pelo artigo 6º da Lei n. 11.051, de 29/12/2004, *determinou-se vista ao exequente para se manifestar sobre a prescrição*, tendo ele ofertado embargos de declaração, alegando haver contradição nas decisões.

II - Fundamentação

A prescrição intercorrente é aquela que ocorre durante a tramitação do processo após efetivação da citação. A ela aplicam-se os mesmos prazos e regras atinentes à prescrição ordinária relativa à espécie.

A jurisprudência se pacificou no sentido de que *a prescrição intercorrente não se suspende durante o período de arquivamento dos autos com base no § 2º, do art. 40 da LEF* (não localização do devedor ou de bens passíveis de penhora), tendo sido inclusive acrescido um § 4º ao art. 40 da LEF, pela Lei 11.051/04, v.g:

§ 4º. Se da decisão que ordenar o arquivamento tiver decorrido o prazo prescricional, o juiz, depois de ouvida a Fazenda Pública, poderá, de ofício.

É certo que *a suspensão da execução pelo art. 40 da LEF suspende o prazo prescricional, mas tão somente por um ano. Se, após esse um ano de suspensão, seguem-se diligências e atos processuais sem resultado útil - vale dizer, busca de bens sem efetivação de penhora ou novo pedido de suspensão não caberá uma nova suspensão de um ano, mas sim o arquivamento dos autos, na forma dos §§ 2º e 4º, do art. 40 da LEF, sem nova intimação do exequente.*

Não há qualquer contradição entre as decisões proferidas nos autos. A primeira determinou a suspensão do feito para posterior arquivamento; a segunda determinou diretamente o arquivamento, sem nova intimação do exequente, uma vez que já transcorrido o anuênio de suspensão e mais um período no qual se tentou localizar bens passíveis de penhora, sem êxito, porém.

Somente após o decurso de cinco anos de arquivamento dos autos é que se impõe nova oitiva do credor, nos termos do § 4º, do art. 40 da LEF, formalidade esta que restou atendida na espécie. Consumou-se a prescrição intercorrente, portanto, haja vista que, após o arquivamento do feito com base no § 2º, do art. 40 da LEF, o feito ficou paralisado por mais de cinco anos sem qualquer impulso do exequente.

Ao que se extrai dos trechos destacados na r. sentença, a decretação da prescrição intercorrente, no caso, observou os trâmites legais impostos pela norma de regência (art. 40 da Lei 6.830/80).

Assim, não logra êxito o especial apelo do ente fazendário.

Ante todo o exposto, voto por *negar provimento* ao recurso especial da *Fazenda Nacional*.

É o voto.

VOTO-VISTA

O Sr. Ministro Og Fernandes: A controvérsia posta em juízo diz respeito ao mecanismo de contagem da prescrição intercorrente da execução fiscal à luz do regramento contido no art. 40 da Lei n. 6.830/1980.

A divergência instaurada no presente julgamento, dentre as quatro teses trazidas no voto do em. Relator, consiste basicamente no conteúdo da primeira delas, qual seja sobre o momento em que se inicia a suspensão por 1 (um) ano do feito executivo após o qual começa a contagem da prescrição intercorrente, nas hipóteses em que o devedor não é localizado ou quando não são encontrados bens sobre os quais possam recair a constrição judicial.

O Ministro Herman Benjamin asseverou que a suspensão do processo compreende-se no conceito de “suspensão-crise”. Daí porque seu reconhecimento dependeria de prévia decisão judicial e do esgotamento de diligências a cargo do exequente, seja em relação à localização do devedor, cujo insucesso daria lugar à citação editalícia, seja no tocante à procura de bens suficientes para satisfazer a execução. Com base nesse raciocínio, a suspensividade estaria atrelada ao insucesso do bloqueio universal previsto no art. 185-A do CTN.

A Ministra Assusete Magalhães também se posicionou pela necessidade de decisão judicial para que ocorra a suspensão do processo. O voto divergente amparou-se nos precedentes do STJ sobre a matéria, explicitando que tal providência conferiria uma maior segurança processual ao deixar registrado nos autos o referido marco suspensivo. De acordo com Sua Excelência:

Não se pode retirar do Juiz da execução o poder-dever de dirigir o processo. Na suspensão automática, o magistrado sequer teria conhecimento de que se mostrou desprovida de êxito a tentativa de citação ou de localização de bens do executado. O feito voltaria para o cartório e repousaria incólume no escaninho, até posterior impulso do exequente, se fosse o caso. Seria autorizar uma espécie de automatização indesejável do processo de execução fiscal, à revelia da disposição do *caput* do art. 40 da Lei 6.830/80, que restaria violado.

Entendo que a melhor interpretação a ser conferida ao *caput* do art. 40 da LEF deve partir da premissa de que o prazo de 1 (um) ano de suspensão do feito possui natureza jurídica diversa daquele da prescrição intercorrente, sendo mera condição preliminar ao início do marco prescritivo.

A suspensividade pelo prazo de 1 (um) ano é medida que interfere na regular marcha do processo, sendo prerrogativa conferida à execução dos

créditos da Fazenda Pública - quando não localizados devedor ou seus bens - justificada pela complexidade da estrutura administrativa dos respectivos entes e a necessidade de permanente aperfeiçoamento dos mecanismos de cobrança estatais. O regramento disposto no *caput* do art. 40 da LEF corresponde, na realidade, a uma situação prevista para suspensão do processo, além daquelas elencadas no art. 313 do CPC/2015 (antigo art. 266 do CPC/1973), finda a qual dá-se início à prescrição intercorrente.

Já o reconhecimento da prescrição intercorrente é fato jurídico que resulta na extinção de direitos, sejam eles de cunho estritamente processual, como a pretensão de o credor executar a dívida, sejam eles dotados de natureza material, o que se observa quando o art. 156, V, do CTN explicita que o transcurso do prazo prescricional acarreta a própria extinção do crédito tributário.

Concordo com os argumentos constantes do substancioso voto proferido pela em. Ministra Assusete Magalhães, quando Sua Excelência aponta que a decisão judicial que determina a suspensão do processo mostra-se inerente ao poder-dever conferido ao magistrado de dirigir o processo. Da mesma forma, também comungo das preocupações trazidas pelo em. Ministro Herman Benjamin, no sentido de que cumpre ao juiz o gerenciamento da situação de crise processual, a fim de que verifique a presença das circunstâncias que justificam o encerramento do processo sem que se tenha concretizado a pretensão de direito material por ele instrumentalizada. Nesse contexto, a declaração judicial de suspensão do processo é medida que deveria ser editada tão logo ocorrida a situação prevista em lei para sua ocorrência. Todavia, por várias razões que aqui me abstenho de especificar, tal postura não tem sido adotada na prática, sendo incontestes a existência de milhares de execuções fiscais que se encontram paralisadas por tempo indeterminado nos escaninhos judiciais.

A questão que se põe, portanto, é a seguinte: a ausência de decisão judicial reconhecendo a suspensão do feito executivo, mesmo sendo inequívoca a existência das situações fáticas descritas na norma (não localização do devedor ou de seus bens), bem como não havendo dúvidas sobre o prazo de 1 (um) ano dessa paralisação, modifica ou interfere na contagem da prescrição intercorrente? A resposta, a meu ver, é negativa. Explico.

A doutrina processual majoritária reconhece a necessidade de o juiz manifestar-se sobre a suspensão do processo. Todavia, prevalece o entendimento de que o conteúdo desse ato judicial é meramente declaratório, pois apenas certifica a presença de uma de suas causas suspensivas.

Na lição de Humberto Theodoro Jr. (Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 58 ed. Rio de Janeiro: Forense, 2017, pp. 913-924):

Como relação jurídica complexa e dinâmica, o processo nasce, se desenvolve e se exaure, normalmente, quando atinge a sua meta, que é a composição do litígio, encontrada na sentença de mérito (nas ações de cognição) ou na satisfação do credor (na execução forçada). Entre o pedido do autor e a prestação jurisdicional do Estado nasce, vive e se extingue o processo, portanto.

Mas pode ocorrer, eventualmente, o que Carnelutti denomina crise do processo, que são obstáculos que se interpõem ao logo de seu andamento, provocando uma paralisação que impede momentânea ou definitivamente que a relação processual prossiga e atinja sua meta: são determinados acontecimentos que causam a suspensão temporária do processo ou sua extinção prematura, antes que se lograsse a composição do litígio.

[...]

A suspensão sempre depende de uma decisão judicial que a ordene, pois o comando do processo é do juiz. Essa decisão, todavia, é meramente declarativa, de sorte que, para todos os efeitos, considera-se suspenso o processo desde o momento em que ocorreu o fato que a motivou e não apenas a partir de seu reconhecimento nos autos.

O término da suspensão é automático naqueles casos em que haja um momento preciso, fixado na própria lei (como na hipótese de arguição de suspeição regulada pelo art. 146, § 2º, II), ou no ato judicial que a decretou (como no caso em que se defere a paralisação do feito por prazo determinado).

Sendo, porém, impreciso o termo da suspensão (tal como se passa em situação de motivo de força maior), a retomada da marcha e dos prazos processuais dependerá de uma nova deliberação judicial e da consequente intimação das partes.

Mesmo considerando a corrente minoritária que defende o caráter constitutivo da decisão que determina a suspensão do processo, não parece existir divergência na doutrina sobre a eficácia retroativa desse ato judicial à data do fato que a ensejou.

Destaco, nesse sentido, o posicionamento adotado por Fredie Didier Jr. (Curso de Direito Processual Civil, v. 1. 19. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 830):

A maior parte da doutrina parece confundir o conteúdo da decisão com a sua eficácia temporal: conforme vimos no capítulo sobre teoria da ação, é possível que uma decisão constitutiva produza efeitos retroativos, não sendo a limitação

temporal da eficácia da decisão um dado essencial para distingui-la da decisão declaratória.

A decisão que suspende o processo é constitutiva, pois paralisa a atividade processual, ainda que se dê a essa decisão, como corretamente se costuma dar, uma eficácia retroativa até a data da ocorrência do fato jurídico que ensejou a suspensão.

Pontes de Miranda entende que, no caso de morte da parte, do representante ou do procurador, a suspensão ocorre “desde que o juiz a conheça, com prova”, mas com eficácia retroativa.

A suspensão do processo é, ao lado da sua extinção sem resolução de mérito, manifestação daquilo que se convencionou chamar de crise do procedimento ou crise da instância, pois são situações em que o processo não atinge seu objetivo principal, que é a solução do seu objeto litigioso.

Daniel Amorim Assumpção Neves, por seu turno, arremata a constatação que proferi acima (Manual de Direito Processual Civil. 9. ed. Salvador: Jus Podivm, 2017, p. 568):

Apesar da divergência doutrinária, há um ponto de aceitação generalizada: a decisão de suspensão do processo tem eficácia *ex tunc*, ou seja, retroage à data do evento que deu causa à suspensão, devendo-se considerar desde esse momento suspenso o procedimento.

O Superior Tribunal de Justiça, ao tratar dos efeitos da decisão judicial que atesta a suspensão do processo, também reconheceu a retroatividade desse ato à data do evento que lhe deu causa. A propósito:

Processual Civil. Recurso especial. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Execução de sentença. Óbito do autor na fase de conhecimento. Habilitação dos herdeiros após o trânsito em julgado. Suspensão imediata do processo. Eficácia *ex tunc*. Prescrição da pretensão executória. Não ocorrência.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - Cinge-se a controvérsia à análise da prescrição da pretensão executória de herdeiros do autor falecido na fase de conhecimento, tendo sido formulado pedido de habilitação após o trânsito em julgado. O tribunal de origem, considerando não ter notícias acerca da suspensão do processo, concluiu que o prazo prescricional de cinco anos começa a fluir a partir do trânsito em julgado da sentença condenatória, encontrando-se prescrita, portanto, a pretensão.

III - Consoante a doutrina e a jurisprudência, ocorrendo a morte de uma das partes, a suspensão do processo é imediata, reputando-se inválidos os atos praticados após o evento, com exceção daqueles de natureza urgente, que não possam esperar a conclusão da habilitação, embora seja possível a ratificação pelos sucessores.

IV - *A suspensão do processo opera-se retroativamente, com efeitos ex tunc, porquanto é meramente declaratório o reconhecimento do evento morte, a partir de quando a parte ficou privada da faculdade de exercer plenamente sua defesa, não podendo ser prejudicada pela não comunicação imediata do fato ao juiz.*

V - Não ocorrência da prescrição da pretensão executória por ausência de previsão legal, sendo inaplicável o instituto da prescrição intercorrente a fim de limitar a habilitação dos sucessores.

VI - Recurso especial provido.

(REsp 1.657.663/PE, Rel. Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 8/8/2017, DJe 17/8/2017)

Processual Civil. Embargos infringentes em ação rescisória. Autor falecido anteriormente ao ajuizamento da demanda ordinária. Extinção do mandato. Incapacidade para ser parte. Ilegitimidade para o processo. Coisa julgada. Inexistência. Título executivo inexigível. Embargos não providos.

1. A morte do mandante extingue automaticamente os efeitos do mandato, nos termos do art. 1.316, II do CC de 1916 ou do art. 682, II do CC de 2002.

2. O art. 1.321 do Código Civil de 1916 destina-se, ordinariamente, aos mandatos extrajudiciais em que os interesses das partes e de terceiros são convergentes e não ao mandato judicial, como no presente feito, em que o terceiro - demandado na ação de conhecimento - deseja, em realidade, resistir à pretensão do falecido mandante.

3. Por sua vez, o Código Civil de 2002 em seu art. 692, expressamente, dispôs que o mandato judicial é regulado pela legislação processual e a solução encontrada no âmbito processual não difere da que prevista no art. 682, II do CC de 2002 (art. 1316, II do CC de 1916), isto é, os efeitos do mandato extinguem-se com a morte, razão pela qual se o outorgante do mandato falecer antes do ajuizamento da ação, este contrato estará extinto, devendo ser outorgados novos poderes pelo inventariante ao advogado, agora em nome do espólio (art. 12, V do CPC), sob pena de extinção do processo sem resolução do mérito, nos termos do art. 267, VI do CPC.

4. *Nos casos de morte da parte no curso do processo, também a jurisprudência desta Corte é no sentido de que a suspensão é automática, a decisão tem efeito ex tunc e eventuais atos praticados após o falecimento são nulas em razão da mesma causa: a morte do mandante extingue automaticamente os efeitos do mandato.*

Nesse sentido: REsp n. 270.191/SP, Terceira Turma, Rel. Ministro Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, DJ de 8/4/2002 e EREsp n. 270.191/SP, Corte Especial, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, DJ de 20/9/2004. Da mesma forma, recente decisão do Ministro Celso de Mello no AgReg. no Recurso Extraordinário com Agravo n. 707.037/MT, publicado no DJe n. 214, 29/10/12.

5. A morte do autor anteriormente à propositura da demanda de conhecimento é, portanto, fato jurídico relevante para se declarar a inexistência do processo judicial em relação a ele, eis que a relação processual não se angularizou, nunca existiu, não se formou validamente, à míngua da capacidade daquele autor para ser parte e, por conseguinte, extinguiu-se, ao mesmo tempo, o mandato outorgado ao advogado, carecendo a relação processual de pressuposto de desenvolvimento válido e regular, qual seja, aquele relativo à capacidade postulatória. Nesse sentido: AR n. 3.285/SC, Terceira Seção, Rel. Ministro Nilson Naves, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, DJe de 8/10/2010.

Embargos infringentes não providos.

(EAR 3.358/SC, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Rel. p/ Acórdão Ministro Felix Fischer, Terceira Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 4/2/2015)

Processual Civil. Embargos de divergência. Reexame dos requisitos de admissibilidade do recurso especial. Impossibilidade. Falecimento da parte. Suspensão imediata do processo. CPC, art. 265. Atos praticados antes da decisão judicial. Nulidade. Precedentes.

- Consoante jurisprudência pacífica deste Tribunal, os embargos de divergência não se prestam ao reexame dos requisitos de admissibilidade do recurso especial com finalidade de corrigir eventual equívoco em que possa ter incorrido o julgado embargado.

- O falecimento de qualquer das partes suspende o processo no exato momento em que se deu, invalidando os atos processuais até então praticados.

- *O despacho judicial que determina a suspensão do feito é preponderantemente declaratório, produzindo, por consequência, efeitos "ex tunc".*

- Embargos de divergência improvidos.

(EREsp 270.191/SP, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Corte Especial, julgado em 4/8/2004, DJ 20/9/2004, p. 175).

Desse modo, não obstante possa existir eventual disparidade nos julgados do STJ quanto à aplicação da teoria das nulidades processuais caso a caso - o que compreende a convalidação de atos processuais praticados de boa-fé -, há muito a orientação desta Corte Superior está firmada no sentido da eficácia retroativa do ato judicial que determina a suspensão do processo.

Na execução fiscal, a suspensão inicia quando presentes as situações descritas em lei para sua ocorrência: não localização do devedor ou de bens passíveis de constrição judicial. Já a prescrição é resultado da inércia do credor. E a inércia se caracteriza justamente quando a Fazenda, intimada da não localização do devedor ou de bens penhoráveis, nada faz de efetivo. A suspensão decorre, portanto, da incidência da norma sobre um determinado suporte fático. A prescrição, por outro lado, transcorre em função da ineficiência do exequente. E quando se opera tal situação? Quando, intimada a Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou de bens suscetíveis de penhora, deixa transcorrer o prazo de 1 (um) ano de suspensão sem adotar providência efetiva, ficando inerte. Condicionar o início da prescrição intercorrente a uma decisão prévia do juiz declarando a suspensão processual acrescenta ao suporte fático algo desnecessário e que apenas dá ao juiz o falso poder de modificar o termo inicial do prazo, o que, além de não atender à teleologia da norma e contrariar a própria natureza do instituto da prescrição, é contraproducente.

Não se diga que é incongruente entender pela suspensão processual e permitir (exigir-se) da Fazenda Pública a adoção de diligências com a finalidade de localizar o devedor e/ou de bens passíveis de constrição. O próprio CPC (art. 314) assegura a prática de atos processuais durante a suspensão do processo para evitar o perecimento de direitos, assim como para evitar a prescrição.

Perceba-se que é desnecessário que conste expressamente no ato judicial que o processo estará suspenso, mas isso não quer dizer que não haja despacho e que a Fazenda não seja intimada. O despacho existe, determinando a citação ou a busca de bens penhoráveis. E, após as diligências infrutíferas, a Fazenda será intimada, iniciando-se o prazo de suspensão.

Logo, não se pode dizer que o exequente será surpreendido com o início da prescrição. Não há qualquer dúvida sobre as situações que suspendem a tramitação do feito. São circunstâncias objetivas: não localização do devedor ou de seus bens. Haverá a cientificação desses fatos por meio de intimação judicial. O prazo de suspensão também é certo (1 ano), findo o qual estará caracterizada a inércia do exequente e haverá o início do lapso prescricional.

A partir daí, a Fazenda ainda terá todo o prazo prescricional para adotar medidas efetivas ao prosseguimento da execução. Transcorrido o referido período e constatada a falta de efetividade do exequente, será reconhecida a prescrição. Apenas não é imprescindível que haja decisão prévia sobre a suspensão do processo. Todavia, isso não dispensa o magistrado de, ao reconhecer a prescrição

intercorrente, fundamentar o ato judicial por meio da delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa. Sendo assim, está sendo observado o teor do *caput* do art. 40 da LEF.

O entendimento da divergência leva à seguinte situação: mesmo que não localizado o devedor ou encontrados bens penhoráveis, e a Fazenda for intimada dessa situação, se não houver a decisão do juiz fazendo constar expressamente que o processo está sendo suspenso, a prescrição não irá se iniciar, prolongando por prazo indeterminado o curso de uma enorme quantidade de processos por conta dessa circunstância. E isso apenas gera morosidade e abarrotamento das varas de Execução Fiscal, sem que sequer represente um aumento de arrecadação para o erário. Fere-se, inclusive, o princípio da razoável duração do processo, previsto no art. 5º, inc. LXXVIII, da CF/88 (“A todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação”).

O espírito da tese fixada no voto do em. Relator, por outro lado, é transferir ao credor o ônus de movimentar o processo a fim de localizar o devedor e buscar bens penhoráveis, até porque está se tratando de prescrição, ou seja, de um fato que ocorre por inércia do credor. A regra do impulso oficial não chega ao ponto de exigir que o Judiciário profira um despacho declarando expressamente que se está iniciando o prazo de suspensão.

Assim, não há prejuízos para a Fazenda na adoção da proposta apresentada no voto do em. Relator, pois ela pode requerer as medidas que entender adequadas para obstar o curso do prazo prescricional a qualquer tempo (desde que dentro do prazo prescricional). Não bastasse isso, ainda restará a possibilidade de o exequente, intimado da decisão que reconheceu a prescrição intercorrente, utilizar-se dos meios recursais cabíveis para questionar a contagem dos marcos legais indicados na decisão judicial e demonstrar eventual equívoco do ato judicial impugnado.

Portanto, não discordo das teses apresentadas no voto do em. Relator, com os acréscimos que já foram acolhidos por Sua Excelência. Apenas faço algumas ponderações com intuito de aprimorar a redação do item 3 da tese nele proposta.

Penso que, ao lado da efetiva constrição patrimonial, há que se falar também da localização do devedor. Isso porque tanto o art. 40, *caput*, da LEF quanto o seu § 2º, utilizam como critério para a suspensão e o arquivamento do feito a *não localização do devedor ou que não sejam encontrados bens penhoráveis*. O

art. 40, § 3º, da LEF, por sua vez, dispõe: “Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução.”

Outro ponto a ser esclarecido diz respeito ao significado da expressão “prosseguimento da execução” acima transcrita. A meu ver, encontrado o devedor ou efetivada a constrição judicial de seu patrimônio, há apenas a suspensão do prazo prescricional, com a retomada do feito executivo. Desse modo, sobrevindo quaisquer das situações que caracterizem, na dicção da lei, a inércia do exequente, o prazo prescricional não lhe é devolvido por inteiro, mas apenas pelo período que falta.

Em outras palavras, encontrado o devedor e não efetivada a penhora de bens ou direitos, ou ainda, reconhecida eventual irregularidade ou nulidade da constrição patrimonial anteriormente realizada, a prescrição volta a correr pelo prazo restante.

Nessa última hipótese, destaco a observação contida no voto apresentado pelo em. Ministro Herman Benjamin, no sentido de que a prescrição prossegue a partir da decisão judicial que revogar ou declarar a nulidade da medida constritiva anteriormente realizada. Com isso, evita-se qualquer dúvida sobre a eficácia do ato do juiz que desconstituir a garantia prestada à execução fiscal, especialmente no que se refere à contagem da prescrição. Efetivada a penhora, não há mais inércia do exequente. Tal situação será novamente caracterizada a partir da decisão judicial que invalidar a medida constritiva.

Assim, inicialmente, sugerimos a seguinte redação para a terceira tese: “**A localização do devedor ou a efetiva constrição patrimonial são aptas a suspender** o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo, requerendo **a busca do devedor**, a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. Os requerimentos feitos pelo exequente, **no intervalo** da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável, **de acordo com a natureza do crédito exequendo**, deverão ser processados, **uma vez que a inércia do julgador em face do regular andamento do feito não pode prejudicar a parte**, considerando-se **suspensa** a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência. **A prescrição retomará o seu fluxo, pelo prazo restante, a partir do eventual ato do juiz que desconstituir a constrição sobre o patrimônio do devedor no âmbito da execução fiscal.**” (os acréscimos por nós sugeridos estão em negrito).

Em relação à proposta de modulação do acórdão proferido no presente julgamento, haja vista que houve alteração da jurisprudência do STJ sobre o tema, entendo que tal medida deve ser rejeitada.

O art. 927, § 3º, do CPC/2015 possui a seguinte redação:

Na hipótese de alteração de jurisprudência dominante do Supremo Tribunal Federal e dos tribunais superiores ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no interesse social e no da segurança jurídica.

Como se observa, a alteração do entendimento dominante é apenas um dos elementos a serem avaliados para o deferimento da modulação dos efeitos da decisão tomada no julgamento de recursos repetitivos. Além desse pressuposto, deve haver a conjugação de outros fatores, quais sejam, que a postergação da eficácia vinculante do precedente respalde o interesse social e promova segurança jurídica.

No caso, deve-se considerar que há cerca de 20 milhões de processos que serão atingidos pelo precedente. A aplicação da modulação afastaria de tais processos os efeitos da atual decisão do STJ, os quais permaneceriam suspensos sem qualquer perspectiva de solução, o que não é algo desejável.

Por outro lado, a aplicação imediata da orientação que ora se firma na Corte é providência consentânea com o interesse social e com a segurança jurídica, pois ensejará a estabilização de relações jurídico-processuais que se arrastam há anos no Poder Judiciário, além de redirecionar os esforços das Cortes Judiciais às execuções que sejam efetivamente viáveis, racionalizando custos e promovendo o emprego eficiente da máquina pública.

Ante o exposto, peço vênias à divergência para acompanhar o voto do em. Relator Min. Mauro Campbell Marques, com as considerações ora apresentadas, e negar provimento ao recurso especial.

É como voto.

ADITAMENTO AO VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Inicialmente, em atenção à petição de e-STJ fls. 403/413, da Procuradoria-Geral do Município de São Paulo, registro que sua manifestação foi devidamente anotada e seus argumentos levados em consideração no julgamento. No entanto, indefiro o seu ingresso

no feito na condição de *amicus curiae* em razão de para a representação das municipalidades já ter sido intimada a Confederação Nacional de Municípios – CNM, cuja manifestação consta das e-STJ fls. 374/401. Com efeito, não há qualquer ganho processual na aceitação dos municípios autonomamente como *amicus curiae*, pois inviável ao julgamento admitir a sustentação oral de mais de 5000 entes, individualmente considerados.

Na sequência, ao proferir meu voto no dia 26.11.2014 sobre a forma de contagem da prescrição intercorrente do art. 40, da LEF, sustentei 4 (quatro) teses a serem julgadas para os efeitos e na forma do art. 543-C, do CPC, são elas:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos* durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo* requerendo a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens;

4.4) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Diante dos debates que sucederam a prolação de meu voto, observei que não restou suficientemente clara a tese prevista no item “4.3”, de modo que se faz necessário o presente aditamento ao voto.

Quando disse que “a efetiva penhora é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente” não disse que esse efeito é exclusividade da penhora, ou da “efetiva constrição patrimonial”. Há diversas causas suspensivas e interruptivas da prescrição que não são aqui analisadas até porque não estão previstas na Lei de Execuções Fiscais e não decorrem diretamente de atos processuais praticados

nesse âmbito. Daí que não fiz qualquer alusão, por exemplo, aos parcelamentos, moratórias e confissões de dívidas.

Outro ponto de relevo é que a afirmação do item “4.3” vem em oposição ao entendimento sustentado por muitas Fazendas Públicas de que o mero peticionamento em juízo poderia afastar a prescrição intercorrente por não restar caracterizada a inércia. Ocorre, e isso deixei bem claro, que o art. 40, *caput*, da LEF não dá qualquer opção ao Juiz (verbo: “suspenderá”) diante da constatação de que não foram encontrados o devedor ou bens penhoráveis. De observar também que o art. 40, § 3º, da LEF quando se refere à localização do devedor ou dos bens para a interrupção da prescrição intercorrente (“§ 3º - *Encontrados que sejam, a qualquer tempo, o devedor ou os bens, serão desarquivados os autos para prosseguimento da execução*”) *não se refere à localização daqueles por parte da Fazenda Pública, mas a sua localização por parte do Poder Judiciário*. Isto porque a palavra “encontrados”, se interpretada à luz do princípio constitucional da eficiência, somente pode se referir a encontrados pelo Poder Judiciário. Explico.

A Fazenda Pública de posse de um indicativo de endereço ou bem penhorável peticiona em juízo requerendo a citação ou penhora consoante as informações dadas ao Poder Judiciário. Essa petição, por si só, não satisfaz ao requisito do art. 40, § 3º, da LEF. Para todos os efeitos, o devedor ou os bens ainda não foram encontrados (trata-se de mera indicação). É preciso também que a providência requerida ao Poder Judiciário seja frutífera, ou seja, que resulte em efetiva citação ou penhora (construção patrimonial). Desse modo, estarão “Encontrados que sejam, [...] *o devedor ou os bens*”, consoante o exige o art. 40, § 3º, da LEF.

Outrossim, a providência requerida ao Poder Judiciário deve resultar em efetiva citação ou penhora - construção patrimonial (isto é: ser frutífera/eficiente), *ainda que estas ocorram fora do prazo de 6 (seis) anos*. Aí sim estarão “Encontrados que sejam, *a qualquer tempo*”, também na letra do art. 40, § 3º, da LEF. Indiferente ao caso que a penhora (construção patrimonial) perdure, que o bem penhorado (constrito) seja efetivamente levado a leilão e que o leilão seja positivo.

Cumprido o requisito, a prescrição intercorrente se interrompe na data em que protocolada a petição que requereu a providência frutífera, até porque, não é possível interromper a prescrição intercorrente fora do prazo de 6 (seis) anos, já que não se interrompe aquilo que já se findou. Isto significa que o Poder Judiciário precisa dar resposta às providências solicitadas pelo exequente



dentro do prazo de 6 (seis) anos, ainda que para além desse prazo, sob pena de restar caracterizado o prejuízo a que me referi no item “4.4” das teses propostas. Nesse sentido, a demora do Poder Judiciário para atender aos requerimentos tempestivos (feitos no curso do prazo de seis anos) há que ser submetida à mesma lógica que ensejou a publicação da Súmula n. 106/STJ (“Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência”). Se a providência requerida for infrutífera, decreta-se a prescrição, salvo se o Poder Judiciário excepcionalmente reconhecer a sua culpa (aplicação direta ou analógica da Súmula n. 106/STJ), o que deve ser averiguado de forma casuística, já que depende de pressupostos fáticos.

Neste ponto, retomo o raciocínio, de observar que a ausência de inércia do exequente de que trata o art. 40, da LEF é uma *ausência de inércia qualificada pela efetividade da providência solicitada na petição*. Ou seja, para restar caracterizada a ausência de inércia no momento do protocolo da petição a lei exige a efetiva citação ou penhora feita posteriormente pelo Poder Judiciário. Essa a característica específica do rito da LEF a distingui-lo dos demais casos de prescrição intercorrente. Decorre de leitura particular que se faz do art. 40, § 3º, da LEF que não está presente em nenhum outro procedimento afora a execução fiscal. Essa a interpretação mais adequada, a meu ver, pois atende à melhor técnica jurídica e às conhecidas questões administrativas de gestão judiciária.

Desse modo, para restar mais clara a afirmação do item “4.3”, faço a ele aditamento e novamente escrevo os demais em redação final da seguinte forma (em negrito e sublinhado):

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

4.2) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não decisão judicial nesse sentido, findo o prazo de 1 (um) ano, inicia-se automaticamente o prazo prescricional de 5 (cinco) anos durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual restará prescrita a execução fiscal;

4.3) A efetiva **construção patrimonial** é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, não bastando para tal o mero peticionamento em juízo requerendo a feita da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. **Os**

requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo - mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;

4.4) A Fazenda Pública, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, **deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)**, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Observo que, por provocação da *Fazenda Nacional* via memoriais, substituí na tese “4.3” a menção a “penhora” por “constrição patrimonial”, por me parecer mais adequada e de consenso, e na tese “4.4” inseri o trecho entre parênteses “(exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)” a fim de deixar bem clara a compatibilidade das teses “4.1” e “4.4”. Aliás, nos casos onde não houver qualquer intimação, o prazo prescricional sequer tem início porque não teve início o prazo de suspensão (aplicação da tese 4.1), de modo que a primeira oportunidade que a Fazenda Pública terá para falar nos autos deverá coincidir com sua ciência da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, o que irá inaugurar o prazo, restando prejudicada a necessidade de demonstração de prejuízo.

Já com relação às observações feitas pelo Min. Herman Benjamin, em seu voto-vista, registro que *não há aqui qualquer elemento surpresa*. Como já deixei claro em meu voto, *a análise de que a suspensão da Execução Fiscal é automática foi efetuada no leading case que originou a Súmula n. 314/STJ (EREsp n. 97.328/PR)*, onde foi decretada a prescrição intercorrente contando-se de forma automática os prazos de suspensão e arquivamento, pois sequer houve despacho expresso de suspensão.

Quanto à questão do prequestionamento do tema, registro o óbvio: a prescrição intercorrente foi decretada na origem contando-se automaticamente os prazos. O recurso é da *Fazenda Nacional* que alegou não ter sido intimada dos procedimentos. O acórdão em sede de apelação manteve a sentença e invocou a aplicação do art. 40 e parágrafos da LEF, além de apontar a falta de demonstração de prejuízo por parte da Fazenda Pública pela falta de intimação da suspensão. Tudo isso analisei em meu voto. Para espantar as dúvidas, transcrevo trecho do acórdão elucidativo quanto ao ponto (e-STJ fl. 177):

Enfim, quanto à *alegação de inobservância do rito previsto no art. 40 da Lei n. 6.830, de 1980*, ressalto de início que esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 174 do CTN, o qual limita o prazo de paralisação do processo em cinco anos, uma vez que a prescrição e a decadência tributária são matérias reservadas à lei complementar (art. 146, III, 'b', da Constituição Federal). Registro, ainda, que a *ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal* (§ 1º), ou o *arquivamento* (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da *decisão que decreta a prescrição intercorrente* (§ 4º), não acarreta qualquer *prejuízo à exequente*, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo, inclusive em razões de apelação, o que aqui não fez. Não havendo prejuízo demonstrado pela União, não há falar em nulidade.

*Os temas referentes às três intimações (suspensão, arquivamento e prescrição) e à ausência de prejuízo (rito do art. 40, da LEF) estão sim prequestionados, explícita e implicitamente. A Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração alegando não ter sido intimada da suspensão do art. 40 da LEF - que foram apreciados no acórdão de e-STJ fl. 198/199 - e recurso especial por violação ao rito do art. 40, da LEF, dentre outras razões, também por entender incorreto o acórdão que “[...] considerou, como *dies a quo* da prescrição intercorrente, a data em que determinada a suspensão do processo por noventa dias (fl. 39), em flagrante ofensa aos termos do artigo 40 da Lei 6.830 [...] (e-STJ fl. 209).*

Houve prequestionamento de todas as teses. Dizer ao contrário, data vênua, é preciosismo que bloqueará a análise do tema em qualquer outro processo em sede de recurso especial, diante da costumeira má instrução das execuções fiscais, que decorre justamente da ausência de devedor nos autos para amadurecer o contraditório e aclarar as questões envolvidas e também do volume de processos do tipo.

De ver que, a *solução dada pelo Poder Judiciário não extrapola suas competências*, pois limita-se a interpretar e aplicar a lei ao caso concreto nos termos da questão posta no processo. É preciso estar atento ao princípio da inafastabilidade da jurisdição. Aliás, não foi o Poder Judiciário quem criou os recursos representativos da controvérsia como instrumento de gestão, foi o Poder Legislativo, o que se coaduna com a tripartição de Poderes e com os princípios constitucionais da eficiência, celeridade e efetividade da prestação jurisdicional. Nesse sentido, cabe ao Poder Executivo se mover diante dos limites dados pelos Poderes Legislativo e Judiciário, realizando a gestão da Dívida Ativa, alocando recursos e definindo prioridades, tudo consoante o conhecido sistema de freios e contrapesos.

Também entendo como desnecessária a discussão sobre o significado da expressão “não localização do devedor ou de seus bens” para o presente caso, pois não é o objeto do presente recurso especial. O enquadramento das situações concretas de cada caso futuro ao precedente deverá ser realizado nos processos respectivos. Novas teses poderão surgir, como é natural na evolução jurisprudencial. Nesse sentido, as ponderações realizadas pelo Min. Herman Benjamin sobre a expressão serão mais bem aproveitadas na análise de um caso futuro onde possam ser decisivas. Contudo, desde já registro minha discordância em relação a seu raciocínio de que o fato de um devedor ou um bem não ser localizado, mas ser localizável, afasta a suspensão da execução fiscal. A lei não faz esse discrimen entre “localizado” e “localizável”. Nem poderia, pois o termo “localizável” é de apreensão subjetiva. Já o termo “não localizado”, é objetivo. “Não localizado” é “não localizado”, seja por AR negativo, seja por certificado pelo oficial de justiça não terem sido encontrados bens no endereço fornecido, seja por qualquer outro motivo. O fato é que há 6 (seis) anos, em regra, para resolver o problema.

Do mesmo modo, a alusão que fiz ao prazo de 5 (cinco) anos, refere-se ao caso concreto onde o prazo prescricional aplicável é este. Nada obsta que, em situações futuras, onde o prazo seja outro, a contagem seja diversa. Contudo não é esse o objeto dos presentes autos onde se executa crédito tributário de COFINS. Não vejo porque discutir prazos em tese.

Continuando as críticas às bem colocadas ponderações do Min. Herman Benjamin, entendo que reduzir a aplicação do art. 40 da LEF às situações de citação por edital combinada com a não localização de bens após o requerimento feito na forma do art. 185-A, do CTN (bloqueio universal) é entendimento assaz restritivo do *instituto “prescrição intercorrente”, que inclusive existe desde antes do advento do art. 185-A, do CTN (bloqueio universal)*. Além disso, *entrega a fixação dos marcos suspensivos e interruptivos ao credor*, que poderá requerer ou não tais providências. No extremo, isto significa que enquanto não houver citação por edital e bloqueio universal, não haverá prescrição intercorrente! Data vênia, não posso concordar com isso. Acredito que demonstrei que jurisprudência do STJ foi construída justamente para evitar tais situações. Entendimentos desse tipo que entregam o controle dos prazos de decadência e prescrição à subjetividade dos Juízes e Procuradores é que estão criando esse imenso passivo de execuções fiscais a tumultuar as Varas do Poder Judiciário. De modo que, com todas as vênias, ***rechaço todas as alterações às teses por mim colocadas sugeridas pelo Min. Herman Benjamin.***

Por fim, reitero que a colocação que fiz no item “4.3” no sentido de que “a efetiva constrição patrimonial é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente” não exclui a possibilidade de se reconhecer esse mesmo efeito para outras causas suspensivas e interruptivas da prescrição que não são aqui analisadas. A alusão apenas à penhora (constrição patrimonial) torna a fixação da tese segura, pois há consenso sobre o tema. Não me oponho à tese de que a penhora apenas suspende o prazo prescricional, mas esse tema não é objeto dos autos.

Ante o exposto, *mantenho o voto e proponho o presente aditamento* aos itens “4.3” e “4.4” da ementa onde elencadas as teses a serem julgadas para os efeitos e na forma do art. 543-C, do CPC. É como voto.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Ouvi atentamente as ponderações trazidas no aditamento ao voto do e. Ministro Mauro Campbell Marques.

Sua Excelência apresentou alguns acréscimos, destinados a esclarecer alguns pontos de seu judicioso voto, além de tecer considerações a respeito do voto por mim apresentado.

Dadas a relevância e a complexidade do tema ora debatido, entendo conveniente apresentar alguns questionamentos com a intenção de contribuir para a entrega da prestação jurisdicional com a melhor qualidade possível.

É muito importante deixar claro que, excetuadas algumas particularidades, concordo com o e. Ministro Mauro Campbell Marques quanto à necessidade de definir as medidas que repercutem na definição da prescrição intercorrente.

Dito isto, *passo a expor as questões que considero relevantes.*

Conforme destaquei em meu Voto-Vista, a premissa apresentada pelo e. Ministro Relator, destinada a fixar a tese no julgamento deste recurso repetitivo no sentido de que a suspensão da Execução Fiscal é *automática* e decorre da simples ausência de localização do devedor e de seus bens, representa sim guinada na jurisprudência do STJ.

Até aproveito o momento para corrigir minhas ponderações feitas anteriormente, uma vez que, a rigor, não é possível falar em guinada na orientação jurisprudencial, tendo em vista que simplesmente inexistem precedentes que

respaldem os termos propostos no judicioso voto apresentado pelo eminente Relator (que, destaque, não indicou naquele momento um único precedente que enfrentasse e definisse precisamente que a suspensão decorre automaticamente da *primeira tentativa* de citação infrutífera do executado).

Ao contrário do que foi por ele dito aqui em seu aditamento, o *leading case* (EREsp 97.328/PR) que deu origem à Súmula 314/STJ em momento algum examinou se a suspensão da Execução Fiscal é automática. A questão debatida lá, aliás, limitou-se a definir se a regra dos arts. 8º, § 2º, e 40 da Lei 6.830/1980 afasta a aplicação do art. 174 do CTN ou não, isto é, se a Execução Fiscal é ou não imprescritível. Somente no *voto vencido* do e. Ministro Garcia Vieira é que se faz menção ao termo “automática”, ainda assim para consignar o entendimento daquele julgador no sentido de que *o despacho do juiz que recebe a petição inicial “imprime ao processo uma tramitação automática”*, o que, naturalmente, está muito longe de dizer que se cristalizou orientação de que a suspensão do feito decorre automaticamente da simples não localização do devedor e de seus bens.

É nesse sentido, repito exaustivamente, que pontuo que a afirmação representada na primeira das suas quatro teses representa *introdução de orientação desamparada de amadurecimento jurisprudencial no STJ*.

Acrescento, ademais, que tenho aqui insuperável divergência com o e. Ministro Relator porque a instituição de um rito específico para o processamento da Execução Fiscal teve por finalidade – e isto se encontra na Exposição de Motivos do respectivo projeto de lei, devendo servir *obrigatoriamente* de critério da exegese desse microssistema jurídico processual (art. 5º da LINDB) – conferir tramitação mais eficaz e célere que a então estabelecida na Execução Comum do Código de Processo Civil de 1973.

Nessa concepção, reputo contraproducente encampar a proposta do e. Ministro Mauro Campbell Marques, pois adotar a primeira diligência negativa (citação inexitosa) como marco deflagrador automático da suspensão prevista no art. 40 da Lei 6.830/1980 representa nada mais do que a conclusão de que a atuação do Poder Judiciário, no caso, é meramente protocolar, voltada ao escopo de enviar os autos para o arquivamento de cinco anos, e não ao de assegurar a satisfação da pretensão do detentor de um título executivo. *A eficácia do processo de Execução Fiscal, entendendo importante pontuar, é vinculada ao alcance de sua finalidade típica* (a satisfação do crédito perseguido, excetuada a hipótese em que se comprovar a nulidade ou invalidade do respectivo título executivo), de modo que fixar a primeira tentativa inexitosa de localização do devedor ou

dos bens como critério para fazer incidir o prazo de seis anos para a decretação da prescrição intercorrente prestigiaria, paradoxalmente, a eficiência do Poder Judiciário como mecanismo voltado exclusivamente a se livrar do processo, de modo inteiramente alienado ao seu conceito, à sua essência (instrumento para a justa e adequada pacificação social).

Relembre-se, aqui, que a suspensão não constitui benefício em favor da Fazenda Pública credora, mas o termo inicial do prazo que, não por acaso, é definido pelo Relator como de seis anos (um ano de suspensão, acrescido de cinco anos para a configuração da prescrição intercorrente) para a extinção do feito. Seria, praticamente, o único tipo de processo com prazo certo para encerramento!

Não bastasse isso, a implantação desse entendimento constituiria mecanismo que prestigiaria, indiretamente, as manobras procrastinatórias do devedor que busca ocultar a si e ao seu patrimônio para não responder judicialmente pelos seus débitos.

Finalmente, tal medida vai na contramão dos esforços que o Poder Judiciário vem empreendendo para demonstrar sua experiência como órgão superavitário na relação entre a arrecadação por ele viabilizada, em comparação com as despesas para o seu custeio.

Veja-se que, nem mesmo na Execução comum, do CPC/1973, a ausência de localização do devedor e de seus bens já enseja a imediata suspensão, pois normalmente os juízes primeiro concedem aos exequentes a possibilidade de diligenciar meios para que o feito tenha regular tramitação, e não para que seja enviado ao arquivamento – onde só devem ficar as demandas que se caracterizem como de solução inviável.

Considero, exemplificativamente, que representa medida cômoda para o Judiciário determinar imediata suspensão da Execução Fiscal, motivada pelo simples retorno negativo da carta de citação, quando a praxe forense revela que, nestas hipóteses, o usual é dar vista dos autos ao credor (seja na Execução Comum, seja na Execução Fiscal), que poderá indicar o endereço do sócio-gerente para que a citação da empresa seja realizada no endereço dele. Em outro contexto, a certidão do oficial de Justiça que atesta o encerramento das atividades da empresa dá ensejo à presunção da dissolução irregular e, conseqüentemente, ao pedido de redirecionamento, sendo absolutamente precipitado determinar a suspensão do feito diante da não localização do devedor original.

Daí o motivo pelo qual mantenho a minha proposta de que a suspensão e ulterior arquivamento resulte da constatação de que o processo, no caso concreto, não mais se mostre como instrumento viável (“suspensão-crise”) para o adequado exercício da função substitutiva do Poder Judiciário, qual seja, a de viabilizar preferencialmente a satisfação da pretensão pelo meio segundo o qual esta deveria ser espontaneamente realizada.

Com as ponderações acima, esclareço: a) a menção à ausência de prequestionamento, no meu Voto-Vista, era atinente ao específico ponto versado na primeira tese proposta pelo Relator (“suspensão automática”), e não ao tema mais amplo, relacionado à prescrição intercorrente; e b) a discussão quanto ao significado da expressão “não localização do devedor e de seus bens”, ao contrário do que afirma o e. Ministro Mauro Campbell Marques, é relevantíssima, pois se trata de expressão constante da redação do art. 40 da Lei 6.830/1980, cuja interpretação constitui o objeto deste Recurso Especial.

Longe de deixar à subjetividade judicial ou fazendária o controle do termo inicial da suspensão, o critério por mim proposto, com a devida vênia, é objetivo: considero que o exaurimento das medidas tendentes à localização do devedor (cujo insucesso dá lugar à citação por edital) e de seus bens (o bloqueio universal previsto no art. 185-A do CTN, quando inexitoso) é o que há de melhor para evidenciar a total incapacidade de o Poder Judiciário e de a parte exequente terem no processo judicial um mecanismo para a pacificação social, razão pela qual nesse contexto seria incontroversa a constatação de “crise processual”, a justificar a aplicação do art. 40 da LEF.

Para finalizar, registro que o aditamento ao voto, feito pelo e. Ministro Relator, não cuidou de examinar outros dois pontos por mim apresentados e portanto mantidos: a) a efetivação da medida de constrição judicial implica suspensão, e não interrupção do prazo da prescrição intercorrente; e b) no caso concreto, houve efetiva constrição, durante a tramitação do feito (especificamente, em 6.7.2004), de bens por meio do Bacen Jud, havendo necessidade de disciplinar em que medida o seu posterior desfazimento, qualificado pela circunstância de total inexistência de intimação da Fazenda Pública (quanto a esse desfazimento da então positiva constrição judicial) repercutiu na suspensão (ou interrupção, na proposta do e. Ministro Relator) da contagem do prazo da prescrição intercorrente.

São esses os acréscimos que submeto à análise deste órgão colegiado.

VOTO-VOGAL

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: A razão deste voto-vogal é simplesmente reiterar aquilo que aqui já o foi dito em sessões anteriores com algumas pequenas observações derivadas do que colocado posteriormente nesta sessão.

Efetivamente, contrariamente ao que defende sua excelência o Sr. Min. Herman Benjamin, não foi proposta aqui qualquer “guinada” na jurisprudência do STJ. Ao contrário, o que se fez foi um exame minucioso do que até então vinha sendo decidido por este Superior Tribunal de Justiça e sua sistematização de modo a combinar todas as teses vigorantes em um único julgado repetitivo que sirva de norte para todos os órgãos do Poder Judiciário e todas as Procuradorias que fazem uso da execução fiscal como forma de recuperação de créditos.

Como já explicamos, a tese da suspensão automática *a partir da ciência da Fazenda Pública da não localização de bens*, além de decorrer diretamente da leitura da lei, tem inúmeros precedentes, notadamente aqueles que deram ensejo à Súmula n. 314/STJ: “Em execução fiscal, **não localizados bens** penhoráveis, **suspende-se** o processo por um ano, findo o qual se inicia o prazo da prescrição quinquenal intercorrente”.

De ver que no próprio *leading case* que originou a Súmula n. 314/STJ (EREsp n. 97.328/PR) **foi decretada a prescrição intercorrente contando-se de forma automática os prazos de suspensão e arquivamento, pois sequer houve despacho expresso de suspensão**. No meu entender, no estudo de um precedente não se pode olvidar dos pressupostos fáticos que o ensejaram e da situação fática gerada posteriormente, ou seja, após o seu julgamento. *Não houvesse a contagem automática*, o resultado do precedente seria outro e a Súmula n. 314/STJ sequer existiria, ou não existiria com essa redação que vincula diretamente a não localização à suspensão ([...] **não localizados bens** penhoráveis, **suspende-se** [...]).

Por tais motivos, **não** é o caso de modulação de efeitos. Seja porque a modulação exige a presença de uma jurisprudência pacificada anterior em sentido contrário ao que será decidido (o que, ao ver do e. Min. Herman Benjamin, inexistente, pois teria havido silêncio sobre a matéria), seja porque o que se está agora decidindo está na linha da jurisprudência pacificada anterior (o que é a minha compreensão, na linha da Súmula n. 314/STJ). Assim, a letra do art. 927, §§ 3º e 4º, da Lei n. 13.105/2015 (CPC/2015) que exige a presença de

alteração de posicionamento firmado em jurisprudência pacificada (dominante) ou Sumulada para haver modulação, *in litteris*:

Código de Processo Civil - 2015

Art. 927. Os juízes e os tribunais observarão:

I - as decisões do Supremo Tribunal Federal em controle concentrado de constitucionalidade;

II - os enunciados de súmula vinculante;

III - os acórdãos em incidente de assunção de competência ou de resolução de demandas repetitivas e em julgamento de recursos extraordinário e especial repetitivos;

IV - os enunciados das súmulas do Supremo Tribunal Federal em matéria constitucional e do Superior Tribunal de Justiça em matéria infraconstitucional;

V - a orientação do plenário ou do órgão especial aos quais estiverem vinculados.

[...]

§ 3º Na hipótese de **alteração de jurisprudência dominante** do Supremo Tribunal Federal e **dos tribunais superiores** ou daquela oriunda de julgamento de casos repetitivos, pode haver modulação dos efeitos da alteração no **interesse social** e no da **segurança jurídica**.

§ 4º A **modificação de enunciado de súmula**, de jurisprudência pacificada ou de tese adotada em julgamento de casos repetitivos observará a necessidade de fundamentação adequada e específica, considerando os princípios da **segurança jurídica**, da **proteção da confiança** e da **isonomia**.

[...]

Como já apontamos, a compreensão de que o prazo de suspensão do art. 40, da LEF somente tem início mediante peticionamento da Fazenda Pública ou determinação expressa do Juiz *configura grave equívoco interpretativo responsável pelos inúmeros feitos executivos paralisados no Poder Judiciário ou Procuradorias, prolongando indevidamente o início da contagem do prazo da prescrição intercorrente que é ex lege (ordena o art. 40: “[...] o juiz suspenderá [...])*.

Outrossim, rememoro o contexto em que julgado o presente processo:

Não é demais lembrar que, de acordo com o Relatório Justiça em Números 2013, elaborado pelo Departamento de Pesquisas Judiciárias do Conselho Nacional de Justiça, dos 92,2 milhões de processos em tramitação no Poder Judiciário, 29,3 milhões são execuções fiscais, o que corresponde a 32% do total

de processos. São aproximadamente 25,6 milhões de execuções fiscais somente na Justiça Estadual, com taxa de congestionamento de 89%, superior a todas as outras classes. Na Justiça Federal tramitam mais de 3,5 milhões de execuções fiscais, com semelhante taxa de congestionamento. A exorbitante quantidade de execuções fiscais em trâmite nos diversos segmentos da Justiça é, hoje, uma das principais causas da morosidade sistêmica do Poder Judiciário, a prejudicar o andamento célere de outras classes processuais, na contramão do princípio constitucional da duração razoável do processo (*in*, CONSELHO NACIONAL DE JUSTIÇA. (Ed.). Grupo de Trabalho (Portaria n. 155/2013): Política Nacional de Priorização do Primeiro Grau de Jurisdição. Brasília, 2013, pp. 66 *et seq.*).

Falar em modulação de efeitos em um caso de tamanha envergadura e com essas características fere de morte o objetivo deste julgamento sob o rito dos Recursos Repetitivos. Só neste STJ o sistema registra haver quase trinta mil processos aguardando o resultado deste julgamento, tendo em consideração também que já se iniciou há mais de 5 (cinco) anos com decisão de afetação exarada em 21 de agosto de 2012. Modular, significaria dizer que todos esses casos acumulados nesses 5 (cinco) anos, aqui e nas demais instâncias jurisdicionais, se submetteriam a um regramento que não se sabe qual é, posto que o próprio e. Min. Herman Benjamin aponta não haver tese alguma a respeito da suspensão automática (opinião da qual discordo, com vênias, é claro!). *Isso geraria insegurança jurídica, a mesma insegurança jurídica que o instituto da modulação busca evitar.* Outrossim, a aplicação do prazo de 6 (seis) anos a partir do julgamento do presente processo apenas iria postergar no tempo a decretação da prescrição em massa de processos que já se sabe, de antemão, que serão inexitosos a veicular créditos que já estão “podres”, posto que sem localização de bens ou devedores por mais de seis anos, sobrecarregando Judiciário e Procuradorias. Trata-se de medida de todo ineficiente, seja do ponto de vista jurisdicional, seja do ponto de vista de política judicial. Não há qualquer medida possível a ser tomada nos próximos 6 (seis) anos que não poderia ter sido tomada anteriormente na localização de bens ou devedores.

Aliás, a eficácia e a celeridade do rito das execuções fiscais depende da adoção de regras claras e que incentivem essa celeridade e eficiência. O tempo demonstrou que o entendimento de que o prazo de suspensão do art. 40, da LEF somente tem início mediante peticionamento da Fazenda Pública ou determinação expressa do Juiz é contraproducente ao feito executivo e ao Estado como um todo, transformando o Poder Judiciário e as Procuradorias em depósitos de processos inefetivos e produtores de burocracia sem sentido. O contribuinte não tolera mais tamanho descaso com os recursos Públicos.

De registro também que o papel do Poder Judiciário em um processo deve ser imparcial. Quem deve buscar a satisfação de seu título é a Fazenda Pública, tal o princípio da inércia. Nesse sentido, são totalmente impertinentes, com todas as vênias, quaisquer argumentos no sentido de que “o Poder Judiciário vem empreendendo para demonstrar sua experiência como órgão superavitário na relação entre arrecadação por ele viabilizada, em comparação com as despesas para seu custeio”. Essa visão de Administração Pública a considero totalmente enviesada. A uma, porque o Poder Judiciário não tem por função precípua arrecadar, essa atividade é típica das Fazendas Públicas através de Secretarias da Receita e Procuradorias. A duas, porque as despesas em questão como fator comparativo deveriam ser a do custeio de toda a máquina estatal de cobrança e não apenas a do Poder Judiciário. A três, porque em lugar nenhum do mundo o Poder Judiciário é superavitário, simplesmente porque não foi criado para tal fim. Seu papel em qualquer país é a distribuição da Justiça, dando segurança às transações, e não a criação de riqueza nova. *Em suma, a legitimidade do Poder Judiciário está em sua capacidade de produzir segurança social e não em sua capacidade de produzir superávit.*

Quanto à questão do prequestionamento do tema, registro novamente o que para mim é óbvio: *a prescrição intercorrente foi decretada na origem contando-se automaticamente os prazos. O recurso é da Fazenda Nacional que alegou não ter sido intimada dos procedimentos. O acórdão em sede de apelação manteve a sentença e invocou a aplicação do art. 40 e parágrafos da LEF, além de apontar a falta de demonstração de prejuízo por parte da Fazenda Pública pela falta de intimação da suspensão.* Tudo isso analisei em meu voto. Para espantar as dúvidas, transcrevo trecho do acórdão elucidativo quanto ao ponto (e-STJ fl. 177):

Enfim, quanto à *alegação de inobservância do rito previsto no art. 40 da Lei n. 6.830, de 1980*, resalto de início que esse dispositivo deve ser interpretado em consonância com o disposto no art. 174 do CTN, o qual limita o prazo de paralisação do processo em cinco anos, uma vez que a prescrição e a decadência tributária são matérias reservadas à lei complementar (art. 146, III, 'b', da Constituição Federal). Registro, ainda, que *a ausência de intimação da Fazenda quanto ao despacho que determina a suspensão da execução fiscal* (§ 1º), ou o *arquivamento* (§ 2º), bem como a falta de intimação para sua manifestação antes da *decisão que decreta a prescrição intercorrente* (§ 4º), não acarreta qualquer *prejuízo à exequente*, tendo em vista que pode alegar possíveis causas suspensivas ou interruptivas do prazo prescricional a qualquer tempo, inclusive em razões de apelação, o que aqui não fez. Não havendo prejuízo demonstrado pela União, não há falar em nulidade.

Os temas referentes às três intimações (*suspensão, arquivamento e prescrição*) e à ausência de prejuízo (*rito do art. 40, da LEF*) estão sim prequestionados, *explícita e implicitamente*. A Fazenda Nacional interpôs embargos de declaração alegando não ter sido intimada da suspensão do art. 40 da LEF - que foram apreciados no acórdão de e-STJ fl. 198/199 - e recurso especial por violação ao rito do art. 40, da LEF, dentre outras razões, também por entender incorreto o acórdão que “[...] considerou, como *dies a quo* da prescrição intercorrente, a data em que determinada **a suspensão** do processo por noventa dias (fl. 39), em flagrante ofensa aos termos do artigo 40 da Lei 6.830 [...] (e-STJ fl. 209).

Houve prequestionamento de todas as teses. Dizer ao contrário, data vênua, é preciosismo que bloqueará a análise do tema em qualquer outro processo em sede de recurso especial, *diante da costumeira má instrução das execuções fiscais, que decorre justamente da ausência de devedor nos autos para amadurecer o contraditório e aclarar as questões envolvidas e também do volume de processos do tipo*.

Quanto às demais ponderações do Min. Herman Benjamin, para evitar redundâncias, as considero suficientemente enfrentadas no aditamento ao voto por mim já proferido anteriormente.

Ante o exposto e novamente rogando máximas vênias ao e. Min. Herman Benjamin, ***mantenho o voto nos termos do aditamento e afasto qualquer possibilidade de modulação de efeitos***.

É como voto.

2º Aditamento ao Voto

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial representativo da controvérsia onde se discute a forma de contagem do prazo da prescrição intercorrente prevista no art. 40, da Lei de Execuções Fiscais - LEF. A razão deste *segundo aditamento* ao voto é simplesmente acolher parte das teses muito bem apresentadas pela Min. Assusete Magalhães (as teses “4.1b”, “4.1c”, “4.3” e “4.4”) na sessão do dia 22.02.2018, e reiterar a divergência que temos em relação às teses “4.1” e “4.2” de meu voto, que faz oposição às teses “4.1.a” e “4.2” propostas pela Ministra.

Inicialmente, vou àquilo em que concordamos (teses “4.1b”, “4.1c”, “4.3” e “4.4”).

Resumidamente, disse eu em meu voto, interpretando o art. 40, da LEF, e a *prescrição intercorrente* nele prevista, que:

4.1) O prazo de 1 (um) ano de suspensão previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início automaticamente *na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido;

Na última sessão, ponderou a Min. Assusete Magalhães que a tese assim por mim proposta, ao iniciar a contagem diretamente da não localização do devedor, estava a ignorar a contagem do prazo da *prescrição ordinária* que tem início anteriormente na data de vencimento do crédito em cobrança e fim (tese “4.1.b”) com o marco interruptivo fixado na data da citação válida do devedor (para os casos de despacho ordenador da citação em dívida ativa tributária proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005) ou (tese “4.1.c”) na data do despacho ordenador da citação (para os casos de despacho ordenador da citação em dívida ativa tributária proferido já na vigência da Lei Complementar n. 118/2005 e para todos os casos de dívida ativa não tributária). De registro que esses marcos interruptivos, segundo o recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.120.295-SP (Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010), *retroagem à data do ajuizamento da execução fiscal*.

Assim, a Ministra Assusete Magalhães propôs as teses “4.1.b” e “4.1.c” abaixo, às quais adiro, sem prejuízo do raciocínio, apenas com a observação de que, segundo o recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.120.295-SP (Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010), *a interrupção da prescrição ordinária, em todos os casos, retroage à data do ajuizamento da execução fiscal, de modo que não impactam na tese “4.1.”*. Seguem então as teses por ela propostas:

4.1.b) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes do início da vigência da Lei Complementar 118/2005, o prazo da prescrição ordinária, no período da redação original do inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, interrompia-se pela citação válida do devedor (por carta, por oficial de justiça ou por edital). Nessa hipótese, depois da citação válida, ainda que editalícia, logo após a primeira tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá o curso da execução.

4.1.c) Em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa não tributária, por força do que dispõe o § 2º do art. 8º da Lei 6.830/80, assim como em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa, de natureza tributária, cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar 118/2005, que conferiu nova redação ao inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN, a interrupção da prescrição ordinária opera-

se com o despacho de citação. Nessa hipótese, logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz suspenderá a execução.

Com efeito, não temos divergência quanto a isso. Assim, sugiro apenas uma redação mais “enxuta” a fim de evitar qualquer possível contradição com o recurso representativo da controvérsia REsp n. 1.120.295 - SP (Primeira Seção, Rel. Min. Luiz Fux, julgado em 12.5.2010). Desse modo, assim proponho a redação dessas mesmas teses “4.1.b” e “4.1.c” as quais tomarão os números de “4.1.1.” e “4.1.2.”, como subitens da tese mais genérica “4.1.”, respectivamente:

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, *logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.*

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, *logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis, o Juiz declarará suspensa a execução.*

Outrossim, considero que as teses “4.1.b” e “4.1.c” (agora “4.1.1.” e “4.1.2.”) trazem o ganho de esclarecer expressamente a determinação legal que existe no art. 40, da LEF, para que os juízes da execução fiscal suspendam a execução logo após *a primeira* tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis. Isso de modo algum se incompatibiliza (ao contrário, complementa) a tese que propus de número “4.1”, acima, que fixa o termo inicial do prazo de suspensão também para os casos em que os juízes da execução fiscal deixam de suspender a execução logo após *a primeira* tentativa infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis, isto é, para os casos em que os próprios juízes deixam de atender ao comando legal de intimar a Fazenda Pública credora para informar, conjuntamente, a negativa de localização do devedor ou bens e a suspensão da execução fiscal. Sobre o tema, voltarei mais adiante.

Já a respeito da tese “4.3”, assim a redigi em meu voto:

4.3) A efetiva **construção patrimonial** é apta a afastar o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo* requerendo

a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. **Os requerimentos feitos pelo exequente dentro do prazo de 6 (seis) anos deverão ser processados ainda que para além do aludido prazo pois, encontrados e penhorados os bens a qualquer tempo - mesmo depois do prazo de 6 (seis) anos, interrompe-se a prescrição intercorrente retroativamente na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera;**

A sugestão dada pela Min. Assusete Magalhães ao item “4.3”, que foi também outrora dada pelo Min. Herman Benjamin e posteriormente pelo Min. Og Fernandes, apenas troca a menção ao prazo de 6 (seis) anos (1 de suspensão + 5 de prescrição) por uma menção genérica adaptável aos diversos prazos prescricionais aos quais podem estar submetidos uma dívida.

Compreendo que essa sugestão se dá apenas no escopo de tornar o julgamento deste repetitivo o mais abrangente possível, abarcando também as hipóteses de créditos não tributários inscritos em dívida ativa e que podem ter prazos prescricionais diferentes do prazo tributário quinquenal. Assim, a adoção das alterações sugeridas à tese “4.3”, além de ser positiva, é decorrência lógica da adoção das teses “4.1.b” e “4.1.c” (agora “4.1.1.” e “4.1.2.”), que discriminam as hipóteses tributárias e não tributárias, muito embora o presente caso concreto se refira especificamente à dívida ativa tributária. Desse modo, incorporo integralmente a sugestão proposta pela Min. Assusete Magalhães ao meu voto, com o seguinte texto que incorpora também sugestão feita pelo Min. Og Fernandes, *in verbis*:

4.3.) A efetiva *constrição patrimonial* e a efetiva *citação* (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo, *v.g.*, a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.*

Já a alteração sugerida pela Min. Assusete Magalhães à tese “4.4” de meu voto apenas adiciona ao texto a correlação entre os artigos 245, do CPC/1973 e 278, do CPC/2015 que tratam da preclusão para a alegação de nulidades relativas no processo. Meu texto original estava assim redigido, *verbo ad verbum*:

4.4) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245, do CPC), ao alegar a nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40, da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a do termo inicial - 4.1, onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Adoto agora a redação sugerida pela Min. Assusete para apresentar o seguinte texto:

4.4.) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

Considero prudente manter a menção ao CPC/1973 revogado, tendo em vista o imenso passivo sobre o qual serão aplicadas as teses provenientes deste repetitivo. Apenas registro que a redação da Min. Assusete faz menção a sua tese “4.1.a”, da qual discordo, posto que mantenho minha tese “4.1”, pelos motivos que já alinhavi em oportunidades anteriores e pelos que declinarei em seguida.

Posto isto, vamos às teses discordantes. Considero que o presente repetitivo possui três núcleos essenciais que necessitam de ser preservados, sob pena de não possuir qualquer eficácia material: 1º) a contagem da suspensão a partir da ciência/intimação da Fazenda Pública, *independentemente de o juiz ter expressamente determinado a suspensão*; 2º) a irrelevância das petições fazendárias infrutíferas; e 3º) a caracterização das nulidades nesse procedimento como relativas.

Subjacente a esses três núcleos, está a idéia de que o termo inicial e a contagem do prazo prescricional da prescrição intercorrente necessitam ser mais objetivos, com maior independência de providências do juiz e das partes. À toda evidência, *o grande problema que enfrentamos hoje nas execuções fiscais decorre justamente da falta de decisão expressa dos juízes determinando a suspensão do feito pelo art. 40, da LEF, o que acaba por submeter o início do prazo da prescrição intercorrente à subjetividade dos magistrados e procuradores.*

Poder-se-ia pensar, como o raciocina a Min. Assusete Magalhães, que este problema estaria contornado caso o repetitivo simplesmente determinasse que a decisão de suspensão devesse ser tomada “logo após a primeira tentativa

infrutífera de localização do devedor ou de bens penhoráveis” (teses “4.1.b” e “4.1.c”). Ocorre que essa determinação, 1º) além de não dar solução eficiente ao grande passivo de processos sobrestados em razão deste repetitivo onde não houve essa decisão expressa de suspensão “logo após a primeira tentativa infrutífera” ou onde sequer houve qualquer decisão de suspensão, muito embora intimada a Fazenda Pública do que ocorrido, 2º) também não dá solução eficiente e objetiva para os casos futuros onde os magistrados deixarem de cumprir o comando do repetitivo.

No primeiro caso, adotada a solução dada pela Min. Assusete Magalhães, os processos amontoados nas varas de execução fiscal há vários anos onde não houve decisão expressa de suspensão, *muito embora já intimada a Fazenda Pública da não localização de bens e devedores*, terão o início da contagem do prazo de suspensão condicionado a essa decisão judicial de suspensão que poderá vir ou não e não se sabe quando. *Ou seja, enquanto não houver decisão expressa de suspensão, os processos ficarão em uma espécie de “limbo judicial” onde não corre nem a suspensão e nem a prescrição intercorrente. Poderão ali se eternizar!* Para exemplo, no caso de crédito tributário, a contagem do prazo será bem superior à soma de 1 (um) ano de suspensão mais 5 (cinco) anos de prescrição, podendo atingir dezenas de anos ou até o infinito, a depender do zelo, condições e capacidade de trabalho de cara vara judicial, *criando evidente situação de desigualdade e insegurança jurídica que não cabe como resultado do julgamento de um repetitivo.*

No segundo caso, o de processos futuros onde desobedecido o comando do repetitivo para a decisão de suspensão pelo juiz “logo após a primeira tentativa infrutífera”, o problema se repete com um agravante. A situação do executado restará duvidosa e, certamente, quando vier aos autos ele irá recorrer questionando a ocorrência da prescrição tendo em vista a omissão do magistrado em decidir pela suspensão. *Assim, para os casos futuros, inauguraremos um novo caso repetitivo a ser decidido: qual o termo inicial da contagem do prazo da prescrição intercorrente quando o magistrado se omite em decidir pela suspensão logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens e devedores?*

O fato é que, se estamos determinando ao juiz da execução que dê a decisão de suspensão “logo após a primeira tentativa infrutífera”, qual a consequência que estipularemos para os casos onde tal decisão não é dada? Iremos beneficiar a Fazenda Pública, muito embora esta já esteja ciente de que não foram encontrados bens e devedores e de que a decisão de suspensão já deveria ter sido



dada? Iremos reconhecer o direito do devedor à prescrição decorrente do erro/omissão judicial?

Creio que a justiça está no reconhecimento do direito do devedor à prescrição. Além de a prescrição ser matéria de ordem pública cognoscível de ofício, Fazenda Pública já sabia que não foram encontrados bens e devedores, se não informou ao juiz que deveria ter decidido pela suspensão, agiu de má-fé. O Direito deve prestigiar a segurança jurídica. Daí porque *não faz sentido algum interpretarmos o texto do art. 40 da LEF como sendo a decisão judicial condicionante do início da suspensão sob pena de estarmos a oficializar justamente o grande problema que queremos solucionar com o repetitivo: a ideia de que o juiz controla o termo inicial do prazo de suspensão e, por conseguinte, controla o termo inicial do prazo da prescrição intercorrente.*

Por estas razões, dentre as outras já declinadas em minhas manifestações anteriores, mantenho as teses “4.1” e “4.2” de meu voto (adaptando esta última às teses “4.1.b” e “4.1.c” - agora “4.1.1.” e “4.1.2.”) para retirar a menção ao prazo quinquenal, e ao texto do art. 40, § 4º, da LEF) e rejeito as teses “4.1.a” e “4.2” propostas pela Ministra Assusete Magalhães.

Assim, incorporando as sugestões compatíveis feitas nas diversas sessões de julgamento do presente recurso especial, proponho as seguintes teses para os efeitos próprios do precedente repetitivo:

4.1.) O prazo de 1 (um) ano de suspensão do processo e do respectivo prazo prescricional previsto no art. 40, §§ 1º e 2º da Lei n. 6.830/80 - LEF tem início *automaticamente na data da ciência da Fazenda Pública* a respeito da não localização do devedor ou da inexistência de bens penhoráveis no endereço fornecido, havendo, *sem prejuízo dessa contagem automática*, o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução;

4.1.1.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., nos casos de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido antes da vigência da Lei Complementar n. 118/2005), depois da citação válida, ainda que editalícia, *logo após a primeira tentativa infrutífera de localização de bens penhoráveis*, o Juiz declarará *suspensa a execução*.

4.1.2.) Sem prejuízo do disposto no item 4.1., em se tratando de execução fiscal para cobrança de dívida ativa de natureza tributária (cujo despacho ordenador da citação tenha sido proferido na vigência da Lei Complementar n. 118/2005) e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária, *logo após a primeira tentativa frustrada de citação do devedor ou de localização de bens penhoráveis*, o Juiz declarará *suspensa a execução*.

4.2.) Havendo ou não petição da Fazenda Pública e havendo ou não pronunciamento judicial nesse sentido, *findo o prazo de 1 (um) ano de suspensão inicia-se automaticamente o prazo prescricional aplicável* (de acordo com a natureza do crédito exequendo) durante o qual o processo deveria estar arquivado sem baixa na distribuição, na forma do art. 40, §§ 2º, 3º e 4º da Lei n. 6.830/80 - LEF, findo o qual o Juiz, *depois de ouvida a Fazenda Pública*, poderá, de ofício, reconhecer a prescrição intercorrente e decretá-la de imediato;

4.3.) A efetiva *construção patrimonial* e a efetiva *citação* (ainda que por edital) são aptas a interromper o curso da prescrição intercorrente, *não bastando para tal o mero peticionamento em juízo*, requerendo, *v.g.*, a feitura da penhora sobre ativos financeiros ou sobre outros bens. *Os requerimentos feitos pelo exequente, dentro da soma do prazo máximo de 1 (um) ano de suspensão mais o prazo de prescrição aplicável (de acordo com a natureza do crédito exequendo) deverão ser processados, ainda que para além da soma desses dois prazos, pois, citados (ainda que por edital) os devedores e penhorados os bens, a qualquer tempo – mesmo depois de escoados os referidos prazos –, considera-se interrompida a prescrição intercorrente, retroativamente, na data do protocolo da petição que requereu a providência frutífera.*

4.4.) A *Fazenda Pública*, em sua primeira oportunidade de falar nos autos (art. 245 do CPC/73, correspondente ao art. 278 do CPC/2015), ao alegar nulidade pela falta de qualquer intimação dentro do procedimento do art. 40 da LEF, *deverá demonstrar o prejuízo que sofreu (exceto a falta da intimação que constitui o termo inicial - 4.1., onde o prejuízo é presumido)*, por exemplo, deverá demonstrar a ocorrência de qualquer causa interruptiva ou suspensiva da prescrição.

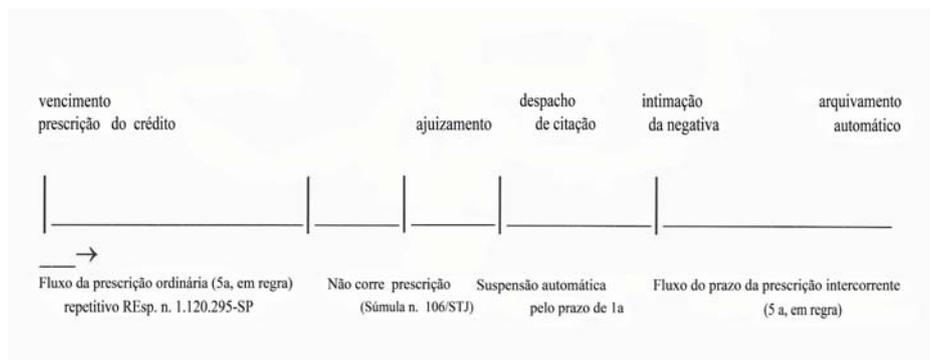
4.5.) O magistrado, ao reconhecer a prescrição intercorrente, deverá fundamentar o ato judicial por meio da *delimitação dos marcos legais que foram aplicados na contagem do respectivo prazo*, inclusive quanto ao período em que a execução ficou suspensa.

A tese “4.5.” foi adicionada por sugestão do Min. Og Fernandes, para mais bem disciplinar a aplicação do repetitivo e a tese “4.1.” teve sua redação alterada para dela constar o dever de o magistrado declarar ter ocorrido a suspensão da execução, consoante a sugestão feita pela Min. Assusete Magalhães e a contribuição do Min. Og Fernandes no sentido de que o ato do Juiz que constata a suspensão é meramente declaratório.

Abaixo acrescento, para facilitar a objetivação das teses e a aplicação do repetitivo aos casos concretos, gráfico didaticamente concebido seguido de exemplos de aplicação das teses expostas acima.



Gráfico da sistemática de prescrição intercorrente



Exemplos de aplicação das teses.

- Se a *citação for negativa e não forem encontrados bens*, intimada a Fazenda Pública inicia-se automaticamente a suspensão de 1a. (havendo ou não decisão judicial nesse sentido), devendo a Fazenda Pública tomar as providências para a promover a citação por edital (se for o caso) dentro do prazo de suspensão somado ao prazo de prescrição intercorrente a fim de interromper o prazo de prescrição intercorrente se já iniciado, sendo que o prazo iniciará ou reiniciará com a citação por edital, conforme o caso. Posteriormente, deverá a Fazenda Pública tomar as providências para a promover a efetiva constrição patrimonial dentro do prazo de prescrição intercorrente iniciado ou reiniciado, a fim de o interromper de forma retroativa à data em que protocolada a petição que ensejou a providência que foi efetivada.

- Se a *citação for positiva - para o caso de despacho que ordenou a citação para a cobrança de dívida ativa de natureza tributária antes da vigência da LC n. 118/2005 - e não forem encontrados bens*, afasta-se o fluxo da prescrição ordinária (a interrupção da prescrição *pela citação* retroage à data da propositura da ação - repetitivo REsp n. 1.120.295-SP). Assim, intimada a Fazenda Pública de que não foram encontrados bens inicia-se automaticamente a suspensão de 1ª (havendo ou não decisão judicial nesse sentido), devendo a Fazenda Pública tomar as providências para a promover a efetiva constrição patrimonial dentro do prazo de suspensão somado ao prazo de prescrição intercorrente a fim de interromper o prazo de prescrição intercorrente de forma retroativa à data em que protocolada a petição que ensejou a providência que foi efetivada.

- Se a *citação for positiva - para o caso de despacho que ordenou a citação para a cobrança de dívida ativa de natureza tributária depois da vigência da LC*

n. 118/2005 e de qualquer dívida ativa de natureza não tributária - e não forem encontrados bens afasta-se o fluxo da prescrição ordinária (a interrupção da prescrição *pelo despacho que ordena a citação* retroage à data da propositura da ação - repetitivo REsp n. 1.120.295-SP). Assim, intimada a Fazenda Pública de que não foram encontrados bens inicia-se automaticamente a suspensão de 1ª (havendo ou não decisão judicial nesse sentido), devendo a Fazenda Pública tomar as providências para a promover a efetiva constrição patrimonial dentro do prazo de suspensão somado ao prazo de prescrição intercorrente a fim de interromper o prazo de prescrição intercorrente de forma retroativa à data em que protocolada a petição que ensejou a providência que foi efetivada.

- Em todos os casos acima *é dever do magistrado declarar o início do prazo de suspensão de 1a. no primeiro momento em que constatar que a citação foi negativa e/ou que não foram encontrados bens*, mas a ausência dessa declaração não impede o fluxo dos prazos.

Ante o exposto, *mantenho o voto com os acréscimos e modificações feitos no presente aditamento* às teses já admitidas em sessão.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.405.244-SP (2013/0322683-1)

Relator: Ministro Napoleão Nunes Maia Filho

Recorrente: Vinhos Salton S/A Indústria e Comércio e outro

Advogado: Ricardo Nussrala Haddad e outro(s) - SP131959B

Recorrido: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional - PR000000O

EMENTA

Tributário. *Recurso especial repetitivo* (art. 543-C do CPC/1973 e art. 1.036 do CPC/2015). Afixação de selos de controle em produtos sujeitos à incidência de IPI: obrigação tributária acessória. Pagamento pelo fornecimento dos selos especiais: obrigação tributária principal,

da espécie *Taxa de Polícia*. Precedentes: REsp 1.448.096/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 14.10.2015; REsp 1.556.350/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º.12.2015; e RE 662.113/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJe 12.2.2014. *Previsão veiculada em norma infralegal*. DL 1.437/1975. Ofensa à regra da estrita legalidade tributária. Art. 97, IV do CTN. Reconhecimento do indébito. Prescrição quinquenal da pretensão repetitória de tributos sujeitos a lançamento de ofício. Julgamento sujeito ao art. 543-C do Código Buzaid e art. 1.036 do Código Fux. Recurso especial dos particulares conhecido e parcialmente provido, para reconhecer o direito à repetição tributária, mas alcançando apenas o quinquênio anterior à propositura da ação correspondente.

1. A obrigação tributária acessória tem por escopo facilitar a fiscalização e permitir a cobrança do tributo, sem que represente a própria prestação pecuniária devida ao Ente Público.

2. Ao impor a determinados sujeitos passivos o dever de afixar selos especiais em seus produtos, o Ente Tributante atua nos moldes do art. 113, § 2º do CTN, pois se trata de obrigação de fazer, no interesse exclusivo do Fisco.

3. Por outro lado, não pode ser considerada acessória a obrigação de pagar pelo fornecimento dos selos especiais utilizados para tal controle, haja vista a tipificação dessa cobrança como taxa, a teor do art. 77, *caput* do CTN.

4. De fato, a diferença fundamental entre obrigação tributária principal e obrigação tributária acessória é a natureza da prestação devida ao Estado. Enquanto aquela (principal) consubstancia entrega de dinheiro, esta (acessória) tem natureza prestacional (fazer, não fazer ou tolerar).

5. Embora ao Fisco seja dado impor ao sujeito passivo certas obrigações acessórias por meio da legislação tributária – expressão que compreende não só as leis, mas, também, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes –, o mesmo não ocorre no âmbito das taxas, que devem obediência à regra da estrita legalidade tributária, nos termos do art. 97, IV do CTN.

6. O art. 3º do Decreto 1.437/1995, ao impor verdadeira taxa relativa à aquisição de selos de controle do IPI, incide em vício formal; a exação continua sendo tributo, a despeito de ser intitulada de ressarcimento prévio.

7. Conclui-se que, no entorno dos selos especiais de controle do IPI, *o dever de afixá-los* tem natureza de obrigação acessória, enquanto *o dever de adquiri-los* tem natureza de obrigação principal.

8. A partir de um prisma didático, convém classificar como *Taxas do Poder de Polícia* aquelas que têm origem, ensejo e justificativa no vigiar e punir, ou seja, na fiscalização, que é interesse eminentemente estatal, reservando a categoria das *taxas de serviço* para aquelas que se desenvolvem em função do interesse do usuário, ante a compreensão de que esse interesse é relevante para definir a atividade como serviço.

9. Na espécie, os valores exigidos à guisa de ressarcimento originam-se do exercício de poderes fiscalizatórios por parte da Administração Tributária, que impõe a aquisição dos selos como mecanismo para se assegurar do recolhimento do IPI, configurando-se a cobrança como tributo da espécie *Taxa de Poder de Polícia*.

10. Pontua-se que a questão ora discutida somente se refere à *inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1995), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014*, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964.

11. Em tempo, esclareça-se que, por se tratar de tributo sujeito a lançamento de ofício, é quinquenal a pretensão de reaver os valores pagos indevidamente, tendo como termo inicial a data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, consoante se extrai da leitura combinada dos arts. 165, I e 168 I do CTN.

12. Recurso Especial de *Vinhos Salton S.A. Indústria e Comércio e Outro* conhecido e parcialmente provido. Na espécie, não se reconhece o direito à repetição de indébito tributário, senão somente no que se refere ao quinquênio anterior à propositura da ação.

13. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 do Código Fux, CPC/2015), fixando-se a tese da inexigibilidade

do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal, excluídos os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014. Aqui se trata de observância à estrita legalidade tributária.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, a sessão, por unanimidade, conhecer do Recurso Especial e dar-lhe parcial provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa (voto-vista proferido apenas em relação à tese), Gurgel de Faria e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Impedida a Sra. Ministra Regina Helena Costa relativamente ao julgamento do caso concreto, nos termos da questão de ordem suscitada na assentada de 9.5.2018.

Ausentes, justificadamente, o Sr. Ministros Francisco Falcão e a Sra. Ministra Assusete Magalhães.

Brasília (DF), 08 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Relator

DJe 13.11.2018

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho: 1. Trata-se de Recurso Especial interposto por *Vinhos Salton S.A. Indústria e Comércio e Outro* contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado:

Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica. Obrigação acessória.

1. A aquisição de selo para controle do IPI tem natureza jurídica de obrigação acessória, por visar facilitar a fiscalização e arrecadação do tributo principal, conforme previsão contida no artigo 113, § 2º do CTN.

2. A cobrança pela confecção e fornecimento dos selos, nos moldes do Decreto-Lei 1.437/75, constitui ressarcimento aos cofres públicos do seu custo e não tem natureza jurídica de taxa ou preço público.

3. Por força art. 3º do Decreto-Lei 1.437/75, houve revogação do benefício da gratuidade prevista originariamente no art. 46 da Lei 4.502/64 e retirada a matéria do âmbito legal, atribuindo ao Ministro da Fazenda competência para regulamentá-la por meio de ato normativo próprio.

4. Por não se estar diante de obrigação de natureza tributária, mas acessória, não se verifica ofensa ao princípio da legalidade estrita insculpido no art. 150, I da Constituição Federal, nem tampouco revogação do Decreto-Lei 1.437/75, por força do artigo 25, inciso I do ADCT, sendo legítima a atribuição de competência prevista no artigo 3º do Decreto-Lei 1.437/75 (fls. 452).

2. Rejeitaram-se os Embargos de Declaração (fls. 472).

3. Em seu Apelo Nobre, fundado no art. 105, III, *a* da CF/88, os recorrentes alegam ofensa aos arts. 3º, 7º e 97, I, III e IV do CTN, argumentando que tem natureza de taxa (cuja instituição se sujeita à reserva de lei em sentido estrito) a exigência de ressarcimento do custo de selos destinados ao controle da produção de determinadas bebidas, para fins de incidência do IPI, revelando-se ilegal o art. 3º do DL 1.437/1975, que tratou a exação à maneira de mera obrigação acessória/instrumental.

4. Sustentam, ainda, haver dissídio entre o acórdão recorrido e dezenas de acórdãos proferidos pelo Supremo Tribunal Federal, notadamente aqueles proferidos nos autos do AgRg no RE 392.640/RS e do AgRg no AgRg no RE 423.625/RS, no que diz respeito à revogação do DL 1.497/1975 pelo art. 25 do ADCT/1988.

5. Em contrarrazões, preliminarmente, a *Fazenda Nacional* defende que o Apelo Nobre não deve superar o exame de admissibilidade, haja vista: (i) a ausência de indicação explícita do dispositivo da CF/1988 em que se fundamenta a interposição; e (ii) a ausência de prequestionamento das teses recursais. No mérito, assevera: (i) que a exação, objeto da controvérsia, deve ser compreendida como obrigação tributária acessória, não havendo falar em reserva de lei em sentido estrito; e (ii) que a taxa, sendo assim considerada a exigência, foi instituída pelo próprio DL 1.497/1975, e não por ato de Ministro de Estado, razão pela qual não se poderia considerar ofendida a regra da legalidade.

6. Na decisão que admitiu o Recurso Especial, a ilustre Vice-Presidente da Corte Regional, Desembargadora *Salette Nascimento*, identificou o Apelo Nobre,

ora sob exame, como representativo de uma multiplicidade de recursos com fundamento em idêntica questão de direito, a teor do art. 543-C do CPC/1973 (fls. 548/549).

7. O Apelo foi admitido como Recurso Especial Repetitivo (fls. 631/634).

8. O MPF, em parecer subscrito pelo ilustre Subprocurador-Geral da República *Wagner de Castro Mathias Netto*, manifestou-se pelo provimento do Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:

Recurso Especial. Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica de tributo. Observância da legalidade estrita. Precedentes do STF. Pelo provimento (fls. 641).

9. É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho (Relator): 1. Inicialmente, afastam-se as objeções apresentadas pela *Fazenda Nacional* ao conhecimento do Apelo Nobre.

2. De fato, a simples ausência de indicação de quais alíneas do art. 105, III da CF/88 teriam fundamentado a interposição do Apelo Nobre não compromete, em medida alguma, a compreensão da controvérsia posta sob exame. Absolutamente, pretender descartar um ato processual qualquer por (suposto) defeito de repercussão prática ínfima, ou nenhuma, é medida atentatória contra o objetivo maior de efetividade da Jurisdição, consolidado na regra segundo a qual *pas de nullité sans grief*, mais ainda porque, no caso, a rigor, a recorrida sequer afirma que teria havido prejuízo.

3. A alegada ausência de prequestionamento das teses recursais também se revela de improcedência manifesta, haja vista que a instância de origem examinou todos os dispositivos que os recorrentes sustentam vulnerados, proferindo juízo explícito a respeito da classificação da exigência de ressarcimento do custo de selos destinados ao controle da produção de determinadas bebidas, para fins de incidência do IPI, como obrigação acessória/instrumental.

4. Superadas as preliminares – e adentrando no exame da natureza jurídica da exigência de ressarcimento do custo de selos destinados ao controle da produção de determinadas bebidas, para fins de incidência do IPI, como

obrigação acessória/instrumental –, convém registrar que não parece haver controvérsia sobre a classificação do dever de aposição dos selos como *obrigação acessória*, nos termos previstos no art. 113, § 2º do CTN. Conforme tão bem explicitado na autorizada lição do Professor LEANDRO PAULSEN, o conceito de obrigação tributária acessória, ou instrumental, pode ser assim sintetizado:

(...) Obrigação acessória é obrigação de fazer em sentido amplo (fazer, não fazer, tolerar), no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos (Direito Tributário: Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, Porto Alegre, Livraria do Advogado, ESMAFE, 2014, p. 999).

5. De fato, desde que observados os direitos e as garantias fundamentais, ao Fisco é dado impor ao sujeito passivo certas obrigações tributárias acessórias – por meio da legislação tributária, não necessariamente da lei, em sentido estrito –, que consistirão em prestações (obrigações) positivas (de fazer) ou negativas (de não fazer) previstas no interesse da arrecadação dos tributos.

6. Dentre as condutas a que podem se subordinar os Contribuintes, no interesse da Administração Tributária, encontra-se o dever de afixar selos confeccionados para facilitar a fiscalização do recolhimento do IPI sobre determinados produtos, a teor da autorização instituída pelo art. 46 da Lei 4.502/1964:

Art. 46 - O regulamento poderá determinar, ou autorizar que o Ministério da Fazenda, pelo seu órgão competente, determine a rotulagem, marcação ou numeração, pelos importadores, arrematantes, comerciantes ou repartições fazendárias, de produtos estrangeiros cujo controle entenda necessário, bem como prescrever, para estabelecimentos produtores e comerciantes de determinados produtos nacionais, sistema diferente de rotulagem, etiquetagem obrigatoriedade de numeração ou aplicação de selo especial que possibilite o seu controle quantitativo.

7. Essa previsão foi concretizada pelo art. 3º do DL 1.437/1975, depois revogado pela Lei 12.995/2014:

Art. 3º - O Ministro da Fazenda poderá determinar seja feito, mediante ressarcimento de custo e demais encargos, em relação aos produtos que indicar e pelos critérios que estabelecer, o fornecimento do selo especial a que se refere o artigo 46 da Lei número 4.502, de 30 de novembro de 1964, com os parágrafos que lhe foram acrescentados pela alteração 12ª do artigo 2º do Decreto-Lei 34, de 18 de novembro de 1966.

8. Densificando a regulamentação, advieram os arts. 223 e 237 do Decreto 4.544/2002, o art. 27 da Instrução Normativa 73/2001, da Secretaria da Receita Federal, os arts. 284 e 298 do Decreto 7.212/2010 e os arts. 25 a 27 da Instrução Normativa 1.432/2013, da Secretaria da Receita Federal:

Decreto 4.544/2002:

Art. 223 - Estão sujeitos ao selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502, de 1964, segundo as normas constantes deste Regulamento e de atos complementares, os produtos relacionados em ato do Secretário da Receita Federal, que poderá restringir a exigência a casos específicos, bem assim dispensar ou vedar o uso do selo (Lei 4.502, de 1964, art. 46).

Art. 237 - O Ministro da Fazenda poderá determinar que o fornecimento do selo de controle aos usuários seja feito mediante ressarcimento de custos e demais encargos, em relação aos produtos ou espécies de produtos que indicar e segundo os critérios e condições que estabelecer (Decreto-Lei 1.437/1975, art. 3º)

Instrução Normativa 73/2001:

Art. 27. O selo de controle dos produtos de que trata esta Instrução Normativa será fornecido ao estabelecimento mediante ressarcimento prévio ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, observados os valores de fornecimento vigentes na data do recolhimento.

Decreto 7.212/2010:

Art. 284. Estão sujeitos ao selo de controle previsto no art. 46 da Lei n. 4.502, de 1964, segundo as normas constantes deste Regulamento e de atos complementares, os produtos relacionados em ato da Secretaria da Receita Federal do Brasil, que poderá restringir a exigência a casos específicos, bem como dispensar ou vedar o uso do selo (Lei n. 4.502, de 1964, art. 46).

[...] Art. 298. O Ministro de Estado da Fazenda poderá determinar que o fornecimento do selo de controle aos usuários seja feito mediante ressarcimento de custos e demais encargos, em relação aos produtos ou espécies de produtos que indicar e segundo os critérios e condições que estabelecer (Decreto-Lei n. 1.437, de 17 de dezembro de 1975, art. 3º). {Grifos pela Fazenda Nacional}

Instrução Normativa 1.432/2013:

Art. 25. O selo de controle será fornecido ao estabelecimento mediante ressarcimento prévio ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento

das Atividades de Fiscalização (Fundaf), observados os valores de ressarcimento vigentes na data do recolhimento.

§ 1º O ressarcimento deverá ser realizado, por intermédio de Darf, em estabelecimento bancário integrante da rede arrecadadora de receitas federais.

§ 2º Os estabelecimentos poderão deduzir da Contribuição para o PIS/Pasep ou da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido correspondente ao ressarcimento de que trata o caput, efetivamente pago.

Art. 26. O estabelecimento que houver efetuado recolhimento indevido do ressarcimento prévio de que trata o art. 25, terá direito à restituição do valor excedente mediante crédito.

§ 1º Para efeito do disposto no caput, o estabelecimento formulará requerimento ao titular da unidade da RFB fornecedora dos selos, instruído com uma via do Darf comprobatório do recolhimento indevido e a correspondente solicitação de fornecimento de selos de controle.

§ 2º Reconhecido o direito ao crédito, poderá o estabelecimento compensar o saldo credor na próxima requisição de selos que efetuar.

Subseção II Da Complementação de Valor do Ressarcimento ao Fundaf Art. 27. Eventuais diferenças verificadas no ressarcimento de selos de controle deverão ser recolhidas a crédito do Fundaf, nos termos do art. 25

9. Mister esclarecer que a diferença fundamental entre obrigação tributária principal e obrigação tributária acessória é a natureza da prestação devida ao Estado. Enquanto aquela (principal) consubstancia entrega de dinheiro, esta (acessória) tem natureza prestacional (fazer, não fazer, tolerar). Por sua clareza e precisão, confirmam-se os ensinamentos da Professora REGINA HELENA COSTA acerca do tema:

(...) O Código, assim, emprega o conceito de obrigação como gênero, a significar relação jurídica que pode assumir caráter patrimonial ou não patrimonial, de acordo com a natureza da prestação correspondente: na primeira hipótese, o objeto é o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária (obrigação principal); na segunda, um comportamento positivo ou negativo do sujeito passivo (obrigação acessória) (Curso de Direito Tributário: Constituição e Código Tributário Nacional, São Paulo: Saraiva, 2012, p. 192).

10. Isto não significa, todavia, que as obrigações acessórias não sejam economicamente aferíveis aos Contribuintes, implicando-lhes dispêndios; muito pelo contrário, consoante esclarece o Professor ROQUE ANTONIO CARRAZA:

(...) De regra, para cumprir seus deveres instrumentais, o contribuinte, ou o terceiro a ele ligado, precisa mobilizar pessoal, efetuar gastos (adquirindo livros, mandando imprimir notas fiscais etc.), dispor de espaço (para acondicionar as guias de recolhimento, para possibilitar, aos agentes do Fisco, o exame da documentação etc.), contratar mão-de-obra especializada (contadores, advogados, economistas etc.), e assim por diante. Tais providências demandam, indubitavelmente, tempo e dinheiro (Curso de Direito Constitucional Tributário. São Paulo: Malheiros, 2005, p. 332).

11. É exatamente quanto a este aspecto que relevante e qualificada parte da doutrina e da jurisprudência, *data venia*, se confunde ao estudar situações similares à espécie. Muitos, como o recorrido e o Tribunal *ad quo*, defendem que o fato de as obrigações acessórias representarem gastos aos Contribuintes possibilita ao Estado criá-las, responsabilizar-se por seu implemento e, desde logo, cobrar por estes inevitáveis gastos, sem desnaturá-los. Olvida-se, entretanto, que, a partir do momento em que nasce o dever de pagar quantia ao Estado, de forma compulsória, tem vida a obrigação tributária principal.

12. O ponto nodal aqui é perceber que o Estado pode criar obrigações acessórias, as quais, invariavelmente, representam gastos aos sujeitos passivos; contudo, *estas despesas são secundárias à atuação estatal*. É dizer, quando o Poder Público prevê determinada obrigação acessória, ainda que gere custos marginais, *não está criando para o Contribuinte dever de entregar-lhe diretamente dinheiro*. A obrigação acessória tem por escopo permitir a exata cobrança do tributo, sem que represente a própria prestação pecuniária devida ao Ente Público ou a quem lhe faça as vezes.

13. Resta clara, então, a existência de duas obrigações tributárias distintas no entorno dos selos especiais de controle do IPI: (i) o dever de afixá-los, de natureza acessória; e (ii) o dever de adquiri-los – *ressarcindo previamente* a Administração Tributária de despesas realizadas em razão do exercício do poder de polícia –, de natureza principal.

14. Embora essa dicotomia não tenha sido reconhecida por acórdãos já antigos, que examinaram a controvérsia específica no âmbito da Primeira Turma, parece ter sido ela acolhida no julgamento de Recurso Especial em que se examinou questão deveras similar, com composição do Órgão próxima à atual:

Tributário. Sistema de Controle de Produção de Bebidas - SICOBE. Art. 58-T da Lei 10.833/03 (redação dada pela Lei 11.827/08). Obrigação acessória. Obrigação

de ressarcir os custos suportados pela Casa da Moeda com a fiscalização da atividade. Art. 28 da Lei 11.488/07. Obrigação tributária principal. Tributo. Taxa pelo exercício do poder de polícia. Fixação da alíquota e base de cálculo do ressarcimento por ato da Receita Federal. Ato declaratório do Executivo RFB 61/08. Violação ao art. 97, inciso IV do CTN, reserva legal. Proporcionalidade à capacidade produtiva imposta pela lei. Não observância pelo ato infralegal. Fixação de valor único. Afronta ao art. 28, § 4º da Lei 11.488/07. Prejudicada a multa pelo inadimplemento do ressarcimento. Recurso especial conhecido e provido.

1. O art. 58-T da Lei 10.833/03 (redação dada pela Lei 11.827/08) criou para as pessoas jurídicas que importam ou industrializam refrigerante, cerveja, água e refresco a obrigação de instalar equipamentos contadores de produção a fim de viabilizar a fiscalização da cobrança de PIS/COFINS e IPI. Ao regulamentar o dispositivo, a Instrução Normativa RFB 869/08 estabeleceu que o monitoramento da contagem seria feito por meio do Sistema de Controle de Produção de Bebidas (SICOBE).

2. O dever de adotar o SICOBE qualifica-se como obrigação acessória, de que cuida o art. 113, § 2º do CTN.

3. O art. 28, §§ 2º e 3º da Lei 11.488/07 impôs ao estabelecimento industrial o dever de ressarcir (entregar dinheiro) a Casa da Moeda do Brasil por possibilitar o funcionamento do SICOBE.

4. Avulta a necessidade de distinguir a natureza das duas obrigações tributárias distintas, circunscritas ao SICOBE: (i) o dever de implementá-lo, de natureza acessória; e (ii) o dever de ressarcir à Casa da Moeda do Brasil os custos ou despesas da fiscalização da atividade, de natureza principal. Precedente: REsp 1.069.924/PR, Rel. Min. *Eliana Calmon*, DJe 26.2.2009.

5. A diferença fundamental entre obrigação tributária principal e obrigação tributária acessória é a natureza da prestação devida ao Estado. Consoante ensina a Professora REGINA HELENA COSTA, Ministra do STJ, enquanto a primeira consubstancia entrega de dinheiro, a segunda tem natureza prestacional (fazer, não fazer, tolerar). Isto não significa, todavia, que das obrigações acessórias não resultem dispêndios aos contribuintes, muito pelo contrário.

6. Parte da doutrina e da jurisprudência defende que o fato de as obrigações acessórias implicarem gastos aos contribuintes possibilita ao Estado criá-las, responsabilizá-los por seu implemento e, desde logo, cobrar por estes inevitáveis gastos, sem desnaturá-las. Olvida-se, entretanto, que a partir do momento em que nasce o dever de pagar quantia ao Estado, de forma compulsória, tem vida a obrigação tributária principal.

7. Os arts. 58-T da Lei 10.833/03 c/c 28 da Lei 11.488/07 impuseram obrigação pecuniária compulsória, em moeda, fruto de ato lícito. Assim, a despeito de ter sido intitulada de ressarcimento, a cobrança se enquadra no conceito legal de tributo, nos termos do art. 3o. do CTN.

8. Os valores exigidos, à guisa de ressarcimento, originam-se do exercício de poderes fiscalizatórios por parte da Fazenda Nacional, para evitar que as empresas produtoras de bebidas incidam em evasão fiscal. Tais atos fiscalizatórios são ínsitos ao poder de polícia de que está investida a União Federal, cuja remuneração pode ser perpetrada por meio da chamada taxa de polícia. Até aqui, mal algum há na conduta do Estado, pois lhe é amplamente permitido criar novas taxas através de lei.

9. O vício surge na forma como se estabeleceu o valor da taxa, por meio do Ato Declaratório do Executivo RFB 61/08. É que o art. 97, inciso IV do CTN estatui que somente a lei pode estabelecer a fixação de alíquota e da base de cálculo dos tributos e o art. 28, § 4º da Lei 11.488/07 não previu o *quantum* deveria ser repassado à Casa da Moeda do Brasil, apenas atribuiu à Secretaria da Receita Federal do Brasil a competência para fazê-lo.

10. Ademais, o Ato Declaratório do Executivo RFB 61/08, quando definiu o valor cobrado a título de ressarcimento em número fixo por unidade de produto, não respeitou o contido no próprio dispositivo que lhe outorgou esta competência. O art. 28, § 4º da Lei 11.488/07 estabeleceu a premissa segundo a qual os valores do ressarcimento deveriam ser proporcionais à capacidade produtiva do estabelecimento industrial, mas a Secretaria da Receita Federal do Brasil não se preocupou com este importante aspecto, cobrando igual montante de todos os produtores, indistintamente.

11. Desta forma, há violação ao art. 97, IV do CTN e ao 28, § 4º da Lei 11.488/07, de modo a contaminar todo substrato vinculada ao ressarcimento, sobretudo a penalidade por seu inadimplemento.

12. Neste contexto, os questionamentos em torno da multa pelo não pagamento do ressarcimento restaram prejudicados com o entendimento que ora se firma da impossibilidade de cobrança do próprio ressarcimento, cuja alíquota e base de cálculo foram previstas em afronta ao art. 97, IV do CTN e 28, § 4º da Lei 11.488/07. Insustentável a obrigação de ressarcir, fixada no Ato Declaratório do Executivo RFB 61/08, também o é a multa decorrente de seu fictício inadimplemento. Por conseguinte, prejudicado está o conhecimento do dissídio jurisprudencial quanto à possibilidade de ato infralegal ampliar o conteúdo de punição tributária.

13. Recurso Especial conhecido e provido (REsp 1.448.096/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 14.10.2015).

15. Trata-se, ademais, da mesma *ratio* que preponderou no âmbito do outro colegiado de Direito Público desta Corte:

Tributário. Processual Civil. Ausência de violação do art. 535 do CPC. Sistema de Controle de Produção de Bebidas - SICOBE. Obrigação de ressarcir os custos suportados pela Casa da Moeda com a instalação e a manutenção do sistema.

Obrigação tributária principal. Tributo. Taxa pelo exercício do poder de polícia. Fixação da alíquota e base de cálculo por ato infra-legal. Violação do art. 97, inciso IV do CTN. Proporcionalidade à capacidade produtiva imposta pela lei. Não observância. Violação do art. 28, § 4º da Lei 11.488/07.

1. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

2. Insurge-se a ora recorrente contra o ressarcimento de valores devido pelas empresas fabricantes de bebidas frias (água, refrigerantes, cervejas) em decorrência da instalação do Sistema de Controle de Produção de Bebidas - SICOBE que foi desenvolvido de forma conjunta pela Receita Federal do Brasil e pela Casa da Moeda do Brasil para fiscalizar o volume de produção das referidas empresas e, assim, facilitar a cobrança de tributos (PIS/COFINS, PIS/COFINS Importação e IPI), sendo de utilização obrigatória por todos os fabricantes.

3. A obrigação de ressarcir os custos de instalação e manutenção desse sistema à Casa da Moeda do Brasil subsume-se perfeitamente ao conceito de tributo disposto no art. 3º do Código Tributário Nacional, segundo o qual: Tributo é toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Desse modo, apesar de intitulada como ressarcimento, a cobrança instituída pelos artigos 58-T da Lei 10.833/2003 e 28 da Lei 11.488/07 é tributo na modalidade taxa.

4. Tratando-se de taxa não poderia a sua alíquota e base de cálculo ser fixada por ato infra-legal, no caso o Ato Declaratório do Executivo RFB 61/2008, o que viola o art. 97, inciso IV do CTN.

5. O Ato Declaratório do Executivo RFB 61/2008 contraria a lei (art. 28, § 4º da Lei 11.488/2007) também quando estabelece um valor fixo de ressarcimento (R\$ 0,03 por embalagem) sem considerar a proporcionalidade entre o valor devido e capacidade produtiva de cada estabelecimento industrial.

6. Recurso Especial parcialmente provido (REsp 1.556.350/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º.12.2015).

16. No presente caso, a Lei remeteu a ato infralegal a instituição de prestação pecuniária compulsória, em moeda, que não constitui sanção de ato ilícito e é cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada. Ora, essa obrigação consiste perfeitamente no que o art. 3º do CTN definiu como tributo: *toda prestação pecuniária compulsória, em moeda ou cujo valor nela se possa exprimir, que não constitua sanção de ato ilícito, instituída em lei e cobrada mediante atividade administrativa plenamente vinculada*. Assim, a despeito de ter sido intitulada de *ressarcimento*, a cobrança instituída pelo art. 3º do DL 1.437/1975, é, em verdade, tributo.

17. A teoria pentapartite apresenta cinco espécies no Sistema Tributário Nacional, a partir da nova ordem constitucional: impostos; taxas; contribuições de melhoria; empréstimos compulsórios e contribuições especiais. Diante deste rol, não resta dúvida de que a exação, sob análise, qualifica-se como taxa, que tem *como fato gerador o exercício regular do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao Contribuinte ou posto à sua disposição* (art. 77 do CTN). Destaca-se que o art. 4º do CTN estatui que a natureza jurídica específica do tributo é determinada pelo fato gerador da respectiva obrigação, sendo irrelevantes para qualificá-la a denominação e demais características formais.

18. Resta perquirir, nesta senda, se essa taxa decorre do exercício do poder de polícia ou da prestação, ou disponibilização, de serviço público específico e divisível.

19. Nos autos do já mencionado REsp 1.448.096/PR – em que a 1ª Turma desta Corte debateu a natureza jurídica do ressarcimento devido à Casa da Moeda do Brasil pelos custos de integração, instalação e manutenção preventiva e corretiva de todos os equipamentos contadores de produção, nos estabelecimentos industriais envasadores de bebidas frias, a fim de viabilizar a fiscalização e cobrança do IPI, da contribuição ao PIS e da COFINS, no contexto do Sistema de Controle e Produção de Bebidas (SICOBEBE) –, prevaleceu o entendimento de que se estaria diante de *Taxa de Poder de Polícia*, e não de *Taxa de Serviço*.

20. Embora concordes quanto à natureza tributária do intitulado ressarcimento, os ilustres Ministros *Benedito Gonçalves* e *Regina Helena Costa*, naquela oportunidade, objetaram, mediante estudos profundos e conscienciosos, que se estaria diante de *Taxa de Serviço*, e não de *Taxa do Poder de Polícia*, haja vista que tal ressarcimento *não se referiria à fiscalização da atividade particular em si mesma, mas ao custo dos serviços executados para a operacionalização de tal sistema*.

21. A consciente adoção epistemológica da *lex parsimoniae*, da Navalha de Occam, porém, faz acreditar que talvez seja mais conveniente, também por um prisma didático, classificar como *Taxas do Poder de Polícia* aquelas que têm origem, ensejo e justificativa no *vigiar e punir*, na fiscalização, que é interesse eminentemente estatal, reservando a categoria das *taxas de serviço* para aquelas que se desenvolvem em função do interesse do usuário, ante a compreensão de que esse interesse é relevante para definir a atividade como *serviço*.

22. Com efeito, poder de polícia é conceituado pelo art. 78 do CTN como *atividade da administração pública que, limitando ou disciplinando direito, interesse*

ou liberdade, regula a prática de ato ou abstenção de fato, em razão de interesse público concernente à segurança, à higiene, à ordem, aos costumes, à disciplina da produção e do mercado, ao exercício de atividades econômicas dependentes de concessão ou autorização do Poder Público, à tranquilidade pública ou ao respeito à propriedade e aos direitos individuais ou coletivos.

23. Serviços públicos, por outro lado, têm a seguinte definição, segundo a Professora MARIA SYLVIA ZANELLA DI PIETRO:

(...) Toda atividade material que a lei atribui ao Estado para que a exerça diretamente ou por meio de seus delegados, com o objetivo de satisfazer concretamente às necessidades coletivas, sob regime jurídico total ou parcialmente público (Direito Administrativo. 17. ed. São Paulo: Atlas, 2004, p. 99).

24. Na espécie, os valores exigidos à guisa de ressarcimento originam-se do exercício de poderes fiscalizatórios por parte da Administração Tributária, que *impõe* a aquisição dos selos como mecanismo para se assegurar do recolhimento do IPI.

25. Nesse sentido se firmou a jurisprudência do STF:

(...) A finalidade da cobrança, como se vê na parte final do artigo 46, é de controle quantitativo, ou seja, está em debate o exercício de poderes fiscalizatórios por parte da administração fazendária. Daí a inequívoca incidência do artigo 77 do Código Tributário Nacional. O selo do IPI não gera nenhum proveito, nenhum benefício, ao contribuinte, razão pela qual o fornecimento dele não pode ser considerado serviço público. Ao contrário, é requisito de regularidade na prática de uma atividade privada (RE 662.113/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJE 12.2.2014).

26. Na seara fiscal, por tautológico que seja, os mecanismos de controle servem aos interesses de quem controla (tributante), não aos interesses do controlado (tributado), que, em princípio, não tem interesse algum em ser alvo da fiscalização.

27. Absolutamente, se fosse do interesse do produtor de bebidas afixar selos em suas garrafas, ele naturalmente os adquiriria no mercado, escolhendo o estilo que mais lhe aprouvesse, pelo preço que conviesse, então remunerando um serviço de natureza obviamente privada; no caso de selos de controle, cuja aquisição é imposta pelo Estado, no interesse do Fisco e em detrimento e a despeito de qualquer interesse do produtor de bebidas, parece destoante designar isso de serviço, pois muito mais parece – talvez porque efetivamente seja – uma obrigação decorrente do exercício do poder de polícia.

28. Sem eufemismos, o fornecimento de selo de controle tanto não é serviço que o produtor (se não fosse obrigado a tanto) simplesmente não teria interesse em adquiri-lo no mercado; muito pelo contrário, é possível cogitar inclusive que seria financeiramente razoável despender recursos para se desobrigar dessa custosa regra.

29. É muito diferente o caso, por exemplo, de uma taxa de limpeza pública, clássica e corretamente definida como *taxa de serviço*, haja vista o efetivo interesse particular, não só estatal, de não acumular lixo nos arredores do imóvel do sujeito passivo. Aqui, sim, mostra-se autorizado categorizar como *taxa de serviço*, máxime porque, não fosse o Estado a prestar esse *serviço*, seria ele desempenhado, de todo modo, contratando-se terceiros ou por mão própria, como de resto se observa nas localidades em que não existe coleta estatal do lixo.

30. Com isso, reafirma-se a compreensão de que o ressarcimento sob análise é tributo da espécie *Taxa do Poder de Polícia*, de modo que há vício de forma na sua instituição por norma infralegal.

31. Em tempo, esclareça-se que os incisos I e II do art. 165 do CTN estabelecem que os valores decorrentes de tributos indevidamente pagos serão restituídos, seja qual for a modalidade de pagamento. É a seguinte a redação do referido dispositivo:

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

32. E o prazo para o Contribuinte reaver os valores pagos indevidamente tem previsão expressa no art. 168 do CTN, que assim dispõe:

Art. 168. O direito de pleitear a restituição extingue-se com o decurso do prazo de 5 (cinco) anos, contados:

I - nas hipótese dos incisos I e II do artigo 165, da data da extinção do crédito tributário; (Vide art. 3 da LC 118, de 2005)

II - na hipótese do inciso III do artigo 165, da data em que se tornar definitiva a decisão administrativa ou passar em julgado a decisão judicial que tenha reformado, anulado, revogado ou rescindido a decisão condenatória.

33. Note-se que, na hipótese de ressarcimento do custo para fornecimento de selo de controle de IPI, se está diante de tributo sujeito a *lançamento de ofício*, considerando que os dados essenciais para constituição do crédito são de conhecimento da própria Administração Pública, que realiza os cálculos relativos aos custos de confecção dos selos, cabendo ao Contribuinte tão somente o recolhimento do valor previamente fixado por ocasião de sua aquisição. Logo, a participação do Contribuinte é apenas secundária, já que esse não realiza qualquer atividade de antecipação, nem de verificação da ocorrência do fato gerador ou mesmo do cálculo do montante devido.

34. Dest'arte, por se tratar de tributo cujo lançamento se dá de ofício, o prazo quinquenal para se postular a restituição dos valores indevidamente recolhidos tem como termo inicial a data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, momento em que exsurge o direito de ação contra a Fazenda Pública, consoante se extrai da leitura combinada dos arts. 165, I e 168 I do CTN, acima transcritos.

35. Inaplicável, à toda evidência, a tese exposta na petição inicial de que o prazo prescricional para se postular a repetição do indébito somente começaria a fluir a partir da data em que ocorra a homologação, expressa ou tácita, do lançamento antecipado, visto que, ao contrário do alegado pelos ora recorrentes, não se está diante de tributo submetido a lançamento por homologação, pois, como já exposto, no ressarcimento de custos de confecção do selo de IPI, o Contribuinte não declara a ocorrência do fato gerador, nem o montante a ser pago a título de tributo, para posterior homologação pelo Fisco.

36. Por fim, cumpre consignar que a questão ora discutida somente se refere à inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1975), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964.

37. Ante o exposto, conhece-se do Recurso Especial interposto por *Vinhos Salton S.A. Indústria e Comércio e Outro* e dá-se-lhe parcial provimento, para declarar a inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo DL 1.437/1975,

reconhecendo o direito à repetição do indébito desde o quinquênio anterior à propositura da ação.

38. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 do Código Fux, CPC/2015), fixando-se a tese da inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal, excluídos os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014. Aqui se trata de observância à estrita legalidade tributária. É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Tributário. Recurso especial repetitivo (art. 543-C do CPC/1973 e art. 1.036 do CPC/2015). Selo de controle de IPI. Natureza jurídica de taxa. Art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975. Violação ao princípio da *legalidade*. Entendimento firmado pelo STF no RE 662.113/PR. Vício superado com a edição da Lei 12.995/2014.

1. Trata-se de Recurso Especial interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região que considerou que a aquisição de selo para controle do IPI tem natureza jurídica de obrigação acessória.

2. O eminente relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, proferiu percuciente voto, no qual conhece e dá parcial provimento ao Recurso Especial, bem como fixa a tese da inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo Decreto-Lei 1.437/1975.

3. A falta de indicação do dispositivo constitucional que embasa a pretensão recursal não obsta o seu conhecimento quando, das razões do apelo nobre, é possível aferir que se veicula alegação de violação a dispositivos de lei federal (art. 105, II, “a”, da CF/1988).

4. Não se configura a alegada ausência de prequestionamento, uma vez que o Tribunal de origem debateu de forma expressa a questão jurídica ora posta, qual seja, a natureza jurídica da exação e a adequação da sua instituição pelo Decreto-Lei 1.437/1975 ao princípio da *legalidade*.

5. O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 662.113/PR, declarou inconstitucional o art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975, por afronta ao princípio *da legalidade*.

6. A Corte Constitucional entendeu que o selo do IPI possui natureza jurídica de *taxa*, havendo incompatibilidade entre o art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975 e os arts. 150, I, da Constituição Federal e 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias.

7. A Fazenda Nacional, por sua vez, reconheceu a natureza jurídica de taxa, considerando que a obrigatoriedade da selagem do vinho decorre do poder de polícia exercido pelo Estado. Ressalvou, porém, que o vício de legalidade do art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975 foi superado com a edição da Lei 12.995/2014, que em seu art. 13, I, atribuiu clara natureza jurídica tributária ao valor pago pelo selo de controle definido no art. 46 da Lei 4.502/1964.

8. O voto do ilustre relator trata de forma bastante acurada da controvérsia ora posta, ressaltando que “*a questão ora discutida somente se refere à inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1995), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014, que alterou a sistemática da selagem do vinho posto em circulação, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964*”.

9. Sugestão do seguinte acréscimo: “*inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal, excluídos os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014*”.

10. Acompanho o e. relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, para conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento. Quanto à tese de Recurso Especial Repetitivo fixada, também acompanho o eminente Relator, com o acréscimo proposto no item antecedente.

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Os autos foram recebidos neste Gabinete em 15.12.2017.

Trata-se de Recurso Especial (art. 105, III, “a”, da Constituição Federal) interposto contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado:

Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica. Obrigação acessória.

1 A aquisição de selo para controle do IPI tem natureza jurídica de obrigação acessória, por visar facilitar a fiscalização e arrecadação do tributo principal, conforme previsão contida no artigo 113, § 2º, do CTN.

2. A cobrança pela confecção e fornecimento dos selos, nos moldes do Decreto-Lei 1.437/75, constitui ressarcimento aos cofres públicos do seu custo e não tem natureza jurídica de taxa ou preço público.

3. Por força art. 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75, houve revogação do benefício da gratuidade prevista originariamente no art. 46 da Lei 4.502/64 e retirada a matéria do âmbito legal, atribuindo ao Ministro da Fazenda competência para regulamentá-la por meio de ato normativo próprio.

4. Por não se estar diante de obrigação de natureza tributária, mas acessória, não se verifica ofensa ao princípio da legalidade estrita insculpido no art. 150, I da Constituição Federal, nem tampouco revogação do Decreto-Lei n. 1.437/75, por força do artigo 25, inciso I do ADCT, sendo legítima a atribuição de competência prevista no artigo 3] do Decreto-Lei n. 1.437/75.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

A parte recorrente alega, em breve síntese, violação dos arts. 3º, 7º, 97, I, III e IV, do CTN. Sustenta que o ressarcimento de custos e demais encargos relativos ao selo de controle do IPI tem natureza jurídica de taxa, cuja instituição se sujeita à reserva de lei em sentido estrito, sendo ilegal e inconstitucional o art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975.

A Fazenda Nacional apresentou contrarrazões (fls. 525-535, e-STJ), alegando, em preliminar: a) não foi indicado o permissivo constitucional que autoriza a interposição do Recurso Especial; b) o acórdão recorrido não se manifestou expressamente sobre os arts. 3º, 7º, 97, I, III e IV, do CTN, configurando a ausência de prequestionamento.

No mérito, a recorrida pugna pelo não provimento do apelo nobre, afirmando que a aquisição dos selos de controle do IPI se trata, *“apenas, de mais um custo, dentre outros que se somam à atividade desenvolvida pelo industrial e que é repassado ao preço final do produto. A única diferença é que tal valor é devido ao Estado, por ser dele o monopólio na confecção dos selos, necessidade esta que se impõe diante das peculiaridades anteriormente esposadas”*.

Aduz, ainda, que, mesmo que se reconheça a natureza jurídica de taxa, “*ela foi criada mediante instrumentos normativos de nível legal, não podendo se cogitar de violação ao princípio da legalidade (...)*”.

O apelo nobre foi admitido como recurso representativo da controvérsia, com fundamento no art. 543-C do CPC e art. 2º, § 1º, da Resolução STJ 8/2008 (fls. 631-634, e-STJ).

O Ministério Público Federal opinou pelo provimento do Recurso Especial, em manifestação assim ementada (fls. 641-644, e-STJ):

Recurso especial. Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica de tributo. Observância da legalidade estrita. Precedentes do STF. Pelo provimento.

O eminente relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, proferiu percuciente voto, no qual conhece e dá parcial provimento ao Recurso Especial, bem como fixa a tese da inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo Decreto-Lei 1.437/1975, *verbis*:

Tributário. *Recurso especial repetitivo* (art. 543-C do CPC/1973 e art. 1.036 do CPC/2015). Afixação de selos de controle em produtos sujeitos à incidência de IPI: obrigação tributária acessória. Pagamento pelo fornecimento dos selos especiais: obrigação tributária principal, da espécie *taxa de polícia*. Precedentes: REsp 1.448.096/PR, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 14.10.2015; REsp 1.556.350/RS, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 1º.12.2015; e RE 662.113/PR, Rel. Min. Marco Aurélio Mello, DJe 12.2.2014. *Previsão veiculada em norma infralegal*. Ofensa à regra da estrita legalidade tributária. Art. 97, IV do CTN. Reconhecimento do indébito. Prescrição quinquenal da pretensão repetitória de tributos sujeitos a lançamento de ofício. Julgamento sujeito ao art. 543-C do Código Buzaid e art. 1.036 do Código Fux. Recurso especial dos particulares conhecido e parcialmente provido.

1. A obrigação tributária acessória tem por escopo facilitar a fiscalização e permitir a cobrança do tributo, sem que represente a própria prestação pecuniária devida ao Ente Público.

2. Ao impor a determinados sujeitos passivos o dever de afixar selos especiais em seus produtos, o Ente Tributante atua nos moldes do art. 113, § 2º do CTN, pois se trata de obrigação de fazer, no interesse exclusivo do Fisco.

3. Por outro lado, não pode ser considerada acessória a obrigação de pagar pelo fornecimento dos selos especiais utilizados para tal controle, haja vista a tipificação dessa cobrança como taxa, a teor do art. 77, *caput* do CTN.

4. De fato, a diferença fundamental entre obrigação tributária principal e obrigação tributária acessória é a natureza da prestação devida ao Estado. Enquanto aquela (principal) consubstancia entrega de dinheiro, esta (acessória) tem natureza prestacional (fazer, não fazer ou tolerar).

5. Embora ao Fisco seja dado impor ao sujeito passivo certas obrigações acessórias por meio da legislação tributária – expressão que compreende não só as leis, mas, também, os tratados e as convenções internacionais, os decretos e as normas complementares que versem, no todo ou em parte, sobre tributos e relações jurídicas a eles pertinentes –, o mesmo não ocorre no âmbito das taxas, que devem obediência à regra da estrita legalidade tributária, nos termos do art. 97, IV do CTN.

6. O art. 3º do DL 1.437/1995, ao impor verdadeira taxa relativa à aquisição de selos de controle do IPI, incide em vício formal; a exação continua sendo tributo, a despeito de ser intitulada de ressarcimento prévio.

7. Conclui-se que, no entorno dos selos especiais de controle do IPI, o *dever de afixá-los* tem natureza de obrigação acessória, enquanto o *dever de adquiri-los* tem natureza de obrigação principal.

8. A partir de um prisma didático, convém classificar como *Taxas do Poder de Polícia* aquelas que têm origem, ensejo e justificativa no vigiar e punir, ou seja, na fiscalização, que é interesse eminentemente estatal, reservando a categoria das *taxas de serviço* para aquelas que se desenvolvem em função do interesse do usuário, ante a compreensão de que esse interesse é relevante para definir a atividade como serviço.

9. Na espécie, os valores exigidos à guisa de ressarcimento originam-se do exercício de poderes fiscalizatórios por parte da Administração Tributária, que impõe a aquisição dos selos como mecanismo para se assegurar do recolhimento do IPI, configurando-se a cobrança como tributo da espécie *Taxa de Poder de Polícia*.

10. Pontua-se que a questão ora discutida somente se refere à *inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1995), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014, que alterou a sistemática da selagem do vinho posto em circulação, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964.*

11. Em tempo, esclareça-se que, por se tratar de tributo sujeito a lançamento de ofício, é quinquenal a pretensão de reaver os valores pagos indevidamente, tendo como termo inicial a data de extinção do crédito tributário pelo pagamento, consoante se extrai da leitura combinada dos arts. 165, I e 168 I do CTN.

12. Recurso Especial de *Vinhos Salton S.A. Indústria e Comércio e Outro* conhecido e parcialmente provido. Na espécie, não se reconhece o direito à repetição de indébito tributário, senão somente no que se refere ao quinquênio anterior à propositura da ação.

13. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC/1973 (art. 1.036 do Código Fux, CPC/2015), fixando-se a tese da inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal. Aqui se trata de observância à estrita legalidade tributária.

Pedi vista dos autos para melhor análise da controvérsia, uma vez que há precedentes do STJ no sentido de que a aquisição de selos para fiscalização a título de IPI configura despesa de ressarcimento e há outros julgados que atribuem a natureza jurídica de taxa a tal obrigação.

É o *relatório*.

Inicialmente, observo que não merecem acolhidas as preliminares levantadas pela Fazenda Nacional em suas contrarrazões. A falta de indicação do dispositivo constitucional que embasa a pretensão recursal não obsta o seu conhecimento quando, das razões do apelo nobre, é possível aferir que se veicula alegação de violação a dispositivos de lei federal (art. 105, II, “a”, da CF/1988).

Não se configura a alegada ausência de prequestionamento, visto que o Tribunal de origem debateu de forma expressa a questão jurídica ora posta, qual seja, a natureza jurídica da exação e a adequação da sua instituição pelo Decreto-Lei 1.437/1975 ao princípio *da legalidade*.

Passo à questão de mérito.

O Plenário do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do Recurso Extraordinário 662.113/PR, declarou inconstitucional o art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975, por afronta ao princípio *da legalidade, verbis*:

IPI. Selo de qualidade. Natureza. Lei n. 4.502/64 e Decreto-Lei n. 1.437/75. Princípio da legalidade. Delegação. Artigos 150, inciso I, e 25 da Carta Federal. Ante o princípio da legalidade estrita, surge inconstitucional o artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75 no que transferida a agente do Estado – Ministro da Fazenda – a definição do ressarcimento de custo e demais encargos relativos ao selo especial previsto, sob o ângulo da gratuidade, no artigo 46 da Lei n. 4.502/64. (RE 662.113/PR, Rel. Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, DJe 4.4.2014)

A Corte Constitucional entendeu que o selo do IPI possui natureza jurídica de *taxa*, havendo incompatibilidade entre o normativo acima referido e os arts. 150, I, da Constituição Federal e 25, I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias:

[...]

Sendo o selo do IPI pré-condição para a circulação dos produtos alcançados pela regra do artigo 46 da Lei n. 4.502/1964, não há de se falar em preço público. A distinção entre preço público e a taxa tem lugar quando em discussão a contraprestação pelo usufruto de serviços públicos – até mesmo porque os primeiros são marcados pela voluntariedade, isso é, pela necessidade de que o usuário aquiesça com o pagamento –, não quando em causa o exercício de poder de polícia, sempre remunerado por taxa.

A finalidade da cobrança, como se vê na parte final do artigo 46, é de controle quantitativo, ou seja, está em debate o exercício de poderes fiscalizatórios por parte da administração fazendária. Daí a inequívoca incidência do artigo 77 do Código Tributário Nacional. O selo do IPI não gera nenhum proveito, nenhum benefício, ao contribuinte, razão pela qual o fornecimento dele não pode ser considerado serviço público. Ao contrário, é requisito de regularidade na prática de uma atividade privada.

O artigo 150, inciso I, da Carta de 1988 preconiza que a exigência de tributos só se revela possível mediante lei formal. O dispositivo mostra-se inequívoco:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

I - exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça;

Vê-se, então, a incompatibilidade entre a norma e o disposto nos artigos 150, inciso I, da Carta Federal e 25, inciso I, do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias. Nesse sentido, são múltiplos os precedentes do Supremo: Recurso Extraordinário n. 400.719, relatora ministra Cármen Lúcia, Agravo Regimental no Recurso Extraordinário n. 440.833, relator ministro Ricardo Lewandowski, e Recurso Extraordinário n. 385.108, relator ministro Dias Toffoli.

[...]

A Fazenda Nacional (fls. 664-666, e-STJ), por sua vez, reconheceu a natureza jurídica de taxa, considerando que a obrigatoriedade da selagem do vinho decorre do poder de polícia exercido pelo Estado. Assim, afirma que “*não resta dúvida, também, quanto a necessidade de respeito ao princípio da legalidade tributária, no que a Fazenda Nacional reconhece como correta a decisão proferida pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade do Decreto 1.437/75, que conferia ao Ministro de Estado da Fazenda a competência para a editar ato que trate da regulamentação da selagem da mercadoria*”.

A parte recorrida, porém, ressalva que o vício de legalidade do art. 3º do Decreto-Lei 1.437/1975 foi superado com a edição da Lei 12.995/2014, que em seu art. 13, I, atribuiu clara natureza jurídica tributária ao valor pago pelo selo de controle definido no art. 46 da Lei 4.502/1964.

Observo que o voto do ilustre Relator trata de forma bastante acurada da controvérsia ora posta, ressaltando que “*a questão ora discutida somente se refere à inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1995), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014, que alterou a sistemática da selagem do vinho posto em circulação, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964*”.

Assim, entendo que a ressalva também deve constar da tese firmada, com a sugestão do seguinte acréscimo: “inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal, *excluídos os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014*.”

Com essas considerações, acompanho o e. Relator, Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, para *conhecer parcialmente do Recurso Especial e, nessa extensão, dar-lhe provimento. Quanto à tese de Recurso Especial Repetitivo fixada, também acompanho Vossa Excelência, com o acréscimo acima proposto.*

É o voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se de Recurso Especial interposto por *Vinhos Salton S/A Indústria e Comércio e Outro*, contra acórdão prolatado pela 6ª Turma do Tribunal Regional Federal da 3ª Região, por unanimidade, em julgamento de apelação, assim ementado (fl. 452e):

Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica. Obrigação acessória.

1 A aquisição de selo para controle do IPI tem natureza jurídica de obrigação acessória, por visar facilitar a fiscalização e arrecadação do tributo principal, conforme previsão contida no artigo 113, § 2º, do CTN.

2. A cobrança pela confecção e fornecimento dos selos, nos moldes do Decreto-Lei 1.437/75, constitui ressarcimento aos cofres públicos do seu custo e não tem natureza jurídica de taxa ou preço público.

3. Por força art. 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75, houve revogação do benefício da gratuidade prevista originariamente no art. 46 da Lei 4.502/64 e retirada a

matéria do âmbito legal, atribuindo ao Ministro da Fazenda competência para regulamentá-la por meio de ato normativo próprio.

4. Por não se estar diante de obrigação de natureza tributária, mas acessória, não se verifica ofensa ao princípio da legalidade estrita insculpido no art. 150, I da Constituição Federal, nem tampouco revogação do Decreto-Lei n. 1.437/75, por força do artigo 25, inciso I do ADCT, sendo legítima a atribuição de competência prevista no artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75.

O presente feito foi encaminhado a esta Corte como recurso repetitivo, dando origem ao Tema n. 761, o qual consiste em “saber se o ressarcimento dos custos de aquisição dos selos de controle do IPI, instituído pelo art. 3º do Decreto-Lei 1.437/75, tem natureza tributária e não foi recepcionado pelo art. 25 do ADCT”.

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 641/644, pelo provimento do recurso.

A Fazenda Nacional atravessou petição às fls. 664/666e, reconhecendo “correta a decisão proferida pelo STF, que declarou a inconstitucionalidade do Decreto-Lei 1.437/75, que conferia ao Ministro de Estado da Fazenda a competência para a editar ato que trate da regulamentação da selagem da mercadoria”, ressaltando que “em 18 de junho de 2014, foi editada a Lei 12.995/2014, que, no art. 13, trouxe alteração na sistemática da selagem do vinho posto em circulação. Pela norma inovadora, a natureza jurídica de taxa foi claramente atribuída ao valor pago pelo selo de controle definido no art. 46, da Lei 4.502/1964” (fl. 665e).

Alega que “a impropriedade do ato normativo que versava sobre o ressarcimento poderá ser reconhecida para o período anterior à Lei 12.995/2014, quando revogação da gratuidade do selo foi veiculado por norma infralegal, em que pese a sua natureza de tributo. Porém, uma vez sanada a instituição da taxa pela edição da competente lei, possível se falar em obrigatoriedade no recolhimento, sem qualquer previsão de ressarcimento expressamente regulamentada” (fl. 666e).

O Sr. Ministro Napoleão, Relator, na assentada de 13.12.2017, definiu o ressarcimento sob análise como “*tributo da espécie Taxa do Poder de Polícia*, de modo que há vício de forma na sua instituição por norma infralegal”, fixando-se a tese da “inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI, instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa do Poder

de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal. Aqui se trata de observância da estrita legalidade tributária” (destaquei).

Pontua Sua Excelência, ademais, “que a questão ora discutida somente se refere à *inexigibilidade do ressarcimento do custo do selo de controle do IPI enquanto perdurou a previsão em norma infralegal (art. 3º do DL 1.437/1995), não alcançando, todavia, os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014*, que alterou a sistemática da selagem do vinho posto em circulação, instituindo taxa pela utilização de selo de controle previsto no art. 46 da Lei 4.502/1964” (destaque do original).

O Sr. Ministro Herman Benjamin, após tomar vista dos autos, apresentou voto no sentido de acompanhar o Ministro Relator, entendendo, contudo, “que a ressalva também deve constar da tese firmada, com a sugestão do seguinte acréscimo: “*inexigibilidade do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI instituído pelo DL 1.437/1975, que, embora denominado ressarcimento prévio, é tributo da espécie Taxa de Poder de Polícia, de modo que há vício de forma na instituição desse tributo por norma infralegal, excluídos os fatos geradores ocorridos após a vigência da Lei 12.995/2014*” (destaque do original).

Impedida de votar *no caso concreto*, manifestei interesse em proferir voto na tese do recurso repetitivo, tendo a 1ª Seção, em Questão de Ordem por mim suscitada, decidido, à unanimidade, não haver óbice para votar na fixação da tese em abstrato, restringindo o impedimento do julgador apenas à análise do caso concreto.

Solicitei vista antecipada dos autos para examiná-los com maior detença.

É o relatório. Passo a proferir o voto-vista.

Cinge-se a controvérsia em definir se o ressarcimento devido à Administração Tributária pelos custos de impressão do selo especial de controle do IPI, exigido para determinados produtos, com vista ao controle quantitativo de sua fabricação, possui natureza de tributo (obrigação tributária principal) – taxa mais especificamente – ou de obrigação tributária acessória, para efeito de decidir-se acerca da legitimidade da delegação conferida ao Ministro da Fazenda, por meio do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75, de determinar que tal custo e demais encargos podem ser feitos mediante ressarcimento.

Traço, inicialmente, algumas considerações sobre taxa e obrigação tributária acessória.

A taxa, prevista no art. 77 do CTN, é espécie de tributo que tem como fato gerador o exercício do poder de polícia, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição.

Sempre oportuno recordar a advertência contida no art. 4º, *caput* e inciso I, do CTN, segundo os quais são irrelevantes, para qualificar a natureza jurídica específica de um tributo, a denominação e demais características formais adotadas pela lei, importando, para esse fim, a situação fática ensejadora da respectiva obrigação.

Desse modo, a denominação de “ressarcimento”, por si só, não é suficiente para afastar a natureza tributária da exação.

Já o art. 113 do CTN, por sua vez, inaugura a disciplina da obrigação tributária, estatuidando:

Art. 113. A obrigação tributária é principal ou acessória.

§ 1º A obrigação principal surge com a ocorrência do fato gerador, tem por objeto o pagamento de tributo ou penalidade pecuniária e extingue-se juntamente com o crédito dela decorrente.

§ 2º A obrigação acessória decorre da legislação tributária e tem por objeto as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos.

§ 3º A obrigação acessória, pelo simples fato da sua inobservância, converte-se em obrigação principal relativamente a penalidade pecuniária.

O § 2º desse dispositivo de lei prescreve o que vem a ser obrigação acessória: espécie do gênero obrigação tributária, é aquela que tem por objeto “as prestações, positivas ou negativas, nela previstas no interesse da arrecadação ou da fiscalização dos tributos”. Na mesma linha, o art. 115 dispõe que “fato gerador da obrigação acessória é qualquer situação que, na forma da legislação aplicável, impõe a prática ou a abstenção de ato que não configure obrigação principal”.

As obrigações acessórias constituem, portanto, condutas comissivas ou omissivas exigíveis dos contribuintes no intuito de assegurar o cumprimento da obrigação principal. Compreendem sempre um “fazer” ou “não fazer” voltados às atividades de controle e arrecadação tributária.

Tais deveres materializáveis em prestações diversas, podem consistir, exemplificadamente, tanto na própria apuração da quantia a ser paga a título de tributo, hipótese do chamado lançamento por homologação (art. 150 do CTN), como na expedição de notas fiscais, preenchimento de declarações, prestação de informações ou escrituração de livros.

A seu turno, o selo em exame tem sua origem na Lei n. 4.502/64, a qual, no seu art. 46, *caput* e §§ 1º e 2º, dispunha:

Art. 46. O regulamento poderá determinar, ou autorizar que o Ministério da Fazenda, pelo seu órgão competente, determine a rotulagem, marcação ou numeração, pelos importadores, arrematantes, comerciantes ou repartições fazendárias, de produtos estrangeiros cujo controle entenda necessário, bem como prescrever, para estabelecimentos produtores e comerciantes de determinados produtos nacionais, sistema diferente de rotulagem, etiquetagem obrigatoriedade de numeração ou aplicação de selo especial que possibilite o seu controle quantitativo.

§ 1º O selo especial de que trata este artigo será de emissão oficial e sua distribuição aos contribuintes será feita gratuitamente, mediante as cautelas e formalidades que o regulamento estabelecer.

§ 2º A falta de numeração do produto ou de aplicação do selo especial, ou o uso do selo impróprio ou aplicado em desacordo com as normas regulamentares, importará em considerar-se como não identificado, com o descrito nos documentos fiscais, o produto respectivo.

A distribuição do selo, inicialmente gratuita, passou a ser onerosa com a entrada em vigor do Decreto-Lei n. 1.437/75, o qual previu o pagamento pelo seu fornecimento a título de ressarcimento de custo, nos termos do art. 3º, *verbis*:

Art. 3º. O Ministro da Fazenda poderá determinar seja feito, mediante ressarcimento de custo e demais encargos, em relação aos produtos que indicar e pelos critérios que estabelecer, o fornecimento do selo especial a que se refere o artigo 46 da Lei número 4.502, de 30 de novembro de 1964, com os parágrafos que lhe foram acrescentados pela alteração 12ª do artigo 2º do Decreto-Lei n. 34, de 18 de novembro de 1966.

O regulamento do IPI, veiculado pelo Decreto n. 4.544/02, assim disciplina a questão, em seus arts. 223 e 237:

Art. 223. Estão sujeitos ao selo de controle previsto no art. 46 da Lei n. 4.502, de 1964, segundo as normas constantes deste Regulamento e de atos complementares, os produtos relacionados em ato do Secretário da Receita

Federal, que poderá restringir a exigência a casos específicos, bem assim dispensar ou vedar o uso do selo (Lei n. 4.502, de 1964, art. 46).

[...]

Art. 237. O Ministro da Fazenda poderá determinar que o fornecimento do selo de controle aos usuários seja feito mediante ressarcimento de custos e demais encargos, em relação aos produtos ou espécies de produtos que indicar e segundo os critérios e condições que estabelecer (Decreto-Lei n. 1.437, de 17 de dezembro de 1975, art. 3º).

No âmbito administrativo regulamentar, a Secretaria da Receita Federal, em atendimento ao disposto no Decreto n. 4.544/02, expediu a Instrução Normativa n. 504/05, que, no seu art. 27, estatui:

O selo de controle dos produtos de que trata esta instrução normativa será fornecido ao estabelecimento mediante ressarcimento prévio ao Fundo Especial de Desenvolvimento e Aperfeiçoamento das Atividades de Fiscalização - FUNDAF, observados os valores de fornecimento vigentes na data do recolhimento.

Dessa moldura normativa, extrai-se que a impressão de selos fiscais não está associada a qualquer atividade administrativa de limitação ou disciplinamento de direitos, interesses ou liberdades, ou a utilização, efetiva ou potencial, de serviço público específico e divisível, prestado ao contribuinte ou posto à sua disposição, não se enquadrando, portanto, no conceito constitucional de taxa de polícia ou de serviço.

Outrossim, o valor exigido do contribuinte para a aquisição de selos de controle tampouco configura preço público, uma vez que a aquisição é compulsória.

Sendo assim, a exação em foco representa mero ressarcimento de custos relacionados ao adimplemento da obrigação acessória.

De fato, trata-se de obrigação tributária acessória, a teor do art. 113, § 2º, do CTN, configurando um *facere* que visa auxiliar o cumprimento de obrigações tributárias principais pertinentes ao IPI.

A sua prestação consiste na remuneração pela despesa de impressão do selo especial de controle do IPI, correspondente ao pagamento de uma quantia em dinheiro equivalente ao custo desse serviço, realizado pelo Estado.

Tal hipótese não se enquadra nos contornos da regra-matriz de incidência da *taxa de serviço*, estampada no art. 145, II, *in fine*, da Constituição da República,

nem tampouco no conceito de tributo, legalmente definido no art. 3º do CTN, e disciplinada no plano infraconstitucional nos arts. 77 e 79 do mesmo diploma normativo.

O ressarcimento dos selos de controle, portanto, não deflui de obrigação tributária principal e não se caracteriza como preço público, mas representa os custos e demais encargos pela confecção e fornecimento dos selos de controle do IPI, porquanto fabricados com a utilização do patrimônio público.

Anoto que o objeto das obrigações acessórias, embora não possua conteúdo pecuniário, pode, eventualmente, acarretar despesa para o sujeito passivo.

A título de exemplificação, citem-se a obrigação de o contribuinte de IPI escriturar as entradas de insumos e as saídas do estabelecimento industrial, permitindo a fiscalização do creditamento decorrente do princípio da não-cumulatividade, bem como a da emissão de notas fiscais de entrada e saída de mercadorias pelo contribuinte de ICMS.

Indene de dúvida a natureza não tributária dos custos do cumprimento da obrigação acessória como a confecção de livros ou emissão de talonário.

Essa mesma natureza deve ser conferida ao custo da aquisição dos selos de controle do IPI. O fato de eles serem, necessariamente, fabricados pela Casa da Moeda e adquiridos diretamente da repartição fazendária, ao invés de adquiridos de particulares, não é determinante para transmutar a natureza da obrigação para taxa de polícia ou de serviço. O que determina a natureza jurídica da obrigação tributária – se principal ou acessória – é a prestação que consiste no seu objeto.

Em hipóteses idênticas, nas quais se discutiu a natureza jurídica do ressarcimento dos custos com a emissão de selos de controle do IPI, a mesma conclusão ora adotada foi alcançada por esta Corte, consoante extrai-se dos julgados assim ementados:

Processual Civil e Tributário. Selo de controle de IPI. Natureza jurídica. Obrigação acessória. Reflexo pecuniário no custo de produção. Inclusão na base de cálculo do ICMS.

[...]

2. A aquisição de selo para controle do IPI tem natureza jurídica de obrigação acessória, porquanto visa a facilitar a fiscalização e arrecadação do tributo principal, conforme previsão contida no artigo 113, § 2º, do CTN. A cobrança pela confecção e fornecimento dos selos, amparada pelo Decreto-Lei 1.437/75, nada

mais é do que o ressarcimento aos cofres públicos do seu custo, não configurando taxa ou preço público. Precedente: REsp 836.277, 1ª Turma, Min. Francisco Falcão, DJ de 20.09.07

[...]

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido.

(REsp 732.617/MG, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 14/04/2009, DJe 28/09/2009).

Tributário. Recurso especial. Violação do art. 535 do CPC não configurada. IPI. Selos de controle. Gratuidade. Lei 4.502/64. Revogação do benefício pelo Decreto-Lei 1.437/75. Obrigação acessória. Natureza de ressarcimento aos cofres públicos. Possibilidade de cobrança.

1. Os selos de controle do IPI fornecidos devem ser ressarcidos quanto aos custos e demais encargos decorrentes da sua emissão, constituindo receita originária da União, proveniente de produto fabricado por empresa pública - Casa da Moeda, com a utilização do patrimônio estatal, encerrando obrigação acessória, cuja finalidade precípua é facilitar a fiscalização e a arrecadação do imposto. (Precedente: REsp 836.277/PR, DJ 20.09.2007)

2. A natureza de taxa não se aplica ao referido ressarcimento, posto não configurar exercício do poder de polícia ou utilização de serviço público específico e divisível, nem de preço público, porquanto não decorre de obrigação assumida voluntariamente.

3. A Lei 4.502/64, em cujo art. 46 foi prevista originariamente a gratuidade de sua emissão, foi revogada com o advento do Decreto-Lei n. 1.437/75, que conjurou o benefício da gratuidade, tendo sido, concomitantemente, retirada a matéria do âmbito legal (em sentido estrito), atribuindo ao Ministro da Fazenda a competência para regulamentá-la através de ato normativo próprio, legitimado pelo art. 113 do CTN.

[...]

5. Recurso especial provido.

(REsp 881.528/PB, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 06/05/2008, DJe 18/06/2008).

Não se desconhece que o Plenário do Supremo Tribunal Federal declarou, por maioria, mediante controle difuso, a inconstitucionalidade do art. 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75, reconhecendo a natureza jurídica de taxa do ressarcimento de custo e demais encargos relativos ao selo especial de controle de IPI, previsto no art. 46 da Lei n. 4.502/64, como estampa o julgado assim ementado:

IPI. Selo de qualidade. Natureza. Lei n. 4.502/64 e Decreto-Lei n. 1.437/75. Princípio da legalidade. Delegação. Artigos 150, inciso I, e 25 da Carta Federal.

Ante o princípio da legalidade estrita, surge inconstitucional o artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75 no que transferida a agente do Estado – Ministro da Fazenda – a definição do ressarcimento de custo e demais encargos relativos ao selo especial previsto, sob o ângulo da gratuidade, no artigo 46 da Lei n. 4.502/64.

(RE 662.113, Relator(a): Min. Marco Aurélio, Tribunal Pleno, julgado em 12/02/2014, Acórdão Eletrônico DJe-067 divulg 03/04/2014 public 04/04/2014).

Entretanto, o Supremo Tribunal Federal não se manifestou definitivamente sobre a natureza jurídica da exação em tela, de forma vinculante, em sede de recurso extraordinário com repercussão geral reconhecida. Desse modo, entendo estar autorizado a esta Corte apreciar a natureza jurídica do selo de controle do IPI, conforme estabelecido na lei infraconstitucional.

Aliás, registre-se que o Supremo Tribunal Federal já examinou a questão e não vislumbrou repercussão geral na controvérsia sobre a harmonia da delegação prevista no art. 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75 com a Constituição da República, considerado o princípio da legalidade estrita, como o demonstra o julgado assim ementado:

Imposto sobre Produtos Industrializados. Selo de controle do imposto. Ressarcimento. Artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75. Ausência de recepção pela Carta de 1988. Declaração na origem.

Na dicção da ilustrada maioria, não possui repercussão geral controvérsia sobre a harmonia, ou não, com a Carta da República, da delegação contemplada no artigo 3º do Decreto-Lei n. 1.437/75, considerado o princípio da legalidade estrita.

(RE 559.994 RG, Relator(a): Min. Marco Aurélio, julgado em 05/06/2008, DJe-157 divulg 21/08/2008 public 22/08/2008 Ement vol-02329-04 pp-00658 republicação: DJe-204 divulg 28/10/2009 public 29/10/2009).

Por fim, anoto que o Sr. Ministro Napoleão faz referências, em seu voto, ao julgado da 1ª Turma desta Corte proferido no REsp n. 1.448.096/PR, de sua relatoria, (DJe 14.10.2015), no qual se discutiu a natureza jurídica da obrigação criada para certas pessoas jurídicas que importam ou industrializam refrigerante, cerveja, água e refresco, de instalar equipamentos contadores de produção (vazão), a fim de viabilizar a fiscalização da cobrança de PIS/COFINS e IPI – Sistema de Controle de Produção de Bebidas (SICOBEBE) – e de ressarcir os custos pela instalação e manutenção desse sistema, à Casa da Moeda do Brasil.

De fato, naquele julgamento, acompanhei o Relator para reconhecer a natureza de taxa da exação, entendendo, todavia, que se trata de taxa de serviço, diversamente de Sua Excelência, que lhe imputava a natureza de taxa de polícia.

No ponto, peço licença para tecer brevíssimas considerações sobre o tema.

O art. 58-T da Lei n. 10.833/03, na redação dada pela Lei n. 11.827/08, estabelecia:

Art. 58-T. As pessoas jurídicas que industrializam os produtos de que trata o art. 58-A desta Lei ficam obrigadas a instalar equipamentos contadores de produção, que possibilitem, ainda, a identificação do tipo de produto, de embalagem e sua marca comercial, aplicando-se, no que couber, as disposições contidas nos arts. 27 a 30 da Lei 11.488, de 15 de junho de 2007.

§ 1º. A Secretaria da Receita Federal do Brasil estabelecerá a forma, limites, condições e prazos para a aplicação da obrigatoriedade de que trata o *caput* deste artigo, sem prejuízo do disposto no art. 36 da Medida Provisória 2.158-35, de 24 de agosto de 2001.

§ 2º. As pessoas jurídicas de que trata o *caput* deste artigo poderão deduzir da Contribuição para o PIS/Pasep ou da Cofins, devidas em cada período de apuração, crédito presumido correspondente ao ressarcimento de que trata o § 3º do art. 28 da Lei 11.488, de 15 de junho de 2007, efetivamente pago no mesmo período.

Os §§ 2º e 3º do art. 28, da Lei n. 11.488/07, a seu turno, prescrevem:

Art. 28. Os equipamentos contadores de produção de que trata o art. 27 desta Lei deverão ser instalados em todas as linhas de produção existentes nos estabelecimentos industriais fabricantes de cigarros, em local correspondente ao da aplicação do selo de controle de que trata o art. 46 da Lei 4.502, de 30 de novembro de 1964.

§ 1º O selo de controle será confeccionado pela Casa da Moeda do Brasil e conterá dispositivos de segurança aprovados pela Secretaria da Receita Federal do Brasil que possibilitem, ainda, a verificação de sua autenticidade no momento da aplicação no estabelecimento industrial fabricante de cigarros.

§ 2º Fica atribuída à Casa da Moeda do Brasil a responsabilidade pela integração, instalação e manutenção preventiva e corretiva de todos os equipamentos de que trata o art. 27 desta Lei nos estabelecimentos industriais fabricantes de cigarros, sob supervisão e acompanhamento da Secretaria da Receita Federal do Brasil e observância aos requisitos de segurança e controle fiscal por ela estabelecidos.

§ 3º Fica a cargo do estabelecimento industrial fabricante de cigarros o ressarcimento à Casa da Moeda do Brasil pela execução dos procedimentos de que

trata o § 2º deste artigo, bem como pela adequação necessária à instalação dos equipamentos de que trata o art. 27 desta Lei em cada linha de produção.

§ 4º Os valores do ressarcimento de que trata o § 3º deste artigo serão estabelecidos pela Secretaria da Receita Federal do Brasil e deverão ser proporcionais à capacidade produtiva do estabelecimento industrial fabricante de cigarros, podendo ser deduzidos do valor correspondente ao ressarcimento de que trata o art. 3º do Decreto-Lei 1.437, de 17 de dezembro de 1975.

§ 5º Na hipótese de existência de saldo após a dedução de que trata o § 4º deste artigo, os valores remanescentes do ressarcimento de que trata o § 3º deste artigo poderão ser deduzidos da Contribuição para o PIS/Pasep ou da Cofins, devidas em cada período de apuração (destaquei).

A Instrução Normativa RFB n. 869/08, ao dispor sobre a instalação de equipamentos contadores de produção nos estabelecimentos industriais envasadores de bebidas de que trata o art. 58-T da Lei n. 10.833/03, estatui:

Art. 2º. O Sicobe será composto por equipamentos Contadores de produção, bem como de aparelhos para o controle, registro, gravação e transmissão dos quantitativos medidos à Secretaria da Receita Federal do Brasil (RFB).

§ 1º. Os equipamentos de que trata o *caput* possibilitarão, ainda, a identificação do tipo de produto, embalagem e sua respectiva marca comercial.

§ 2º. Os produtos controlados também deverão ser marcados pelo Sicobe, em cada unidade, em lugar visível, conforme for mais apropriado ao tipo de embalagem, por processo de impressão com tinta de segurança indelével, com códigos que possibilitem identificar a legítima origem, a diferenciação da produção ilegal e a comercialização de contrafações.

§ 3º. Os procedimentos de integração, instalação e manutenção preventiva e corretiva de todos os equipamentos que compõem o Sicobe nos estabelecimentos industriais envasadores das bebidas de que trata o art. 1º serão realizados pela Casa da Moeda do Brasil (CMB).

Ainda, a Secretaria da Receita Federal do Brasil editou o Ato Declaratório Executivo n. 61/08, assim expresso:

Art. 1º. *O valor a ser ressarcido à Casa da Moeda do Brasil, em observância ao disposto no art. 58-T, § 2º, da Lei n. 10.833, de 2003, com a redação dada pela Lei n. 11.827, de 2008, é de R\$ 0,03 (três centavos de real) por unidade de produto controlado pelo Sistema de Controle de Produção de Bebidas (Sicobe).*

Art. 2º. O ressarcimento de que trata o art. 1º deverá ser efetuado pelos estabelecimentos industriais envasadores de bebidas, obrigados à utilização do

Sicobe, de acordo com o disposto no art. 11 da Instrução Normativa RFB n. 869, de 2008 (destaquei).

Dessa moldura normativa, flagra-se uma obrigação tributária de natureza acessória e consubstanciada no dever de adotar o SICOBE – a teor do art. 113, § 2º, do CTN –, para auxiliar a fiscalização do cumprimento de obrigações tributárias principais, vale dizer, as pertinentes ao IPI, à contribuição ao PIS e à COFINS.

Contudo, a outra prestação, consistente na remuneração obrigatória das atividades de integrar, instalar e efetuar a manutenção preventiva e corretiva de todos os equipamentos contadores de produção de bebidas – as quais são realizadas pela Casa da Moeda do Brasil, empresa pública federal – não pode ser equiparada a mero ressarcimento dos custos da obrigação acessória.

Tal prestação, em verdade, corresponde ao pagamento compulsório de uma quantia em dinheiro equivalente ao custo desses serviços, realizados pelo Poder Público.

Diferentemente da obrigação de remuneração pelos custos de impressão do selo especial de controle do IPI, tal hipótese remete, inexoravelmente, aos contornos da regra-matriz de incidência da *taxa de serviço*, estampada no art. 145, II, *in fine*, da Constituição da República e ao conceito de tributo, legalmente definido no art. 3º do CTN, e desdobrado nos arts. 77 e 79 do Código Tributário Nacional.

Observe-se emergir dos §§ 2º e 3º do art. 28, da Lei n. 11.488/07, referente ao SICOBE, o desenho da hipótese de incidência de *taxa de serviço*: prestação pecuniária compulsória destinada a remunerar a *prestação de serviço público* – assim entendida a realização de atividade material de interesse coletivo, de incumbência do Poder Público, sob regime jurídico de direito administrativo – serviço esse *específico e divisível*.

Portanto, não vislumbro identidade entre as naturezas jurídicas do selo do IPI e do SICOBE, a justificar a aplicação da orientação adotada em relação a este.

Com efeito, o SICOBE é específico e envolve uma série de custos que o selo do IPI não abrange. Conquanto se trate de serviços voltados à implementação de sistema de controle pela administração tributária, com o objetivo de fiscalizar a cobrança e arrecadação nos estabelecimentos industriais envasadores das bebidas mencionadas, o ressarcimento devido à Casa da Moeda do Brasil não

se refere à fiscalização da atividade particular em si mesma, mas ao custo dos serviços executados para a operacionalização do sistema.

Dessarte, afastada a natureza de taxa da exigência em tela e não se caracterizando como preço público, está-se diante de mero ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento dos selos de controle do IPI, atrelado à obrigação tributária acessória de sua utilização, constituindo receita originária da União, proveniente de produto fabricado por empresa pública (Casa da Moeda), com a utilização do patrimônio estatal.

Sendo assim, impõe-se seja tal exigência criada por lei, como corolário do princípio geral da legalidade, previsto no art. 5º, II, da Constituição da República.

Nessa linha, aliás, já se manifestou este Superior Tribunal:

Tributário. Imposto de Renda Pessoa Jurídica. Consolidação de balancetes mensais na declaração anual de ajuste. Criação de dever instrumental por instrução normativa. Possibilidade. Ausência de violação do princípio da legalidade tributária. Complementação do sentido da norma legal.

[...]

5. É cediço que, nos termos do art. 113, § 2º, do CTN, em torno das relações jurídico-tributárias relacionadas ao tributo em si, exsurtem outras, de conteúdo extra-patrimonial, consubstanciadas em um dever de fazer, não-fazer ou tolerar. São os denominados deveres instrumentais ou obrigações acessórias, inerentes à regulamentação das questões operacionais relativas à tributação, razão pela qual sua regulação foi legada à “legislação tributária” em sentido lato, podendo ser disciplinados por meio de decretos e de normas complementares, *sempre vinculados à lei da qual dependem*.

8. Recurso especial provido.

(REsp 724.779/RJ, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12/09/2006, DJ 20/11/2006, p. 278 - destaquei).

Isto posto, abstenho-me de votar no caso concreto e, na fixação abstrata da tese do recurso repetitivo, acompanho o Sr. Relator, com os acréscimos efetuados pelo Ministro Herman Benjamin, pela conclusão, divergindo apenas quanto à natureza jurídica do ressarcimento de custos e demais encargos pelo fornecimento de selos de controle de IPI.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.648.305-RS (2017/0009005-5)

Relatora: Ministra Assusete Magalhães

Relatora para o acórdão: Ministra Regina Helena Costa

Recorrente: Instituto Nacional do Seguro Social

Recorrido: Irma Perine

Advogado: Luiz Alfredo Ost e outro(s) - RS014829

Interes.: Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário (IBDP) - “Amicus Curiae”

Advogado: Gisele Lemos Kravchychyn e outro(s) - SC018200

EMENTA

Previdenciário e Processual Civil. Recurso especial repetitivo. Código de Processo Civil de 2015. Aplicabilidade. Aposentadoria por invalidez. “Auxílio-acompanhante”. Adicional de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91. Necessidade de assistência permanente de terceiro. Comprovação. Extensão a outras espécies de aposentadoria. Possibilidade. Princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia. Garantia dos direitos sociais. Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência (Nova Iorque, 2007). Interpretação jurisprudencial de acordo com princípios constitucionais. Fato gerador. Benefício de caráter assistencial, personalíssimo e intransferível. Desnecessidade de prévia fonte de custeio. Tese firmada sob o rito dos recursos especiais repetitivos. Art. 1.036 e seguintes do CPC/2015. Recurso especial do INSS improvido.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. *In casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II – Cinge-se a controvérsia à possibilidade de extensão do “auxílio-acompanhante”, previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91 aos segurados aposentados por invalidez, às demais espécies de aposentadoria do Regime Geral da Previdência Social – RGPS.

III – O “auxílio-acompanhante” consiste no pagamento do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício ao segurado aposentado por invalidez, que necessite de assistência permanente de terceiro para a realização de suas atividades e cuidados habituais, no intuito de diminuir o risco social consubstanciado no indispensável amparo ao segurado, podendo, inclusive, sobrepujar o teto de pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social.

IV – Tal benefício possui caráter assistencial porquanto: a) o fato gerador é a necessidade de assistência permanente de outra pessoa a qual pode estar presente no momento do requerimento administrativo da aposentadoria por invalidez ou ser-lhe superveniente; b) sua concessão pode ter ou não relação com a moléstia que deu causa à concessão do benefício originário; e c) o pagamento do adicional cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporado ao valor da pensão por morte, circunstância própria dos benefícios assistenciais que, pela ausência de contribuição, são personalíssimos e, portanto, intransferíveis aos dependentes.

V – A pretensão em análise encontra respaldo nos princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia, bem como na garantia dos direitos sociais, contemplados, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, *caput*, e 6º, da Constituição da República.

VI – O Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, de 2007, admitida com *status* de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República. Promulgada pelo Decreto n. 6.949/09, a Convenção, em seu art. 1º, ostenta o propósito de “(...) *promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente*”, garantindo, ainda, em seus arts. 5º e 28, tratamento isonômico e proteção da pessoa com deficiência, inclusive na seara previdenciária.

VII – A 1ª Seção desta Corte, em mais de uma oportunidade, prestigiou os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia com vista a iluminar e desvendar a adequada interpretação de dispositivos legais (REsp n. 1.355.052/SP, Rel. Min. Benedito

Gonçalves, DJe de 05.11.2015 e do REsp n. 1.411.258/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.02.2018, ambos submetidos ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973).

VIII – A aplicação do benefício às demais modalidades de aposentadoria independe da prévia indicação da fonte de custeio porquanto o “auxílio-acompanhante” não consta no rol do art. 18 da Lei n. 8.213/91, o qual elenca os benefícios e serviços devidos aos segurados do Regime Geral de Previdência Social e seus dependentes.

IX – Diante de tal quadro, impõe-se a extensão do “auxílio-acompanhante” a todos os aposentados que, inválidos, comprovem a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa, independentemente do fato gerador da aposentadoria.

X – Tese jurídica firmada: “*Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.*”

XI – Recurso julgado sob a sistemática dos recursos especiais representativos de controvérsia (art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 e art. 256-N e seguintes do RISTJ).

XII – Recurso Especial do INSS improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, prosseguindo no julgamento, por maioria, vencidos a Sra. Ministra Relatora e os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Gurgel de Faria e Francisco Falcão, negar provimento ao recurso especial, nos termos do voto da Sra. Ministra Regina Helena Costa, que lavrará o acórdão. Votaram com a Sra. Ministra Regina Helena Costa os Srs. Ministros Herman Benjamin, Napoleão Nunes Maia Filho, Og Fernandes e Benedito Gonçalves.

Brasília (DF), 22 de agosto de 2018 (data do julgamento).

Ministra Regina Helena Costa, Relatora

DJe 26.9.2018

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Trata-se de Recurso Especial, fundamentado na alínea **a** do permissivo constitucional, interposto pelo *Instituto Nacional do Seguro Social*, em 19/09/2016, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 4ª Região, publicado na vigência do CPC/2015, que rejeitou os Embargos de Declaração, opostos ao *decisum* assim ementado:

Previdenciário. Adicional de 25%. Art. 45 da Lei 8.213/91. Extensão demais benefícios. Princípio da isonomia. Consectários. Lei 11.960/2009. Custas. Honorários.

1. A possibilidade de acréscimo, nos termos do art. 45 da Lei n. 8.213/91, do adicional de 25% ao valor percebido pela segurada, em caso de ela necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia. In casu, face as provas contidas nos autos, resta evidenciado que a autora necessita do auxílio permanente de terceiros, razão pela qual faz jus ao adicional.

2. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, os juros moratórios devem ser equivalentes aos índices de juros aplicáveis à caderneta de poupança (STJ, REsp 1.270.439/PR, 1ª Seção, Relator Ministro Castro Meira, 26/06/2013). No que tange à correção monetária, permanece a aplicação da TR, como estabelecido naquela lei, e demais índices oficiais consagrados pela jurisprudência.

3. Havendo o feito tramitado perante a Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, o INSS está isento do pagamento de custas, consoante o disposto no art. 11 da Lei Estadual n. 8.121/85, na redação dada pela Lei n. 13.471, de 23 de junho de 2010.

4. Os honorários advocatícios são devidos pelo INSS no percentual de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforma a sentença de improcedência, nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula n. 76 deste TRF (fl. 147e).

Sustenta o recorrente, inicialmente, violação ao art. 1.022 do CPC/2015, pois o Tribunal *a quo* rejeitou os Embargos de Declaração, sem apreciar ponto omissis no acórdão, qual seja, “a questão referente à interpretação do artigo 45 da LB de acordo com o disposto no artigo 1º da mesma lei, o qual salienta o caráter contributivo e não assistencial dos benefícios e adicionais nela previstos” (fl. 167e).

Alega, quanto ao mais, citando precedentes dos cinco Tribunais Regionais Federais, favoráveis à sua tese, violação aos arts. 1º e 45 da Lei 8.213/91, sob a seguinte argumentação:

A decisão recorrida assegurou o pagamento do adicional de 25% sobre o benefício da parte autora, previsto para os aposentados por invalidez que necessitem de assistência permanente de outra pessoa, embora o autor receba outra espécie de aposentadoria, ao argumento de que solução diversa seria discriminatória por se tratar de valor de caráter assistencial.

Não é esta a solução mais adequada.

O acórdão recorrido adotou uma interpretação equivocada da Lei de Benefícios, pois tomou o artigo 45 como item apartado e independente desta lei no qual está inserido.

Interpretou o dispositivo legal sem atentar para o primeiro artigo da LB, que dispõe expressamente:

Art. 1º A Previdência Social, mediante contribuição, tem por fim assegurar aos seus beneficiários (...)

De acordo com o artigo 1º, portanto, é mediante contribuição que os benefícios e seus adicionais que estão previstos na LB são devidos aos segurados.

*Não há nada de caráter assistencial no adicional de 25% do artigo 45, pois ele integra o texto da Lei 8.213/91, cujo artigo 1º, que é norma orientadora para interpretar todos os demais artigos da mesma lei, dispõe que ele é devido **mediante contribuição**.*

Ao deixar de considerar o mencionado artigo 1º da LB, o acórdão ignorou uma regra básica de hermenêutica dos textos jurídicos, segundo a qual, assim como o ordenamento jurídico na sua totalidade exige que se interprete as leis que o compõem de modo sistemático, de modo a assegurar a sua unidade e coerência, também as leis devem ter seus artigos interpretados de acordo com o todo de que fazem parte. Se não tivesse omitido isso, não concluiria erroneamente que o artigo 45 da LB tem caráter assistencial, pois ele faz parte de uma lei previdenciária.

Como já referido anteriormente pela Autarquia neste processo, tal avaliação hermenêutica não é novidade, pois vem sendo repetida desde que os romanos começaram a estudar Direito. Carlos Maximiliano nos informa isso, citando Celso em sua obra clássica:

(...)

Enfim, o acórdão ora embargado, ao não fazer uma interpretação sistemática mais apurada das normas que citou, negou vigência exatamente ao artigo 45 da LB que supostamente estaria aplicando ao caso concreto.

Merece reforma, portanto, a decisão recorrida (fls. 168/169e).

Afirma que “os demais tribunais federais no país que já examinaram questões semelhantes se posicionaram contra a extensão do adicional, tal como vinha entendendo o próprio Tribunal cujo acórdão ora se impugna” (fls. 169/170e), na linha dos precedentes que indica.

Por fim, “uma vez demonstrada contrariedade à Lei Federal - artigos 1º e 45 da Lei 8.213/91 - o INSS requer seja o recurso conhecido e provido, a fim de que haja a reforma da decisão, declarando-se indevido o adicional pleiteado. Se assim não entender a C. Turma, o INSS requer a anulação da decisão que rejeitou os embargos de declaração, por afronta ao artigo 1.022, do CPC, para que o Tribunal Regional profira outra, suprindo a omissão sobre a matéria federal que embasa a tese do recorrente” (fl. 173e).

Sem contrarrazões (fl. 189e), o Tribunal de origem – “considerando a multiplicidade de recursos especiais existentes nesta Corte Regional sobre a controvérsia (discute-se a possibilidade da concessão do acréscimo de 25%, previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, sobre o valor do benefício em caso de o segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria,)” – selecionou, com fundamento no art. 1.036, § 1º, do CPC/2015, o presente Recurso Especial como representativo da controvérsia, na forma da decisão de fls. 190/191e.

O Ministério Público Federal, na forma do parecer de fls. 204/208e, subscrito pelo Subprocurador-Geral da República, *Moacir Guimarães Morais Filho*, “opina pela admissibilidade do recurso representativo da controvérsia, a fim de que seja improvido o recurso especial”.

O Presidente da Comissão Gestora de Precedentes, Ministro *Paulo de Tarso Sanseverino*, a fls. 211/214e, determinou o encaminhamento destes autos a esta Relatora, para pronunciamento a respeito de possível prevenção deste recurso ao PUIL 236/RS, de minha relatoria – no qual foi admitido Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei sobre a mesma matéria, no âmbito do Juizado Especial Federal –, e, a fl. 224e, aceitei a prevenção.

A Primeira Seção do STJ, por unanimidade, na sessão do dia 09/08/2017, afetou o presente Recurso Especial ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, incluído pela Emenda Regimental 24, de 28/09/2016), nos termos do acórdão de fls. 232/241e, que restou assim ementado:

Previdenciário e Processual Civil. Proposta de afetação de recurso especial. Rito dos recursos especiais repetitivos. Arts. 1.036, *caput* e § 1º, 1.037 e 1.038

do CPC/2015 c/c art. 256-I do RISTJ, na redação da Emenda Regimental 24, de 28/09/2016. *Adicional de 25%, previsto no art. 45 da Lei 8.213/91. Possibilidade de concessão (ou não) a todo segurado que necessitar de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria.*

I. *Delimitação da controvérsia, para fins de afetação da matéria ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 1.036, caput e § 1º, do CPC/2015: “Aferir a possibilidade da concessão do acréscimo de 25%, previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, sobre o valor do benefício, em caso de o segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria”.*

II. Recurso Especial afetado ao rito do art. 1.036 e seguintes do CPC/2015 (art. 256-I do RISTJ, na redação da Ementa Regimental 24, de 28/09/2016) (fl. 232e).

O Ministério Público Federal, a fls. 253/256e, em parecer lavrado pelo Subprocurador-Geral da República, Dr. *Moacir Guimarães Morais Filho*, opina “pelo não conhecimento e improvemento do Recurso Especial”.

O *Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP*, a fls. 260/322e, requereu a sua admissão no feito como *amicus curiae*, pedido que foi atendido (fls. 325e), para que ingresse, nessa condição, nos presentes autos e nos do REsp 1.720.805/RJ – também afetado sob o regime dos recursos repetitivos, para julgamento conjunto –, recebendo-se a referida petição, na qual sustenta a possibilidade de concessão do adicional em tela, independentemente de se tratar de aposentadoria por invalidez, como manifestação escrita, em ambos os feitos.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Assusete Magalhães (Relatora): Trata-se, na origem, de ação ajuizada pela ora recorrida, beneficiária de aposentadoria por idade rural, em face do INSS, objetivando a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, ao seu benefício, por necessitar de assistência permanente de outra pessoa, com pagamento retroativo à data do requerimento administrativo, em 13/11/2013.

A parte autora, conforme a inicial de fls. 3/8e, é beneficiária de aposentadoria por idade, na condição de rurícola, e, em razão de necessitar de assistência permanente de outra pessoa, ingressou com requerimento administrativo, pleiteando a incorporação, ao seu benefício, do referido adicional de 25% (vinte e cinco por cento).

O pedido foi indeferido, na via administrativa, porquanto o INSS somente aplica o adicional para a aposentadoria por invalidez, na forma do art. 45 da Lei 8.213/91.

Contudo, segundo entende a parte autora, “o fato do acréscimo de 25% ser garantido apenas para os aposentados por invalidez, fere princípios constitucionais, o primeiro, o da isonomia, consagrado pela Constituição Federal de 1998. Não há razão para somente os aposentados por invalidez terem direito a tal vantagem. O aposentado rural por idade, por exemplo, como é o presente caso, por muitas vezes são acometidos de algumas doenças que o debilitam durante os anos e, conseqüentemente, necessitam do auxílio de outra pessoa, razão que o faz desembolsar valores para o pagamento dos serviços prestados por esta. No presente caso, a autora está acamada, sem condições de gerir sua pessoa e muito menos da proceder na sua alimentação e higiene sem o auxílio de terceiros (cf. atestado médico anexo) após estar aposentada por idade, lhe causando assim e nesse norte gastos suplementares para sua manutenção, notadamente como já mencionado, na contratação de terceiros para lhe auxiliar, haja vista não possuir as mínimas condições de auto gerir-se, de se locomover, alimentar, higiene, medicar-se, etc, etc. Conforme mostrado, o dispositivo é manifestamente contrário ao princípio da isonomia insculpido no *caput* do art. 5º da Carta Maior (...) o artigo 45 da Lei n. 8.213/91 infringe, também, os princípios da uniformidade e equivalência dos benefícios da seguridade social (...). No que tange ao segundo requisito, comprovado está que a autora encontra-se na atualidade acometida de doença grave, e que a impossibilita de auto gerir-se, conforme evidenciado pelos documentos ora juntados e como decididamente restará comprovado no decorrer da instrução do feito, necessitando da assistência permanente de outra pessoa em virtude da gravidade de sua doença, fazendo jus ao acréscimo de 25% sobre seu benefício, de acordo com o art. 45 da já citada lei e das teses ora sustentadas. Afirma a demandante, portanto, preencher os requisitos que autorizam a concessão do benefício pleiteado, insuscetível de reabilitação, necessitando de acompanhamento de terceiros para a realização de suas atividades habituais e para auto gerir-se, de modo que demanda apoio contínuo de outrem” (fls. 5/6e).

O Juízo de 1º Grau julgou improcedente o pedido (fls. 102/109e), destacando que “o benefício percebido pelo autor é diverso do benefício de aposentadoria por invalidez. Logo, entendo que não faz jus ao acréscimo pleiteado, sob pena de ofensa ao disposto no art. 195, § 5º, ambos da Constituição Federal” (fl. 106e).

A parte autora apelou (fls. 110/117e), arguindo, primeiramente, cerceamento de defesa – pelo indeferimento do pedido de produção de prova pericial médica –, e, no mais, reiterando os fundamentos apresentados na petição inicial (fls. 114/115e).

O Tribunal de origem deu provimento à Apelação da autora, para julgar procedente a ação, na forma do acórdão de fls. 135/147e, assim ementado:

Previdenciário. Adicional de 25%. Art. 45 da Lei 8.213/91. Extensão demais benefícios. Princípio da isonomia. Consectários. Lei 11.960/2009. Custas. Honorários.

1. A possibilidade de acréscimo, nos termos do art. 45 da Lei n. 8.213/91, do adicional de 25% ao valor percebido pela segurada, em caso de ela necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia. In casu, face as provas contidas nos autos, resta evidenciado que a autora necessita do auxílio permanente de terceiros, razão pela qual faz jus ao adicional.

2. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, os juros moratórios devem ser equivalentes aos índices de juros aplicáveis à caderneta de poupança (STJ, REsp 1.270.439/PR, 1ª Seção, Relator Ministro Castro Meira, 26/06/2013). No que tange à correção monetária, permanece a aplicação da TR, como estabelecido naquela lei, e demais índices oficiais consagrados pela jurisprudência.

3. Havendo o feito tramitado perante a Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, o INSS está isento do pagamento de custas, consoante o disposto no art. 11 da Lei Estadual n. 8.121/85, na redação dada pela Lei n. 13.471, de 23 de junho de 2010.

4. Os honorários advocatícios são devidos pelo INSS no percentual de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforma a sentença de improcedência, nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula n. 76 deste TRF (fl. 147e).

Opostos Embargos de Declaração, pelo INSS, foram eles rejeitados, nesses termos:

Previdenciário. Embargos de declaração. Art. 1.022 do CPC de 2015. Omissão, obscuridade ou contradição. Correção de erro material. Prequestionamento implícito. Art. 1.025 do CPC/2015.

1. Cabem embargos de declaração contra qualquer decisão judicial para: a) esclarecer obscuridade ou eliminar contradição; b) suprir omissão de ponto ou

questão sobre o qual devia se pronunciar o juiz de ofício ou a requerimento; c) corrigir erro material (CPC/2015, art. 1.022, incisos I a III). Em hipóteses excepcionais, admite a jurisprudência emprestar-lhes efeitos infringentes.

2. Não se enquadrando em qualquer das hipóteses de cabimento legalmente previstas, devem ser rejeitados os declaratório.

3. Consideram-se incluídos no acórdão os elementos que o embargante suscitou, para fins de pré-questionamento, ainda que os embargos de declaração sejam inadmitidos ou rejeitados, caso o tribunal superior considere existentes erro, omissão, contradição ou obscuridade (art. 1.025 do CPC/2015) (fl. 160e).

Inconformado, o INSS interpôs o presente Recurso Especial, com fundamento no art. 105, III, a, da Constituição Federal, afetado, pela Primeira Seção do STJ, ao rito dos julgamentos repetitivos (fls. 232/241e).

Com o advento do CPC/2015, o rito de processo e julgamento dos recursos especiais repetitivos foi estabelecido nos arts. 1.036 a 1.041 do referido diploma normativo.

No âmbito do Regimento Interno desta Corte, o tema está regulado nos arts. 104-A e 256 a 256-X do RISTJ.

Em consonância com o disposto no art. 1.036, § 5º, do CPC/2015 e no art. 256, *caput*, do RISTJ, previu-se a necessidade de afetação de dois ou mais recursos representativos da controvérsia, exigência cumprida, no caso, em razão de também ter sido afetado o REsp 1.720.805/RJ, que cuida do mesmo tema.

O presente recurso é apto, consoante previsto no art. 1.036, § 6º, do CPC/2015 e no art. 256, § 1º, do RISTJ.

Fundamentos relevantes da questão jurídica discutida (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, I, do RISTJ)

A controvérsia ora em apreciação cinge-se à análise da possibilidade de estender o pagamento do adicional de 25%, previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez, a outras espécies de aposentadoria.

Segundo defende o INSS, recorrente, a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), para benefício previdenciário fora dos limites legais, afronta os arts. 1º e 45 da Lei 8.213/91, porquanto o aludido adicional tem caráter previdenciário – não assistencial – e a sua concessão está restrita aos segurados beneficiários de aposentadoria por invalidez.

O Tribunal de origem deu provimento à Apelação da autora – que percebe aposentadoria por idade rural –, concedendo-lhe o direito do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) sobre a aposentadoria por idade, não obstante o art. 45 da Lei 8.213/91 preveja tal acréscimo apenas para a aposentadoria por invalidez, com a seguinte fundamentação:

A controvérsia restringe-se à possibilidade de concessão do acréscimo de 25%, previsto no art. 45, caput, da Lei de Benefícios, no benefício de aposentadoria por idade.

O art. 45 da Lei 8.213/91 estatui:

O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Discute-se se há ofensa à igualdade na ausência de previsão do acréscimo monetário a benefício decorrente de aposentadoria por idade. *O princípio da igualdade impõe que se dê idêntico tratamento a indivíduos e situações semelhantes, exigindo um ônus de justificação para a imposição de tratamento diferenciado.* Todo juízo de igualdade implica a eleição de um aspecto da realidade comparada. A norma jurídica deve, de modo justo, eleger qual o aspecto da realidade justifica tratamento igual e qual outro pode, eventualmente, justificar tratamento desigual. Assim, por exemplo, homens e mulheres merecem tratamento igual quanto à não-discriminação na remuneração pelo exercício de mesma atividade (aqui a desigualdade fática parcial - sexo - não justifica tratamento diferenciado), e merecem tratamento desigual quanto à licença- gestante (agora, a desigualdade fática justifica o tratamento desigual).

Na hipótese sub judice, apresenta-se situação onde há igualdade quanto (a) à condição de segurado aposentado da Previdência Social e (b) à condição de invalidez e a necessidade de auxílio de terceiros.

Nos contornos em que discutida a matéria, a desigualdade parcial encontrada na legislação, que enseja valor de benefício diverso, é a origem do benefício de aposentadoria. Aqueles aposentados por invalidez percebem adicional; os demais, não. Qual a razão do tratamento diferenciado? Tal discrimen tem fundamento racional que justifique a disparidade? Tal diferenciação está conforme o sistema jurídico vigente? No debate jurisprudencial, invoca-se que a aposentadoria por invalidez é, via de regra, imprevisível; aduz-se, ademais, que pode haver diferença de renda (na aposentadoria por invalidez, ela será de 100%, ao passo que nas demais pode haver variações). Como já foi dito, *ausentes razões que justifiquem o tratamento diferenciado, é obrigatório igual tratamento.* Essa a síntese do mandamento normativo da igualdade. *Privilegiar determinada*

prestação a pessoa em condição de invalidez em virtude da espécie de benefício outorgado na proteção previdenciária é, s.m.j., desarrazoado.

O motivo que justifica a proteção securitária como um todo é o risco social, fundamento de todo sistema de seguridade social. Os benefícios, previdenciários e assistenciais, informam-se, em sua gênese constitucional, configuração legislativa e concretização administrativa, pela mesma razão.

Se o sistema jurídico considera a necessidade decorrente da invalidez como pressuposto de benefício, daí extraindo regimes jurídicos e os respectivos direitos subjetivos (acréscimo de 25% para quem necessita auxílio de terceiros), não pode desconsiderar tal elemento pelo mero fato de tratar-se de outra espécie de benefício; isto porque o discrimen não é o tipo de benefício, mas a invalidez, sob pena de atuação em desconformidade com a finalidade constitucional de toda a seguridade social e, com a razão de ser dos benefícios, sejam eles quais forem.

A propósito, assim consta da fundamentação da Rd 4.374/PE, em que o STF alterou a interpretação da anterior ADI, em que afirmada a constitucionalidade do requisito econômico de 1/4 do salário mínimo per capita para a concessão de BPC, "...o legislador deve tratar a matéria de forma sistemática. Isso significa dizer que todos os benefícios da seguridade social (assistenciais e previdenciários) devem compor um sistema consistente e coerente. Como isso, podem-se evitar incongruências na concessão de benefícios, cuja consequência mais óbvia é o tratamento anti-isonômico entre os diversos beneficiários das políticas governamentais de assistência social." Saliente-se: "todos os benefícios da seguridade social (assistenciais e previdenciários) devem compor um sistema consistente e coerente." *Diante desse quadro normativo evidente a lacuna legislativa, a ensejar o uso da analogia como técnica calcada numa interpretação finalística e sistemática do direito da seguridade social, afastando exclusão, discriminação ou tratamento privilegiado no âmbito do sistema legal securitário.*

Tomando como premissas (a) o fundamento constitucional da seguridade social, suas finalidades e princípios, (b) o princípio da igualdade e a proibição de discriminação entre segurados aposentados que experimentam invalidez e necessitam de cuidados de terceiros, (c) o sistema jurídico previdenciário infraconstitucional e (d) a relevância por ele atribuída ao fenômeno da invalidez como risco social protegido, conclui-se que se trata de lacuna legal, a ser suprida pela aplicação de igual direito ao caso concreto.

Exemplificam a solução por analogia os seguintes julgados:

(...)

Valendo-se da analogia em matéria securitária, exemplificativamente, decidiu o STJ:

Administrativo. Militar inativo Auxílio-invalidez Termo inicial. Omissão da lei Analogia.

- As leis de natureza social devem ser interpretadas e aplicadas de modo teleológico, buscando, inclusive, luzes na analogia, de modo a atingir os seus elevados fins.

- Em face do silêncio da Lei n. 5.787/72 no tocante ao termo inicial do auxílio invalidez devido ao militar julgado definitivamente incapaz para o serviço, é razoável a decisão que defere o benefício a partir do requerimento administrativo, aplicando-se, por analogia, a legislação previdenciária.

- Recurso especial não conhecido. (REsp 271.845/SP, Rel. Ministro Vicente Leal, Sexta Turma, julgado em 17/04/2001, DJ 13/08/2001, p. 304)

Neste tribunal, também aplicando o critério da analogia e suprimindo lacuna legal:

(...)

Na hipótese vertente, a autora é aposentada por idade. A requerente (95 anos de idade), representada por seu procurador, juntou documentos, entre os quais o atestado médico, de fls. 12, datado de 09/11/2013, no qual o Dr. José Luiz Costa, médico cirurgião, consignou que a ora recorrente é totalmente dependente de terceiros para as atividades diárias, como higiene, alimentação, etc...

Portanto, trata-se de pessoa com alto grau de invalidez e que necessita de cuidados permanentes de terceiros. *Incontroversa, assim, a necessidade de auxílio permanente. Ao demais, como explicitou o MPF, em relação ao pedido de produção de prova pericial, "entendo-a desnecessária, uma vez que o fato de a autora depender de auxílio de terceiro não foi contestado pela ré. Assim, a controvérsia refere-se unicamente a matéria de direito, comportando o feito julgamento antecipado." (fls. 30-verso).*

Saliento que, *com 95 anos de idade, nas condições mencionadas supra, fica claro que a autora necessita do auxílio permanente de terceiros, sendo desnecessária a realização da perícia judicial, a fim de verificar tal situação, razão pela qual faz jus ao adicional de 25% estabelecido no artigo 45 da Lei n. 8.213/9.*

É, pois, de se deferir o acréscimo pleiteado desde a época em que o adicional foi requerido na via administrativa (13/11/2013 - fls. 15), haja vista que as provas constantes dos autos evidenciam que, à ocasião, a necessidade permanente de auxílio de terceiros já se fazia presente.

Reformado, no ponto, o julgado para deferir o acréscimo de 25%, previsto no art. 45, caput, da Lei de Benefícios, sobre benefício de aposentadoria por idade, desde a data em que requerido administrativamente (fls. 136/140e).

Fundamentos determinantes do julgado (art. 984, § 2º, c/c o art. 1.038, § 3º, do CPC/2015 e art. 104-A, II, do RISTJ)

A pretensão de estender, indistintamente, o pagamento do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) ao benefício, para alcançar todos os segurados que,

após a aposentadoria, vierem a necessitar da assistência permanente de terceiros – independentemente da espécie de aposentadoria (por idade, especial e por tempo de contribuição) –, não pode prosperar, por ausência de previsão legal, porquanto, na forma do art. 45 da Lei 8.213/91, o referido acréscimo somente é devido para o benefício de aposentadoria por invalidez, nesses termos:

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;*
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;*
- c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão.*

Essa conclusão encontra amparo na doutrina:

*Ao segurado portador de grande invalidez, ou seja, aquele que, além da incapacidade laborativa total e permanente, necessita da assistência contínua de outra pessoa para a realização das atividades do dia-a-dia, tais como alimentação, locomoção e higienização, é garantido o **adicional ou acréscimo de 25%** sobre o valor da aposentadoria por invalidez. O acréscimo de 25% será devido ainda que o valor da aposentadoria alcance o teto previdenciário, sendo recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado, cessando com a morte do aposentado, não se incorporando ao valor da pensão.*

A situação que autoriza o acréscimo de 25% pode ocorrer de forma superveniente à concessão da aposentadoria por invalidez, não havendo exigência de que ocorra de forma concomitante.

O acréscimo de 25% somente é aplicável no caso de aposentadoria por invalidez, não havendo permissivo legal ou interpretação admissível que permita estendê-lo a outras espécies de benefícios (MIRANDA, Jedíael Galvão. Direito da seguridade social: direito previdenciário, infortunistica, assistência social e saúde. In: Benefícios em espécie. Rio de Janeiro: Elsevier, 2007. cap. 10, p. 181/182).

Em que pese a existência de entendimento doutrinário em sentido contrário, o posicionamento acima exposto tem prevalecido, conforme apontam Daniel Machado da Rocha e José Paulo Baltazar Junior, na obra “COMENTÁRIOS À LEI DE BENEFÍCIOS DA PREVIDÊNCIA SOCIAL”:

Tem sido ajuizadas demandas que - fundamentalmente apoiadas no princípio da isonomia e apoiadas na necessidade interpretar a Lei de Benefícios de forma

sistemática - postulam a extensão do adicional previsto no art. 45 para outras aposentadorias. Afinal, é possível a concessão do referido acréscimo mesmo que a necessidade da ajuda permanente de outra pessoa ocorra em momento posterior à concessão do benefício. Argumenta-se que uma interpretação restritiva do dispositivo legal, extraindo comando normativo que contemple apenas aqueles que estão aposentados por invalidez, importaria em inegável afronta ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência.

A questão é controversa. Majoritariamente, a jurisprudência entende não ser possível a extensão do art. 45 para outras aposentadorias, ao argumento de que o acolhimento de tal pedido não dependeria apenas de declaração de inconstitucionalidade parcial da norma com redução de texto, mas sim decorreria de extensão do direito nela previsto a situações diversas. Assim, o reconhecimento do direito à vantagem para os casos de aposentadoria por tempo de serviço ou contribuição, não adviria de mera interpretação extensiva, mas sim de processo de integração, mediante analogia. A analogia seria utilizada para reconhecer direito no caso de situação que o legislador claramente não contemplou. Além disso, argumenta-se que há motivo fático que justifica a discriminação porque a aposentadoria por invalidez é algo não esperado, não se espera a incapacidade, não se pode prevê-la, ao contrário das outras aposentadorias que são relativamente previsíveis (a idade é certa; o tempo de contribuição também é certo). Assim, a lei poderia discriminar, tratando de forma privilegiada apenas quem tenha se aposentado por invalidez, e não todo e qualquer benefício previdenciário ou toda e qualquer aposentadoria.

O STJ, pela sua Primeira Turma, decidiu neste sentido. Cabe destacar, contudo, que já houve decisão reconhecendo a possibilidade de sua concessão em situação excepcional (ROCHA, Daniel Machado da., BALTAZAR JUNIOR, José Paulo. Comentários à lei de benefícios da previdência social. 14. ed. rev., atual. e ampl. São Paulo: Atlas, 2016. p. 293/298).

A pretendida extensão implicaria na criação de um novo benefício, híbrido – em substituição da atividade legislativa –, na medida em que combinaria as características e os requisitos de outras espécies de aposentadoria (por idade, especial e por tempo de contribuição) com vantagem exclusiva da aposentadoria por invalidez, qual seja, o adicional de 25% (vinte e cinco por cento), autorizando, inclusive, como decorrência, para todos esses casos, que o valor devido ultrapasse o teto de pagamento de benefícios do Regime Geral de Previdência Social, tal como previsto no art. 45, parágrafo único, **a**, da Lei 8.213/91 – hipótese que contempla exclusivamente a aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa –, sem a correspondente fonte de custeio, conforme exige o art. 195, § 5º, da Constituição da República:

Art. 195. A seguridade social será financiada por toda a sociedade, de forma direta e indireta, nos termos da lei, mediante recursos provenientes dos orçamentos da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios, e das seguintes contribuições sociais:

(...)

§ 5º *Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.*

A ampliação e a extensão da norma, para alcançar outras espécies de aposentadoria, e, assim, reconhecer o direito de o segurado, aposentado por idade, por aposentadoria especial ou por tempo de contribuição, receber o adicional de 25% (vinte e cinco por cento), sem previsão legal e sem fonte de custeio, ultrapassa o limite imposto ao magistrado pelo princípio da separação dos poderes, haja vista não poder o juiz, no exercício da função jurisdicional, invadir a esfera legislativa, para estender vantagem que, na forma da lei, não existe para as demais espécies de aposentadoria. Observe-se que a necessidade de auxílio de terceiro, na maioria das vezes, decorre do avanço da idade, e, mesmo assim, por opção do legislador, o art. 45 da Lei 8.213/91 limitou o acréscimo à aposentadoria por invalidez.

Esse posicionamento encontra eco, *mutatis mutandis*, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal – que limitou a atuação jurisdicional em casos análogos, nos quais se buscava a outorga de vantagem não prevista em lei, sob o fundamento de isonomia –, na forma da Súmula Vinculante 37:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia.

Referido verbete resultou de conversão da antiga Súmula 339/STF (“Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia”), que, embora fosse do mesmo teor, não possuía o efeito vinculante, e, quando do debate para aprovação da proposta de edição da Súmula Vinculante 37, destacou o então Presidente do STF, Ministro *Ricardo Lewandowski*:

(...) Bem examinados os autos, entendo que esta proposta de edição de súmula vinculante preenche todos os requisitos para sua aprovação. Com efeito, a vedação ao reajuste de vencimentos de servidores públicos, a título de isonomia salarial, por meio de decisões judiciais é entendimento há muito consolidado por este Plenário em verbete não vinculante, que vem sendo aplicado, segundo informa a Secretaria de Documentação, em inúmeros julgados do Pleno e das Turmas desta Casa.

Cito, a título de exemplo, os seguintes acórdãos que bem demonstram essa utilização sistemática do verbete sumular ora em exame:

Servidor público. Isonomia. Artigo 39, § 1º, da Constituição Federal. *Súmula 339 do STF.*

- *Esta Corte, como demonstram os precedentes invocados no parecer da Procuradoria-Geral da República, tem entendido que continua em vigor, em face da atual Constituição, a súmula 339 ("Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob fundamento de isonomia"), porquanto o § 1º do artigo 39 da Carta Magna é preceito dirigido ao legislador, a quem compete concretizar o princípio da isonomia, considerando especificamente os casos de atribuições iguais ou assemelhadas, não cabendo ao Poder Judiciário substituir-se ao legislador. Contra lei que viola o princípio da isonomia é cabível, no âmbito do controle concentrado, ação direta de inconstitucionalidade por omissão, que, se procedente, dará margem a que dessa declaração seja dada ciência ao Poder Legislativo para que aplique, por lei, o referido princípio constitucional; já na esfera do controle difuso, vício dessa natureza só pode conduzir à declaração de inconstitucionalidade da norma que infringiu esse princípio, o que, eliminando o benefício dado a um cargo quando deveria abranger também outros com atribuições iguais ou assemelhadas, impede a sua extensão a estes.*

Dessa orientação divergiu o acórdão recorrido.

Recurso extraordinário conhecido e provido (RE 173.252/SP, Rel. Min. Moreira Alves, *Plenário* – grifos meus).

Mandado de segurança. *Reajuste de vencimentos* concedido aos servidores militares. *Pretendida extensão jurisdicional desse reajuste* a servidores civis. Princípio da legalidade e atividade estatal. *Subsistência da Súmula 339/STF.* Remuneração dos servidores públicos e princípio da reserva de lei formal. Inconstitucionalidade por omissão parcial da lei. Exclusão de benefício e ofensa ao princípio da isonomia. Doutrina. Inadequação do mandado de segurança. Recurso ordinário não provido.

(...)

- *O Poder Judiciário, que não dispõe de função legislativa, não pode conceder a servidores civis, sob fundamento de isonomia, extensão de vantagens pecuniárias que foram exclusivamente outorgadas por lei aos servidores militares.*

A Súmula 339 do Supremo Tribunal Federal - que consagra, na jurisprudência desta Corte, uma específica projeção do princípio da separação de poderes - foi recebida pela Carta Política de 1988. Reveste-se, em consequência, de plena eficácia e de integral aplicabilidade sob a vigente ordem constitucional.

(...)

A extensão jurisdicional, em favor dos servidores preteridos, do benefício pecuniário que lhes foi indevidamente negado pelo legislador encontra obstáculo no princípio da separação de poderes. A disciplina jurídica da remuneração devida aos agentes públicos em geral está sujeita ao princípio da reserva legal absoluta. Esse postulado constitucional submete ao domínio normativo da lei formal a veiculação das regras pertinentes ao instituto do estipêndio funcional.

O princípio da divisão funcional do poder impede que, estando em plena vigência o ato legislativo, venham os Tribunais a ampliar-lhe o conteúdo normativo e a estender a sua eficácia jurídica a situações subjetivas nele não previstas, ainda que a pretexto de tornar efetiva a cláusula isonômica inscrita na Constituição (RMS 21.662/DF, Rel. Min. Celso de Mello, Primeira Turma – grifos meus).

Agravo regimental no recurso extraordinário. Administrativo. Servidor público. *Vantagem pecuniária individual. Reajuste. Lei 10.698/2003. Interpretação da legislação infraconstitucional. Ofensa indireta. Impossibilidade de aumento de vencimentos de servidores públicos pelo Poder Judiciário sob o fundamento da isonomia (Súmula 339 do STF). Agravo improvido.*

(...)

II - *O acórdão recorrido está em harmonia com a jurisprudência predominante deste Tribunal firmada no sentido de que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos, sob o fundamento da isonomia (Súmula 339 do STF). Precedentes.*

III - *Agravo regimental improvido (RE 711.344-AgR/PB, de minha relatoria, Segunda Turma – grifos meus).*

Recentemente a orientação jurisprudencial condensada na Súmula 339-STF ganhou ainda mais força, após o julgamento de mérito, sob a sistemática da repercussão geral, do RE 592.317/RJ, Rel. Min. Gilmar Mendes, ocasião em que este Plenário, reafirmando o referido enunciado, asseverou “que a jurisprudência do STF seria pacífica no sentido de que o aumento de vencimentos de servidores dependeria de lei e não poderia ser efetuado apenas com base no princípio da isonomia” (Informativo STF 756).

(...) O Relator do feito, Ministro Gilmar Mendes, por sua vez, reiterou a necessidade de que a Súmula 339 desta Corte fosse logo convertida em súmula vinculante. Percebe-se, assim, que o tema albergado pelo enunciado sob encaminhamento revela-se atual e dotado de potencial efeito de multiplicação, porquanto tem se mostrado cada vez mais frequente a necessidade de rememorar às diferentes instâncias judiciais que não cabe ao Poder Judiciário, que não tem

função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento da isonomia.

Isso posto, voto pela aprovação do verbete vinculante com a seguinte redação:

Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob fundamento de isonomia (DJe de 24/10/2014).

No caso ora em debate, embora não se trate de aumento de vencimento de servidor público, referido entendimento do STF, consubstanciado na Súmula Vinculante 37, é aplicável, por analogia, haja vista que o magistrado não está investido de função legislativa, para, com fundamento na isonomia, criar vantagem não prevista em lei, ou seja, no caso específico, conceder o adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto apenas para a aposentadoria por invalidez, a outras espécies de aposentaria (por idade, especial e por tempo de contribuição).

Em reforço, vale acrescentar que o STF, no julgamento de matéria previdenciária, considerou inviável o recálculo do valor da aposentadoria, mediante a chamada “desaposentação”, tendo concluído que apenas mediante lei é possível fixar critérios para que os benefícios sejam recalculados, com base em novas contribuições decorrentes da permanência ou da volta do trabalhador ao mercado de trabalho, após concessão da aposentadoria, na forma da tese firmada no Recurso Extraordinário 661.256/SC, em regime de repercussão geral (Tema 503) – tese que também se aplica, analogicamente, ao caso ora em julgamento – no sentido de que “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’ (...)”. O acórdão restou assim ementado:

Constitucional. Previdenciário. Parágrafo 2º do art. 18 da Lei 8.213/91. Desaposentação. Renúncia a anterior benefício de aposentadoria. Utilização do tempo de serviço/contribuição que fundamentou a prestação previdenciária originária. Obtenção de benefício mais vantajoso. Julgamento em conjunto dos RE n. 661.256/SC (em que reconhecida a repercussão geral) e 827.833/SC. Recursos extraordinários providos.

1. Nos RE n. 661.256 e 827.833, de relatoria do Ministro Luís Roberto Barroso, interpostos pelo INSS e pela União, pugna-se pela reforma dos julgados dos Tribunais de origem, que reconheceram o direito de segurados à renúncia à aposentadoria, para, aproveitando-se das contribuições vertidas após a concessão desse benefício pelo RGPS, obter junto ao INSS regime de benefício posterior, mais vantajoso.

2. A Constituição de 1988 desenhou um sistema previdenciário de teor solidário e distributivo. inexistindo inconstitucionalidade na aludida norma do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91, a qual veda aos aposentados que permaneçam em atividade, ou a essa retornem, o recebimento de qualquer prestação adicional em razão disso, exceto salário-família e reabilitação profissional.

3. *Fixada a seguinte tese de repercussão geral no RE n. 661.256/SC: “[n]o âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’, sendo constitucional a regra do art. 18, § 2º, da Lei n. 8.213/91”.*

4. Providos ambos os recursos extraordinários (RE n. 661.256/SC e 827.833/SC) (STF, RE 661.256/SC, Rel. Ministro Roberto Barroso, Rel. p/ acórdão Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 28/09/2017).

O aludido julgamento do STF, sob o regime da repercussão geral, implicou na revisão do entendimento até então adotado nesta Corte, podendo-se citar, nessa linha, entre muitos outros, os seguintes precedentes, que adotaram a tese firmada pela Corte Suprema, no sentido de que “no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias”: STJ, AgRg no REsp 1.309.449/RS, Rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe de 13/03/2018; REsp 1.244.067/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 09/03/2018; EDcl no AgRg no REsp 1.317.639/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 02/03/2018; REsp 1.707.184/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 19/12/2017; EDcl no AgRg no REsp 1.343.320/PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 14/12/2017.

*No julgamento do aludido RE 661.256/SC, sob o regime da repercussão geral, destacou o Ministro **Edson Fachin**, além de outros Ministros, a necessidade de observância, pelo Judiciário, do princípio da reserva legal, para a majoração ou extensão de benefício previdenciário – tal como na hipótese em julgamento –, in verbis:*

Ao Poder Judiciário não é reconhecida a possibilidade de majoração de benefício previdenciário sem que se observe o princípio da reserva legal, tal como disposto na Constituição para o regramento dessa espécie de prestação social.

Como assentou o e. Ministro Celso de Mello no julgamento do RE 567.360-ED, “essa orientação – que consagra a advertência de que o princípio constitucional da reserva de lei formal traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado (RTJ 184/1.170-1.172) - acha-se consubstanciada em inúmeros julgamentos proferidos no âmbito do Supremo Tribunal Federal (RTJ 189/747 – RTJ 190/685-686 – RTJ 195/635, v.g.)”.

No exercício da eleição dos critérios pelos quais se dará a proteção aos riscos escolhidos pela Constituição Federal no inciso I do artigo 201, o legislador reconheceu que o objetivo do Constituinte no que tange à proteção ao risco social da idade avançada foi devidamente protegido quando o trabalhador exerce o direito à aposentadoria após o preenchimento dos requisitos legais previstos na legislação.

(...)

Por essa razão, não acompanho a solução intermediária de cunho aditivo, por entender que a Corte Constitucional não tem legitimidade para suprir ou supplantar a atuação legislativa na seara da proteção aos riscos previdenciários.

Esse entendimento encontra assento no julgamento realizado pelo STF nos RREE 415.454 e 416.827, Tribunal Pleno, Rel. Min. Gilmar Mendes, e nos acórdãos a seguir transcritos:

(...)

Recurso extraordinário. Embargos de declaração recebidos como recurso de agravo. Revisão de benefícios previdenciários. Inaplicabilidade da Lei n. 9.032/95 a benefícios concedidos antes de sua vigência. Ausência de autorização, nesse diploma legislativo, de sua aplicação retroativa. Inexistência, ainda, na lei, de cláusula indicativa da fonte de custeio total correspondente à majoração do benefício previdenciário. Atuação do Poder Judiciário como legislador positivo. Vedação. Recurso de agravo improvido. (...) - A majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para efeito de sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância do princípio da reserva de lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado. Precedentes. - Não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. Precedentes. - A Lei n. 9.032/95, por não veicular qualquer cláusula autorizadora de sua aplicação retroativa, torna impertinente a invocação da Súmula 654/STF. (RE 567.360 ED, Relator(a): Min. Celso de Mello, Segunda Turma, julgado em 09/06/2009, Processo Eletrônico DJe-148 divulg 06/08/2009 public 07/08/2009)

No mesmo sentido: RE 499.157, Segunda Turma, Relator o Ministro Cezar Peluso, DJ de 29.05.07.

Em síntese, compreendo que caberá legislador ordinário, no exercício da sua competência legislativa e na ponderação com os demais princípios que regem a seguridade social e a previdência social, como a preservação do equilíbrio financeiro

e atuarial, dispor sobre a possibilidade de revisão de cálculo de benefício já concedido, mediante aproveitamento de contribuições posteriores, ou seja, sobre a possibilidade da desaposentação.

*Discorrendo sobre a necessidade de observância do princípio da reserva de lei formal e do postulado da contrapartida (art. 195, § 5º, da CF/88) para a majoração de benefícios previdenciários, ponderou o Ministro **Gilmar Mendes**, no aludido julgamento do RE 661.256/SC, sob o regime da repercussão geral – entendimento que se ajusta, analogicamente, à controvérsia dos presentes autos – in verbis:*

De fato, quando o Plenário do STF analisou o tema relativo à pensão por morte, no âmbito do RE 597.389 QO-RG, de minha relatoria, assim me pronunciei a respeito:

A Corte ainda assentou o entendimento de que a majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância o princípio da reserva da lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado.

Por isso, não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação de correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar em legítima condição de legislador positivo, o que contraria o art. 2º da Constituição Federal. (RE 597.389 QO-RG, de minha relatoria, DJe 21.8.2009)

Isso foi muito enfatizado naquele caso, para evitar que houvesse efeito retroativo na concessão. Mas essa não é uma vedação que se aplica tão somente ao legislador. Esse é um vetor hermenêutico que se aplica também ao intérprete. Se não se pode, pela via legislativa, criar benefício sem fonte de custeio, quid em relação à criação por via de esforço hermenêutico. Sendo assim, também não se pode pela via jurisprudencial. Sem dúvida nenhuma, a mim me parece que aqui, de fato, há um vetor hermenêutico que vale para o sistema como um todo (...). Aquilo que se impõe ao legislador também se impõe ao tribunal enquanto intérprete.

(...)

Em outras palavras: a hipótese de determinada matéria não ter sido intencionalmente regulada pelo legislador não permite que se fale, necessariamente, em lacunas.

A Constituição Federal dispõe que o legislador infraconstitucional deve organizar a seguridade social com base nos objetivos e princípios que especifica, no art.

194, parágrafo único, entre eles o da seletividade na prestação de benefícios e serviços (inciso III).

Tal significa que o legislador infraconstitucional – observando, inclusive, a necessidade de preservação do equilíbrio financeiro e atuarial da Previdência Social, de caráter contributivo (art. 201 da CF/88) e o princípio da seletividade na prestação de benefícios previdenciários (art. 194, parágrafo único, III, da CF/88) – pode eleger as regras e critérios a serem observados para a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada, priorizando a proteção de determinadas carências sociais e destinando tal proteção de forma diferenciada, tal como ocorreu no art. 45 da Lei 8.213/91.

Sobre o princípio da seletividade na prestação de benefícios previdenciários, vale transcrever fundamentação do Ministro *Edson Fachin*, no julgamento do aludido RE 661.256/SC:

Já o princípio da seletividade “possibilita a ponderação de critérios de atendimento pela necessidade”, autorizando que “prestações específicas de saúde, previdência e assistência social podem ser destinadas de forma diferenciada” (TAVARES, Marcelo Leonardo. Direito Previdenciário. 16ª ed. Niterói, RJ: Impetus, 2015, pp. 4-5).

Para Luiz Claudio Flores da Cunha, o “princípio da seletividade é aquele que propicia ao legislador uma espécie de mandato específico, com o fim de estudar as maiores carências sociais em matéria de seguridade social, e que ao mesmo tempo oportuniza que essas sejam priorizadas em relação às demais” (Princípios de Direito Previdenciário na Constituição da República de 1988. in Direito Previdenciário – Aspectos Materiais, Processuais e Penais. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 1999, p. 39).

Nesse contexto, o legislador constitucional, ao tratar especificamente da Previdência Social, dispôs no artigo 201, inciso I, os riscos que necessariamente devem estar cobertos pelo regime geral, mas no caput desse dispositivo atribuiu ao legislador infraconstitucional a responsabilidade de eleger os critérios pelos quais os riscos seriam protegidos.

Assim, dentro do espaço de conformação da legislação infraconstitucional, o legislador, com base em estudo do equilíbrio financeiro e atuarial do sistema, elegeu, na Lei 8.213/91, que dispôs sobre o Plano de Benefícios da Previdência Social, as regras e critérios a serem observados para a cobertura dos eventos de doença, invalidez, morte e idade avançada.

A aposentadoria por invalidez, conforme dispõe o art. 42 da Lei 8.213/91, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, *for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade*

que lhe garanta a subsistência, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida.

Na forma do art. 45 e parágrafo único, **a**, da Lei 8.213/91, o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) à renda mensal do benefício – quando o segurado necessitar de assistência permanente, de outra pessoa, acréscimo que será devido ainda que o valor da aposentadoria ultrapasse o limite máximo para pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social – é restrito à aposentadoria por invalidez.

É previsível que o segurado que se aposenta espontaneamente, por idade ou por aposentadoria especial ou por tempo de contribuição, possa vir, posteriormente, inclusive em decorrência de decrepitude, própria do avanço natural da idade, a necessitar do auxílio de terceiro.

Todavia, conquanto previsível tal necessidade de auxílio de terceiro ao segurado, após a concessão de aposentadoria por idade, especial ou por tempo de contribuição, o legislador, levando em conta o princípio da seletividade na concessão de benefícios previdenciários, priorizou a aposentadoria por invalidez para a concessão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) ao segurado que, seja na concessão do aludido benefício, seja posteriormente, necessite da assistência permanente de outra pessoa, não o estendendo a outras espécies de aposentadoria.

Há, na hipótese, razoável motivo justificador do tratamento diferenciado, ditado, inclusive, pelo princípio da seletividade na prestação dos benefícios (art. 194, parágrafo único, III, da CF/88). Com efeito, a aposentadoria por invalidez cobre um risco imprevisível para o segurado, que se vê totalmente incapaz para o trabalho e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, amenizando o benefício as necessidades advindas da incapacidade para o trabalho, valor supremo da Ordem Social (art. 193 da CF/88). No caso do segurado aposentado por invalidez, o grau de dependência, em relação ao auxílio permanente de terceiro, é diretamente decorrente da doença motivadora do benefício, tal não se dando nas demais espécies de aposentadoria (por idade, especial e por tempo de contribuição).

Como destacou o Ministro *Mauro Campbell Marques*, ao julgar a controvérsia *sub judice*, “se fosse da vontade do Legislador acrescer 25% a todo e qualquer benefício previdenciário concedido a segurado que necessitasse dessa assistência, incluiria a norma em capítulo distinto e geral. Todavia, incluiu esse direito na Subseção I da Seção V, dedicada exclusivamente à aposentadoria por invalidez” (REsp 1.505.366/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, Segunda Turma, DJe de 04/05/2016).

De acordo com a jurisprudência do STJ, não procede a alegação de que o adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, teria natureza assistencial, independentemente de contribuição à Seguridade Social, na forma do art. 203 da CF/88.

*Com efeito, o referido art. 45 está inserido na Lei de Benefícios da Previdência Social – Lei 8.213/91 – e tem como base o custeio prévio ao pagamento do seguro social. A Lei 8.742/93 – posterior à Lei 8.213/91 –, que dispôs sobre a organização da Assistência Social, também não previu o pagamento de qualquer adicional aos seus destinatários (art. 2º). Nesse sentido: STJ, REsp 1.505.366/RS, Rel. Ministro **Mauro Campbell Marques**, Segunda Turma, DJe de 04/05/2016; REsp 1.654.272/RS, Rel. Ministro **Gurgel de Faria**, DJe de 03/04/2017.*

Ademais, o art. 1º da Lei 8.742/93 – Lei Orgânica da Assistência Social –, regulamentando o art. 203 da CF/88, prevê a assistência social, de caráter não contributivo, para prover os mínimos sociais, mediante “a garantia de 1 (um) salário-mínimo de benefício mensal à pessoa com deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover a própria manutenção ou de tê-la provida por sua família” (art. 203, V, da CF/88 e arts. 1º e 2º, I, e, da Lei 8.742/93).

Aquele que já goza de aposentadoria por invalidez, por idade, especial ou por tempo de contribuição já está amparado pela Previdência Social, não se enquadrando nas hipóteses de benefício assistencial da Lei 8.742/93.

A jurisprudência desta Corte firmou-se pela impossibilidade de concessão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, a outras espécies espontâneas de aposentadoria, limitando o benefício à aposentadoria por invalidez:

Previdenciário. Adicional de 25%. Art. 45 da Lei 8.213/1991. Incidência em benefício diverso do de aposentadoria por invalidez. Impossibilidade.

1. Hipótese em que a Corte de origem asseverou que “deve-se compreender que o adicional de que trata o art. 45 da Lei 8.213/91 tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda de assistência contínua de outra pessoa, independentemente da espécie da aposentadoria de que seja titular”.

2. No entanto, verifica-se que o posicionamento alcançado pela instância de origem não encontra guarida na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, uma vez que “O art. 45 da Lei n. 8.213/1991 estabelece a incidência do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) às aposentadorias por invalidez, sendo temerária a extensão a outros tipos de aposentadoria (especial, por idade, tempo de contribuição), sem qualquer previsão legal, sobretudo na hipótese de o Legislador expressamente

determinar os destinatários da norma” (REsp 1.243.183/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, julgado em 15/3/2016, DJe 28/3/2016).

3. Recurso Especial provido (STJ, REsp 1.643.043/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 07/03/2017, com trânsito em julgado).

Previdenciário e Processual Civil. Violação ao art. 535 do CPC. Não ocorrência. *Adicional de 25% (vinte e cinco por cento) de que trata o art. 45 da Lei 8.213/91. Incidência em benefício diverso da aposentadoria por invalidez. Impossibilidade.*

1. Não ocorre ofensa ao art. 535 do CPC, quando o Tribunal de origem dirime, fundamentadamente, as questões que lhe são submetidas, apreciando integralmente a controvérsia posta nos autos, não se podendo, ademais, confundir julgamento desfavorável ao interesse da parte com negativa ou ausência de prestação jurisdicional.

2. O art. 45 da Lei n. 8.213/91, ao tratar do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), restringiu sua incidência ao benefício da aposentadoria por invalidez, na hipótese de o segurado necessitar de assistência permanente de outra pessoa, cujo acréscimo, entretanto, não poderá ser estendido a outras espécies de benefícios.

3. Recurso especial provido (STJ, REsp 1.533.402/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe de 14/09/2015, com trânsito em julgado).

Previdenciário. *Aposentadoria por idade. Incapacidade superveniente à concessão de aposentadoria espontânea. Adicional de 25%. Artigo 45 da Lei 8.213/91. Extensão para outros tipos de aposentadoria. Descabimento.*

1. O art. 45 da Lei 8.213/91, ao tratar do adicional em tela, restringiu a sua concessão ao benefício de aposentadoria por invalidez. Assim, não obstante o percentual de 25% se destinar ao segurado que necessite de assistência permanente de outra pessoa, apenas terá lugar quando o beneficiário ostentar a qualidade de titular de aposentadoria por invalidez.

2. Agravo Interno não provido (STJ, AgInt no REsp 1.601.279/RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 06/03/2017, com trânsito em julgado)

Previdenciário. Recurso especial. *Adicional de grande invalidez. Artigo 45 da Lei 8.213/1991. Extensão para outros tipos de aposentadoria. Não cabimento.* Recurso especial provido.

1. O presente caso enfrenta a tese do cabimento do adicional de grande invalidez, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, a outros tipos de aposentadoria, além da aposentadoria por invalidez.

2. O acréscimo de 25%, denominado adicional de grande invalidez, a ser concedido em favor do segurado que necessite de assistência permanente de outra pessoa, é exclusivo da aposentadoria por invalidez. Prevalência do princípio da contrapartida.

3. A aposentadoria por invalidez, conforme reza o artigo 42 da Lei 8.213/1991, é o benefício previdenciário concedido ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida. Ameniza as necessidades advindas da incapacidade para o trabalho, valor supremo da Ordem Social.

4. *O acréscimo de 25%, denominado adicional de grande invalidez, a ser concedido em favor do segurado que necessite de assistência permanente de outra pessoa, nos termos do artigo 45 da Lei 8.213/1991, é exclusivo da aposentadoria por invalidez, não podendo ser estendido aos demais benefícios previdenciários.*

5. Recurso especial conhecido e provido (STJ, REsp 1.505.366/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 04/05/2016, com trânsito em julgado).

Previdenciário. Recurso especial. *Aposentadoria por tempo de serviço. Necessidade de assistência permanente de outra pessoa. Adicional de 25%. Art. 45 da Lei n. 8.213/1991. Impossibilidade. Ausência de previsão legal.* Divergência jurisprudencial não demonstrada. Recurso conhecido em parte e, nessa extensão, desprovido.

1. *O art. 45 da Lei n. 8.213/1991 estabelece a incidência do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) às aposentadorias por invalidez, sendo temerária a extensão a outros tipos de aposentadoria (especial, por idade, tempo de contribuição), sem qualquer previsão legal, sobretudo na hipótese de o Legislador expressamente determinar os destinatários da norma.*

2. Para a comprovação da alegada divergência jurisprudencial, deve a recorrente provar o dissenso por meio de certidão, cópia autenticada ou pela citação do repositório, oficial ou credenciado, em que tiver sido publicada a decisão divergente, mencionando as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos em confronto, nos termos dos arts. 541, parágrafo único, do CPC, e 255, §§ 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça.

3. Hipótese em que os acórdãos confrontados não conferem interpretação discrepante a um mesmo dispositivo de lei federal, nem sobre uma mesma base fática, uma vez que o aresto paradigma colacionado trata de direito à aposentadoria com proventos integrais, relativo à enfermidade acometida a servidor público regido pela Lei 8.112/1990.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido (STJ, REsp 1.243.183/RS, Rel. Ministro Ribeiro Dantas, Quinta Turma, DJe de 28/03/2016, com trânsito em julgado).

No mesmo sentido as seguintes decisões monocráticas, *inter plures*: STJ, REsp 1.576.350/RS, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, DJe de 08/03/2016;

REsp 1.614.879/RS, Rel. Ministro *Humberto Martins*, DJe de 08/08/2016; REsp 1.633.719/PR, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 26/10/2016; REsp 1.636.204/RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques*, DJe de 23/11/2016; AREsp 1.021.186/SP, Rel. Ministro *Sérgio Kukina*, DJe de 30/11/2016; REsp 1.623.741/SP, Rel. Ministra *Regina Helena Costa*, DJe de 16/06/2017; REsp 1.654.272/RS, Rel. Ministro *Gurgel de Faria*, DJe de 03/04/2017; REsp 1.699.219/RJ, Rel. Ministro *Og Fernandes*, DJe de 20/10/2017.

Transcrevo, a propósito, os fundamentos de voto proferido pelo Ministro *Mauro Campbell Marques*, que, de modo percuciente e exaustivo, examina a controvérsia ora em julgamento, concluindo pela impossibilidade da extensão do aludido adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a outras espécies de aposentadoria, que não a decorrente de invalidez, *in verbis*:

O presente caso enfrenta a tese do direito ao adicional de grande invalidez à aposentadoria por invalidez, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, que assim dispõe *in verbis*:

(...)

O Anexo I do Regulamento da Previdência Social, Decreto 3.048/1999, contém a relação das situações em que o aposentado por invalidez terá direito à majoração de vinte e cinco por cento prevista no artigo 45, a saber:

- 1- Cegueira total;
- 2- perda de nove dedos das mãos ou superior a esta;
- 3- paralisia dos dois membros superiores ou inferiores;
- 4- perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível;
- 5- perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível;
- 6- perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível;
- 7- alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social;
- 8- doença que exija permanência contínua no leito;
- 9- incapacidade permanente para as atividades da vida diária.

A aposentadoria por invalidez, conforme reza o artigo 42 da Lei 8.213/1991, é o benefício previdenciário concedido ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida.

O acréscimo de 25%, denominado adicional de grande invalidez, a ser concedido em favor do segurado que necessite de assistência permanente de outra pessoa, nos termos do artigo 45 supratranscrito, que poderá extrapolar o teto de pagamento dos benefícios do Regime Geral da Previdência Social, é restrito à aposentadoria por invalidez.

Se fosse da vontade do Legislador acrescentar 25% a todo e qualquer benefício previdenciário concedido a segurado que necessitasse dessa assistência, incluiria a norma em capítulo distinto e geral. Todavia, incluiu esse direito na Subseção I da Seção V, dedicada exclusivamente à aposentadoria por invalidez.

Poder-se-ia construir uma tese advinda de uma interpretação extensiva, ampliativa, para estender o adicional a todas as aposentadorias, como se pretende no presente caso. Todavia, não se pode perder de vista a norma contida no § 5º do artigo 195 da Constituição Federal, o qual assevera que nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total. O referido dispositivo constitucional é norma da espécie princípio, denominado contrapartida.

O princípio da contrapartida, também denominado princípio da precedência da fonte de custeio, delimita o atuar do agente público, pois não cabe a criação de um benefício sem a respectiva fonte de custeio.

Acerca da contrapartida, Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari elucidam que tal princípio tem íntima ligação com o princípio do equilíbrio financeiro e atuarial, de modo que somente possa ocorrer aumento de despesa para o fundo previdenciário quando exista também, em proporção adequada, receita que venha a cobrir os gastos decorrentes da alteração legislativa.

Os ilustres doutrinadores alertam que a observância desse princípio é de fundamental importância para que a Previdência Social pública se mantenha em condições de conceder as prestações previstas, sob pena de, em curto espaço de tempo, estarem os segurados definitivamente sujeitos à privatização de tal atividade, em face da incapacidade do Poder Público em gerar mais receita para cobertura de déficits. (Carlos Alberto Pereira de Castro e João Batista Lazzari, in Manual de Direito Previdenciário, 16ª Edição, Editora Forense, página 93)

Deveras, a razão essencial para se conceder qualquer benefício é o beneficiário estar em estado de necessidade social, objetivamente prevista pelo sistema previdenciário. Na lição de Miguel Horvath Júnior, em seu Direito Previdenciário publicado pela editora Quartier Latin, 3ª edição, página 67, a função da regra da contrapartida é proporcionar proteção ao sistema de previdência social, atuando como instrumento garantidor do equilíbrio contábil do sistema. Assim, para que se crie ou majore benefícios deve ser estabelecida sua fonte de custeio.

Destarte, acerca da argumentação de que necessária a observância do princípio da isonomia, para que se estenda o adicional de grande invalidez às outras aposentadorias concedidas pelo Regime Geral de Previdência Social, seja por

idade, especial ou por tempo de serviço/contribuição, entendo que deve prevalecer o princípio da contrapartida, sob pena de comprometer o equilíbrio atuarial e financeiro do Regime.

A ausência de previsão legal compromete o orçamento, fragilizando a cobertura de benefícios já previstos e com contrapartida financeira. Asseverar, por outro lado, que esse adicional de 25% pertence ao orçamento da assistência social, não encontra previsão legal. O dispositivo está inserido na Lei da Previdência Social e tem como base o custeio prévio ao pagamento do seguro social.

Vale ressaltar que a Primeira Turma do STJ já se manifestou no sentido da impossibilidade de se estender o adicional previsto exclusivamente para os segurados em gozo de aposentadoria por invalidez aos segurados titulares de outros benefícios previdenciários.

(...)

Ainda, oportuno mencionar que este Relator trouxe à Segunda Turma, em tempo pretérito, o tema da grande invalidez. Refiro-me ao precedente que se firmou à unanimidade: REsp 1.475.512/MG. Nesse caso, havia peculiaridade, qual seja, o segurado, embora aposentado por tempo de serviço, voltou ao mercado de trabalho, quando sofreu acidente do trabalho, perdendo as duas pernas. Nesse caso, o trabalhador teve o direito em converter a aposentadoria por tempo em aposentadoria por invalidez.

Confira-se a ementa:

Previdenciário. Recurso especial. Adicional de grande invalidez. Artigo 45 da Lei 8.213/1991. Extensão para outros tipos de aposentadoria. Não cabimento. Caso concreto: situação fática diferenciada reconhecida pelo Tribunal de origem. Transformação da aposentadoria por tempo em aposentadoria por invalidez. Segurado que embora aposentado retornou ao mercado de trabalho e em acidente do trabalho se tornou incapaz. Incidência do adicional. Cabimento. Recurso especial conhecido e não provido.

1. O presente caso enfrenta a tese do cabimento do adicional de grande invalidez, previsto no artigo 45 da Lei 8.213/1991, a outros tipos de aposentadoria, além da aposentadoria por invalidez.

2. O acréscimo de 25%, denominado adicional de grande invalidez, a ser concedido em favor do segurado que necessite de assistência permanente de outra pessoa, é exclusivo da aposentadoria por invalidez. Prevalência do princípio da contrapartida.

3. A aposentadoria por invalidez, conforme reza o artigo 42 da Lei 8.213/1991, é o benefício previdenciário concedido ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta

a subsistência, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida. *Ameniza as necessidades advindas da incapacidade para o trabalho, valor supremo da Ordem Social.*

4. *No presente caso, o autor, aposentado por tempo de serviço, retornou ao mercado de trabalho, quando então sofreu acidente do trabalho, perdendo as duas pernas, momento em que requereu junto ao INSS a transformação da aposentadoria por tempo em aposentadoria por invalidez com o adicional de 25%. Requerimento indeferido sob o fundamento de que a aposentadoria era por tempo e não por invalidez.*

5. *A situação fática diferenciada autoriza a transformação da aposentadoria por tempo em aposentadoria por invalidez, com o adicional de 25%, desde o requerimento administrativo, pois, estando em atividade, o trabalhador segurado sofreu acidente do trabalho que lhe causou absoluta incapacidade.*

6. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1.475.512/MG, Segunda Turma, de minha Relatoria, DJe 18/12/2015)

Deve ser feita menção, ainda, ao precedente da Primeira Turma, cuja Relatoria final fora atribuída à Ministra Regina Helena Costa, em que se reconheceu o direito ao adicional de grande invalidez à segurado em gozo de auxílio-doença, mas que fazia jus à aposentadoria por invalidez, desde o início de sua incapacidade. Assim, o adicional se restringiu ao benefício aposentadoria por invalidez.

A ementa do referido julgado da Primeira Turma foi assim redigida:

Previdenciário. Art. 45 da Lei n. 8.213/91. Adicional de 25% (vinte e cinco por cento). Violação ao art. 535 do CPC. Inocorrência. Situação fática diferenciada reconhecida pelo Tribunal de origem. Invalidez e necessidade de assistência de terceiro. Dignidade da pessoa humana. Equívoco na concessão de auxílio-doença. Possibilidade de incidência.

(...)

II - *O Tribunal a quo concluiu, após análise dos laudos periciais, pela existência de incapacidade e necessidade de auxílio permanente de terceira pessoa desde o equivocado requerimento e deferimento de auxílio-doença.*

III - *A situação fática diferenciada e o princípio da dignidade da pessoa humana autorizam a concessão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, durante o período de percepção de benefício diverso, que desde o início deveria ser o de aposentadoria por invalidez.*

IV - Recurso especial improvido.

(REsp 1.448.664/RS, Primeira Turma, Relator Ministro Sérgio Kukina, Relatora para o acórdão a Ministra Regina Helena Costa, DJe 2/6/2015)

Acrescente-se, ilustrativamente, precedente da Quinta Turma, que, muito embora não detenha mais a competência regimental para o direito previdenciário, enfrentou o tema, em processos remanescentes, limitando o adicional de 25% ao benefício aposentadoria por invalidez.

(...)

Ante o exposto, conheço do recurso especial e dou-lhe provimento (STJ, REsp 1.505.366/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 04/05/2016).

Cumpra observar que a Primeira Seção do STJ, recentemente, no julgamento do Recurso Especial 1.411.258/RS, sob o rito dos feitos repetitivos, reconheceu o direito do menor sob guarda à pensão por morte de seu guardião, mesmo após a inovação legislativa introduzida pela Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97, que alterou o § 2º do art. 16 da Lei 8.213/91, na sua redação original, excluindo o menor sob guarda judicial como dependente do segurado instituidor da pensão.

Porém, naquele caso, o direito do menor estava assegurado pelo art. 33, § 3º, da Lei 8.069/90, não havendo falar, assim, em ausência de previsão legislativa. Diante desse quadro, aquela hipótese é absolutamente diversa desta ora em exame.

Conclui-se, de todo o exposto, pela impossibilidade de estender o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) – previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 apenas para o aposentado por invalidez que necessitar de auxílio permanente de outra pessoa – a outras espécies de aposentadoria.

Tese jurídica firmada (art. 104-A, III, do RISTJ)

Para cumprimento do requisito legal e regimental, firma-se a seguinte tese:

O acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91 para a aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa, não pode ser estendido a outras espécies de aposentadoria, por ausência de previsão legal.

Solução dada ao caso concreto (art. 104-A, IV, do RISTJ)

Firmada a tese jurídica, resta o exame do caso concreto.

Inicialmente, ao contrário do que defende o MPF, a fls. 253/256e, não há falar, na espécie, em incidência da Súmula 7/STJ, como óbice ao conhecimento

do Recurso Especial, porquanto o contorno fático já foi delineado, pela instância ordinária, restando incontroversa nos autos a condição da parte autora – aposentada por idade, como rurícola, na qualidade de segurada especial –, acometida por invalidez superveniente à aposentação, a exigir o auxílio de terceiro (fl. 14e).

Além disso, o INSS interpôs Recurso Extraordinário – que foi admitido, na origem (fl. 192e) –, de modo que eventual enfoque constitucional acerca do tema debatido será discutido, se for o caso, na via própria.

Quanto à apontada violação ao art. 1.022 do CPC/2015, a parte recorrente alega que “não foi apreciada pelo E. Tribunal Regional Federal da 4 Região a questão referente à interpretação do artigo 45 da LB de acordo com o disposto no artigo 1º da mesma lei, o qual salienta o caráter contributivo e não assistencial dos benefícios e adicionais nela previstos” (fl. 167e).

Verifica-se, porém, que o acórdão recorrido não incorreu em omissão – como ora alega a parte recorrente –, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da lide, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pelo agravante. Nesse sentido, confira-se o seguinte excerto, extraído do julgamento da Apelação, interposta pela parte autora (fls. 135/147e).

O acórdão recorrido conta com motivação suficiente e não deixou de se manifestar sobre a matéria cujo conhecimento lhe competia, permitindo, por conseguinte, a exata compreensão e resolução da controvérsia, não havendo falar em descumprimento ao art. 1.022 do CPC/2015.

Nesse contexto, “a solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015” (STJ, REsp 1.669.441/PE, Rel. Ministro *Herman Benjamin*, Segunda Turma, DJe de 30/06/2017).

Vale ressaltar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional. Nesse sentido: STJ, REsp 801.101/MG, Rel. Ministra *Denise Arruda*, Primeira Turma, DJe de 23/04/2008. A propósito:

Processual Civil e Previdenciário. Recurso especial. Enunciado Administrativo 3/STJ. Violação ao artigo 1.022 do CPC/2015. Não ocorrência. Reajuste de benefício previdenciário. Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. Acórdão de índole eminentemente constitucional. Competência do Supremo Tribunal Federal. Multa do artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015. Exclusão. Inadmissibilidade ou improcedência do agravo interno interposto na origem. Não verificação. Oposição de embargos

de declaração. Imposição de multa. Exclusão. Propósito de prequestionamento. Súmula 98/STJ. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido.

1. *O acórdão recorrido apreciou fundamentadamente a controvérsia dos autos, decidindo, apenas, de forma contrária à pretensão do recorrente, não havendo, portanto, omissão ensejadora de oposição de embargos de declaração, pelo que, deve ser rejeitada a alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015.*

(...)

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa extensão, parcialmente provido (STJ, REsp 1.672.822/SC, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe de 30/06/2017).

Processual Civil. Violação do art. 1.022 do CPC/2015 não configurada. Reajuste de benefício previdenciário. Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003. Acórdão recorrido que decide com fundamento exclusivamente constitucional. Competência do STF. Embargos protelatórios. Violação ao art. 1.026, § 2º, do CPC/2015. Multa afastada.

1. *Inicialmente, quanto à alegação de violação ao artigo 1.022 do CPC/2015, cumpre asseverar que o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em Embargos de Declaração apenas pelo fato de a Corte ter decidido de forma contrária à pretensão do recorrente.*

2. Quanto à questão de fundo, isto é, a revisão do benefício previdenciário observando os valores dos tetos estabelecidos nas Emendas Constitucionais 20/1998 e 41/2003, o recurso não merece que dela se conheça. Com efeito, verifica-se que o acórdão recorrido negou provimento à apelação com fundamento em precedentes do Supremo Tribunal Federal. Dessa forma, dada a natureza estritamente constitucional do decidido pelo Tribunal de origem, refoge à competência desta Corte Superior de Justiça a análise da questão, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. A irresignação merece acolhida em relação à alegada ofensa ao art. 1.026, § 2º, do CPC/2015 nos termos da Súmula 98 do STJ, *in verbis*: “Embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento não têm caráter protelatório”. No caso dos autos, os Embargos de Declaração ofertados na origem tiveram tal propósito, de maneira que deve ser excluída a multa fixada com base no supracitado dispositivo legal.

4. Recurso Especial parcialmente provido (STJ, REsp 1.669.867/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe de 30/06/2017).

Portanto, ao contrário do pretende fazer crer a parte recorrente, não há que se falar em negativa de prestação jurisdicional.

No mais, como relatado, trata-se de ação ajuizada pela parte ora recorrida, beneficiária de aposentadoria por idade, na condição de rurícola, objetivando a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, ao seu benefício, por necessitar de assistência permanente de outra pessoa, com o pagamento retroativo à data do indeferimento na via administrativa, em 13/11/2013.

O Juízo de 1º Grau julgou o pedido improcedente, conforme a sentença de fls. 102/109e, destacando que “o acréscimo postulado pela parte autora está previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91 (...) no entanto, a parte autora informa na inicial que percebe ‘Benefício por idade, número 07/098.618.841-0’ (...) logo, entendo que não faz jus ao acréscimo pleiteado, sob pena de ofensa ao disposto no art. 195, § 5º, ambos da Constituição Federal” (fl. 106e).

O Tribunal de origem, porém, reformou a sentença, “tomando como premissas (a) o fundamento constitucional da seguridade social, suas finalidades e princípios, (b) o princípio da igualdade e a proibição de discriminação entre segurados aposentados que experimentam invalidez e necessitam de cuidados de terceiros, (c) *o sistema jurídico previdenciário infraconstitucional* e (d) *a relevância por ele atribuída ao fenômeno da invalidez como risco social protegido, conclui-se que se trata de lacuna legal, a ser suprida pela aplicação de igual direito ao caso concreto*”. A partir dessas premissas, e utilizando-se da analogia, para suprir lacuna legal, considerou que, na espécie, “trata-se de pessoa com alto grau de invalidez e que necessita de cuidados permanentes de terceiros”, para, ao final, “deferir o acréscimo de 25%, previsto no art. 45, *caput*, da Lei de Benefícios, sobre benefício de aposentadoria por idade, desde a data em que requerido administrativamente”, nos termos do acórdão de fls. 135/147e.

Entretanto, o acórdão do Tribunal *a quo*, objeto do Recurso Especial do INSS, diverge da jurisprudência do STJ e da tese firmada no presente recurso repetitivo, merecendo, assim, ser reformado, para julgar improcedente o pedido de concessão e pagamento do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), por ausência de previsão legal, haja vista que a parte autora é beneficiária de aposentadoria por idade, como rurícola.

Ante o exposto, conheço do Recurso Especial do INSS e lhe dou provimento, para julgar improcedente o pedido de concessão e pagamento do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) à aposentadoria por idade da parte autora, ora recorrida.

Condeno a parte recorrida ao pagamento de custas e honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00, observando-se, no caso, o art. 98, § 3º, do CPC/2015, por ser beneficiária da gratuidade de justiça (fl. 19e).

Conclusão

Em face do exposto, proponho seja firmada a tese “*O acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, para a aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa, não pode ser estendido a outras espécies de aposentadoria, por ausência de previsão legal*”, conhecendo-se e dando-se provimento ao Recurso Especial do INSS, para julgar improcedente o pedido de concessão e pagamento do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) à aposentadoria por idade da parte autora, ora recorrida.

Condeno a recorrida ao pagamento das custas e de honorários advocatícios, fixados em R\$ 1.500,00 (um mil e quinhentos reais), observando-se, no caso, o art. 98, § 3º, do CPC/2015, por ser beneficiária da gratuidade de justiça.

É como voto.

VOTO-VISTA

A Sra. Ministra Regina Helena Costa: Trata-se, na origem, de ação ajuizada pela Recorrida, beneficiária de aposentadoria por idade rural em face do Instituto Nacional do Seguro Social – INSS, objetivando a concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, por necessitar de assistência permanente de outra pessoa, com pagamento retroativo à data em que foi requerido administrativamente.

O Juízo de 1º Grau julgou improcedente o pedido, nos seguintes termos (fls. 102/109e):

A demanda não merece agasalho e a solução do feito é por demais singela.

A parte autora requer o pagamento de adicional de 25% (vinte e cinco por cento), por necessitar do permanente auxílio de terceiros para a realização das tarefas diárias básicas de sobrevivência.

O fundamento do pedido, apesar de nobre, não encontra amparo na legislação vigente.

Com efeito, o acréscimo postulado pela parte autora está previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, *in verbis*:

Art. 45. O valor da **aposentadoria por invalidez** do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento); (grifei!)

No entanto, a parte autora informa na inicial que percebe “Benefício de Aposentadoria por Idade, número 07/098.618.481-0”.

E por todos sabido que “tem direito a aposentadoria por idade os trabalhadores rurais a partir dos 60 anos para os homens e a partir dos 55 anos de idade para as mulheres, desde que cumprida a carência exigida²”.

Como facilmente se vê, o benefício percebido pelo autor é diverso do benefício de aposentadoria por invalidez³. Logo, entendo que não faz jus ao acréscimo pleiteado, sob pena de ofensa ao disposto no art. 195, § 5º, ambos da Constituição Federal:

§ 5º - Nenhum benefício ou serviço da seguridade social poderá ser criado, majorado ou estendido sem a correspondente fonte de custeio total.

O tribunal de origem reformou a sentença para condenar o INSS ao pagamento do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, sobre o benefício de aposentadoria por idade, desde a data em que requerido administrativamente, consoante ementa que transcrevo (fls. 135/147e):

Previdenciário. Adicional de 25%. Art. 45 da Lei 8.213/91. Extensão demais benefícios. Princípio da isonomia. Consectários. Lei 11.960/2009. Custas. Honorários.

1. A possibilidade de acréscimo, nos termos do art. 45 da Lei n. 8.213/91, do adicional de 25% ao valor percebido pela segurada, em caso de ela necessitar de assistência permanente de outra pessoa, é prevista regularmente para beneficiários da aposentadoria por invalidez, podendo ser estendida aos demais casos de aposentadoria em face do princípio da isonomia. In casu, face as provas contidas nos autos, resta evidenciado que a autora necessita do auxílio permanente de terceiros, razão pela qual faz jus ao adicional.

2. Declarada pelo Supremo Tribunal Federal a inconstitucionalidade do art. 1º-F da Lei n. 9.494/97, com a redação dada pela Lei n. 11.960/2009, os juros moratórios devem ser equivalentes aos índices de juros aplicáveis à caderneta de poupança (STJ, REsp 1.270.439/PR, 1ª Seção, Relator Ministro Castro Meira, 26/06/2013). No que tange à correção monetária, permanece a aplicação da TR, como estabelecido naquela lei, e demais índices oficiais consagrados pela jurisprudência.

3. Havendo o feito tramitado perante a Justiça Estadual do Rio Grande do Sul, o INSS está isento do pagamento de custas, consoante o disposto no art. 11 da Lei Estadual n. 8.121/85, na redação dada pela Lei n. 13.471, de 23 de junho de 2010.

4. Os honorários advocatícios são devidos pelo INSS no percentual de 10% sobre o valor das parcelas vencidas até a data da sentença de procedência ou do acórdão que reforma a sentença de improcedência, nos termos da Súmula n. 111 do Superior Tribunal de Justiça e Súmula n. 76 deste TRF (destaques meus).

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 153/162e).

Com amparo no art. 105, III, *a*, da Constituição da República aponta-se ofensa aos dispositivos a seguir relacionados, alegando-se, em síntese, que:

I. Art. 1.022 do Código de Processo Civil – “especificamente, não foi apreciada pelo E. Tribunal Regional Federal da 4 Região a questão referente à interpretação do artigo 45 da LB de acordo com o disposto no artigo 1º da mesma lei, o qual salienta o caráter contributivo e não assistencial dos benefícios e adicionais nela previstos.” (fl. 167e); e

II. Arts. 1º e 45, da Lei n. 8.213/91 – o adicional de 25% (vinte e cinco por cento) não possui caráter assistencial, pois é devido ao segurado mediante contribuição à Previdência Social, logo não pode ser estendido às demais espécies de aposentadoria.

Sem contrarrazões (fl. 189e), o recurso foi admitido como representativo da controvérsia (fls. 190/191e).

O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 204/208e, pelo desprovimento do recurso especial.

À fl. 325e, a Sra. Ministra Relatora admitiu, como *amicus curiae*, o Instituto Brasileiro de Direito Previdenciário - IBDP.

Solicitei vista dos autos para examiná-los com maior detença.

É o relatório.

Por primeiro, consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

I. Admissibilidade do recurso especial

Consigno que as questões federais debatidas encontram-se satisfatoriamente prequestionadas. Ademais, o Recurso Especial acha-se hígido

para julgamento, porquanto presentes os pressupostos de admissibilidade e ausentes questões prejudiciais a serem examinadas.

Convém assinalar, outrossim, que o exame da pretensão veiculada no Recurso Especial não demanda reexame fático-probatório, uma vez que todos os aspectos factuais e processuais estão clara e suficientemente delineados no acórdão recorrido.

Do mesmo modo, anote-se que o acórdão impugnado dirimiu a controvérsia baseada em fundamentos infraconstitucionais.

II. Mérito Recursal

Cinge-se a presente controvérsia à possibilidade de extensão do chamado “auxílio-acompanhante”, concedido ao segurado aposentado por invalidez, nos termos do art. 45 da Lei n. 8.213/91, às demais espécies de aposentadoria, *v.g.*, à aposentadoria por idade rural, como busca a Recorrida.

O benefício de aposentadoria por invalidez, cujo fundamento constitucional repousa no art. 201, I, da Constituição da República, é disciplinado pelo art. 42 da Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei n. 8.213/91), nos seguintes termos:

Art. 42. A aposentadoria por invalidez, uma vez cumprida, quando for o caso, a carência exigida, será devida ao segurado que, estando ou não em gozo de auxílio-doença, *for considerado incapaz e insusceptível de reabilitação para o exercício de atividade que lhe garanta a subsistência*, e ser-lhe-á paga enquanto permanecer nesta condição.

§ 1º A concessão de aposentadoria por invalidez dependerá da verificação da condição de incapacidade mediante exame médico-pericial a cargo da Previdência Social, podendo o segurado, às suas expensas, fazer-se acompanhar de médico de sua confiança.

§ 2º A doença ou lesão de que o segurado já era portador ao filiar-se ao Regime Geral de Previdência Social não lhe conferirá direito à aposentadoria por invalidez, salvo quando a incapacidade sobrevier por motivo de progressão ou agravamento dessa doença ou lesão (destaque meu).

Por sua vez, o art. 45 da Lei n. 8.213/91 garante o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) ao segurado aposentado por invalidez que necessite de assistência permanente de terceiro para a realização de suas atividades e cuidados habituais.

In verbis:

Art. 45. O valor da aposentadoria por invalidez do segurado que necessitar da assistência permanente de outra pessoa será acrescido de 25% (vinte e cinco por cento).

Parágrafo único. O acréscimo de que trata este artigo:

- a) será devido ainda que o valor da aposentadoria atinja o limite máximo legal;
- b) será recalculado quando o benefício que lhe deu origem for reajustado;
- c) cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporável ao valor da pensão (destaque meu).

O Decreto n. 3.048/99, que regulamenta a Lei n. 8.213/91, apresenta, em seu anexo I, um rol exemplificativo das situações nas quais o aposentado por invalidez fará jus à majoração de 25% (vinte e cinco por cento) no valor do seu benefício, a saber:

- 1 - Cegueira total;
- 2 - Perda de nove dedos das mãos ou superior a esta;
- 3 - Paralisia dos dois membros superiores ou inferiores;
- 4 - Perda dos membros inferiores, acima dos pés, quando a prótese for impossível;
- 5 - Perda de uma das mãos e de dois pés, ainda que a prótese seja possível;
- 6 - Perda de um membro superior e outro inferior, quando a prótese for impossível;
- 7 - Alteração das faculdades mentais com grave perturbação da vida orgânica e social;
- 8 - Doença que exija permanência contínua no leito; e
- 9 - Incapacidade permanente para as atividades da vida diária.

Sobre a concessão desse acréscimo a outras hipóteses de aposentadoria, distintas daquela devida por invalidez, já encampei, em outras ocasiões, a orientação desta Corte segundo a qual tal adicional é devido tão somente ao segurado aposentado por invalidez, mediante a comprovação da permanente necessidade de assistência por outrem.

Entretanto, após profunda reflexão sobre o tema e detido estudo acerca das espécies de benefícios previdenciários, conclui que a melhor exegese do art. 45 da Lei

n. 8.213/91 autoriza o alcance do “auxílio-acompanhante” às demais modalidades de aposentadoria previstas no Regime Geral de Previdência Social, uma vez comprovadas a invalidez e a necessidade de ajuda permanente de outra pessoa para atividades cotidianas, tais como higiene ou alimentação.

Sob o prisma da dignidade da pessoa humana, do tratamento isonômico e da garantia dos direitos sociais, previstos, respectivamente, nos arts. 1º, III, 5º, *caput*, e 6º, da Constituição da República, tanto o aposentado por invalidez, quanto o aposentado por idade, tempo de contribuição ou especial, são segurados que podem, igualmente, encontrar-se na condição de inválidos, a ponto de necessitar da assistência permanente de terceiro.

Sublinhe-se, ademais, que o Brasil é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência de Nova Iorque, de 2007, admitida com *status* de emenda constitucional, nos termos do art. 5º, § 3º, da Constituição da República.

Promulgada pelo Decreto n. 6.949/09, a Convenção, em seu art. 1º, ostenta o propósito de “(...) *promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente*”, garantindo, ainda, em seus arts. 5º e 28, tratamento isonômico e proteção da pessoa com deficiência, inclusive na seara previdenciária:

Artigo 5

Igualdade e não-discriminação

1. Os Estados Partes reconhecem que *todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei.*

(...)

Artigo 28

Padrão de vida e proteção social adequados

1. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência a um padrão adequado de vida para si e para suas famílias, inclusive alimentação, vestuário e moradia adequados, bem como à melhoria contínua de suas condições de vida, e tomarão as providências necessárias para salvaguardar e promover a realização desse direito sem discriminação baseada na deficiência.

2. Os Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como:

(...)

e) *Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria* (destaques meus).

Colha-se, por oportuno, a lição do doutrinador e magistrado federal José Antonio Savaris que, interpretando o art. 45 da Lei n. 8.213/91, à luz dos princípios e garantias constitucionais, concluiu pela possibilidade de extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento) a todas as espécies de aposentadoria:

Imagine-se a situação hipotética de dois segurados aposentados que igualmente se encontram severamente incapacitados e absolutamente dependentes da assistência de outra pessoa para o exercício das atividades cotidianas básicas, como higienizar-se, alimentar-se, deambular etc, sendo o primeiro titular de aposentadoria por invalidez e o segundo de uma aposentadoria por idade. *Nessa situação, o segurado titular de aposentadoria por invalidez - benefício que pressupõe período contributivo (carência) menor, averbe-se - fará jus ao adicional de 25%, entretanto o segurado aposentado por idade, exposto exatamente ao mesmo risco social de grave repercussão, não poderia receber aludido acréscimo destinado a suprir a despesa extraordinária, tendo comprometida a suficiência da prestação previdenciária de sua titularidade, o que viola o princípio da dignidade humana.*

Note-se que estaríamos diante de segurados que se encontram afetados por idêntica contingência social, incapacidade total e permanente e necessidade de assistência permanente de outra pessoa, mas discriminaríamos, com a não concessão do adicional, àquele aposentado por idade. Ocorre que o dado formal (a espécie do benefício de titularidade do segurado) não é a variável a ser considerada, mas o dado substancial, qual seja, a incapacidade severa que faz depender de outra pessoa e, por conseguinte, de ter recursos adicionais para fazer frente a este grave risco social.

Trata-se, *mutatis mutandis*, de dar aplicabilidade à mesma *ratio decidendi* daquela adotada pelo Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 589.963-PR, ocasião em que foi declarada a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei 10.741/03 (Estatuto do Idoso). Nesse significativo precedente, a Suprema Corte reconheceu a omissão parcial inconstitucional do aludido dispositivo legal, ante a “inexistência de justificativa plausível para a discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo”.

Em suma, a interpretação restritiva do art. 45 da Lei implica interpretação que viola, a um só tempo, o princípio da vedação da proteção insuficiente de direito fundamental (Rcl 4.374, Rei. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013 DJ

04.09.2013), e o princípio da isonomia (RE 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18.04.2013, DJ 14.11.2013).

Por essas razões, operando-se interpretação conforme à Constituição, deve-se compreender que o adicional de que trata o art. 45 da Lei 8.213/91 tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda de assistência contínua de outra pessoa, independentemente da aposentadoria de que seja titular

(Direito Processual Previdenciário, 6ª ed. rev., atual. e ampl., Curitiba, Alteridade Editora, 2016, pp. 739, destaques meus).

Nesse trilhar, anoto doutrina da lavra do magistrado Daniel Machado da Rocha no sentido de uma interpretação do art. 45 da Lei n. 8.213/91 de acordo com as diretrizes da mencionada Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência:

Neste ponto, pensamos que o entendimento da TNU é o mais adequado, quando o sistema previdenciário é examinado na sua totalidade. Com efeito o direito ao referido adicional já estaria amparado pelo inciso I do artigo 5º da CF/88. Ademais, o aposentado pelo regime geral de previdência social, consoante deixa claro o inciso I do art. 15 da LBPS, continua mantendo a condição de segurado. Inicialmente, poderia argumentar-se que o § 2º do art. 18 da LBPS limita as prestações que o segurado aposentado faz jus, o que reforçaria a necessidade de interpretar restritivamente o art. 45 da LBPS. Entretanto, as diretrizes da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência - acolhida formalmente no ordenamento jurídico nacional pelo Decreto n. 6.949/09, observando o rito de maioria qualificada e votação em dois turnos, previsto no § 3º do art. 5º da CF/88 - irradiam uma nova luz sobre a interpretação que deve ser conferida ao referido enunciado.

O estado de invalidez, ocorrido após a aposentadoria programável, atribui ao indivíduo a condição de pessoa com deficiência. A tutela dos direitos fundamentais da pessoa com deficiência deve atentar para as diferentes facetas da vida em sociedade, incluindo as limitações graves decorrentes da invalidez. Nessa perspectiva, convém atentar para o fato de que a CDPD não se limita a meras previsões genéricas. No artigo 28 restou assentado que os Estados-Partes deverão adotar medidas adequadas para salvaguardar a realização dos seus direitos tais como as previstas nas alíneas do número 2 do art. 28 da CDPD:

(...)

Em suma, o adicional previsto no artigo em comento, tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda de assistência contínua de outra pessoa, independentemente da espécie da aposentadoria de que seja titular (Comentários à

Lei de Benefícios da Previdência Social, 16ª ed. rev., atual e ampl., São Paulo, Atlas, 2018, pp. 320/321, destaques meus).

No âmbito jurisprudencial, destaca-se o precedente firmado pela Turma Nacional de Uniformização de Jurisprudência no qual foi admitida a concessão desse adicional, também conhecido como “grande invalidez”, a segurado não aposentado por invalidez, mas que, de igual modo, necessitava de assistência permanente de terceira pessoa:

Pedido de uniformização nacional interposto pela parte autora. *Tema afetado como representativo da controvérsia. Previdenciário. Adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91. Extensão à aposentadoria por idade e por tempo de contribuição. Cabimento. Aplicação ao caso concreto. Questão de Ordem 20. Provimento parcial do incidente. Retorno à TR de origem para adoção da tese e consequente adequação.*

1. Trata-se de Incidente de Uniformização suscitado por particular pretendendo a reforma de acórdão oriundo de Turma Recursal dos Juizados Especiais Federais da Seção Judiciária do Rio Grande do Sul que, mantendo a sentença, rejeitou pedido de concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91 para o benefício de aposentadoria por idade.

2. O aresto combatido considerou que, sendo a parte-autora titular de aposentadoria por idade, não há amparo legal à concessão do acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a não ser para aquele expressamente mencionado no dispositivo legal (aposentadoria por invalidez).

(...)

16. Entretanto, *aplicando-se o princípio da isonomia e se utilizando de uma análise sistêmica da norma, conclui-se que referido percentual, na verdade, é um adicional previsto para assistir aqueles segurados aposentados que necessitam de auxílio de terceira pessoa para a prática dos atos da vida diária. O seu objetivo é dar cobertura econômica ao auxílio de um terceiro contratado ou familiar para apoiar o segurado nos atos diários que necessite de guarida, quando sua condição de saúde não suporte a realização de forma autônoma.*

17. *O que se pretende com esse adicional é prestar auxílio a quem necessita de ajuda de terceiros, não importando se a invalidez é decorrente de fato anterior ou posterior à aposentadoria. A aplicação da interpretação restritiva do dispositivo legal, dela extraíndo comando normativo que contemple apenas aqueles que adquiriram a invalidez antes de aperfeiçoado o direito à aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, por exemplo, importaria em inegável afronta ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência.*

18. Ademais, como não há na legislação fonte de custeio específico para esse adicional, entende-se que o mesmo se reveste de natureza assistencial. Assim, a sua concessão não gera ofensa ao art. 195, § 5º da CF, ainda mais quando se considera que aos aposentados por invalidez é devido o adicional mesmo sem o prévio custeamento do acréscimo, de modo que a questão do prévio custeio, não sendo óbice à concessão do adicional aos aposentados por invalidez, também não o deve ser quanto aos demais aposentados.

19. Sobre este ponto, importante registrar que o Estado brasileiro é signatário e um dos principais artífices da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 6.949, de 25 de agosto de 2009, após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 186, de 9 de julho de 2008, conforme o procedimento do § 3º do art. 5º da Constituição, detendo, portanto, força de emenda constitucional.

20. A referida Convenção, que tem por propósito “promover, proteger e assegurar o exercício pleno e equitativo de todos os direitos humanos e liberdades fundamentais por todas as pessoas com deficiência e promover o respeito pela sua dignidade inerente”; reconhece expressamente a “necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio”; em flagrante busca de minorar as diferenças existentes nos mais diversos ramos da atuação humana em detrimento dos portadores de deficiência, revelando-se inadmissível, portanto, que a lei brasileira estabeleça situação de discriminação entre os próprios portadores de deficiência, ainda mais num campo de extremada sensibilidade social quanto o é o da previdência social.

21. Em seu artigo 5.1, o Diploma Internacional estabelece que “Os Estados Partes reconhecem que todas as pessoas são iguais perante e sob a lei e que fazem jus, sem qualquer discriminação, a igual proteção e igual benefício da lei”. Por sua vez, o art. 28.2.e, estabelece que os “Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria”.

22. Temos, portanto, comandos normativos, internalizados com força de norma constitucional, que impõem ao art. 45 da Lei n. 8.213/91 uma interpretação à luz de seus princípios, da qual penso ser consectário lógico encampar sob o mesmo amparo previdenciário o segurado aposentado por idade/tempo de contribuição que se encontra em idêntica condição de deficiência.

23. Assim, o elemento norteador para a concessão do adicional deve ser o evento “invalidez” associado à “necessidade do auxílio permanente de outra pessoa”, independentemente de tais fatos, incertos e imprevisíveis, terem se dado quando o segurado já se encontrava em gozo de aposentadoria por idade.

24. Ora, o detentor de aposentadoria não deixa de permanecer ao amparo da norma previdenciária. É o que dispõe o art. 15, inciso I, da Lei n. 8.213/91 (Mantém

a qualidade de segurado, independentemente de contribuições: I - sem limite de prazo, quem está em gozo de benefício). Conceder a cobertura previdenciária ao aposentado por idade ou tempo de contribuição quando do advento de incapacidade qualificada que lhe exija o auxílio permanente de outra pessoa afigura-se nos encontrar respaldo também naquele dispositivo legal.

25. Logo, não se apresenta justo nem razoável restringir a concessão do adicional apenas ao segurado que restou acometido de invalidez antes de ter completado o tempo para aposentadoria por idade ou contribuição e negá-lo justamente a quem, em regra, mais contribuiu para o sistema previdenciário.

26. Seria de uma desigualdade sem justo discrimen negar o adicional ao segurado inválido, que comprovadamente carece do auxílio de terceiro, apenas pelo fato de ele já se encontrar aposentado ao tempo da instalação da grande invalidez.

27. Aponte-se, ainda, que aqui não se está extrapolando os limites da competência e atribuição do Poder Judiciário, mas apenas interpretando sistematicamente a legislação, bem como à luz dos comandos normativos de proteção à pessoa portadora de deficiência, inclusive nas suas lacunas e imprecisões, condições a que está sujeita toda e qualquer atividade humana.

28. Neste sentido, entendo que a indicação pelo art. 45 da Lei n. 8.213/91 do cabimento do adicional ao aposentado por invalidez, antes de ser interpretada como vedação à extensão do acréscimo aos demais tipos de aposentadoria, pela ausência de menção aos demais benefícios, deve ser entendida como decorrente do fato de ser o adicional devido em condições de incapacidade, usualmente associada à aposentadoria por invalidez, porém, não exclusivamente, tal como na hipótese em que a invalidez se instale após a concessão do benefício por idade ou por tempo de contribuição.

29. Segurados que se encontram na mesma situação de invalidez e necessidade não podem ser tratados de maneira distinta pelo legislador (caráter relativo da liberdade de conformação do legislador ADPF-MC 45/DF), sob pena de se incorrer em inconstitucionalidade por omissão parcial, em sua feição horizontal (Sarlet, Marinoni, Mitidiero, Curso de Direito Constitucional, RT, 1ª Ed. p. 793), onde se tutela, por força de uma mesma condição de invalidez, apenas parcela dos segurados.

30. A mesma essência de entendimento foi aplicada pelo STF quando do julgamento do RE 589.963-PR, no qual foi declarada a inconstitucionalidade parcial, sem pronúncia de nulidade, do art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), onde se reconheceu a inconstitucionalidade parcial por omissão do legislador, ante a “inexistência de justificativa plausível para a discriminação dos portadores de deficiência em relação aos idosos, bem como dos idosos beneficiários da assistência social em relação aos idosos titulares de benefícios previdenciários no valor de até um salário mínimo”. Neste caso, entendeu a Suprema Corte que o legislador não poderia ter autorizado,

para fins de percepção de benefício assistencial, a desconsideração da renda mínima assistencial de outro idoso, deixando de fora do comando normativo a desconsideração da renda mínima assistencial de pessoa deficiente ou de idoso detentor de benefício previdenciário também de um salário mínimo. Reconheceu, portanto, a situação de omissão legislativa inconstitucional, ao se deixar de fora do amparo normativo pessoas que se encontram em idêntica condição de proteção constitucional ou legal.

31. Pela mesma razão, não se deve interpretar o art. 45 da Lei n. 8.213/91 e entender que sua norma de proteção social ampara exclusivamente o segurado cuja invalidez já se encontrava instalada ao tempo da concessão do benefício, exatamente por ter sido a razão de sua concessão. Tal restrição hermenêutica implicaria em flagrante inconstitucionalidade por omissão do dispositivo legal, assim como incorreu o parágrafo único do art. 34 do Estatuto do Idoso, ao tratar de maneira diferenciada pessoas que devem se encontrar dentro do mesmo espectro protetivo da norma, sendo ainda de se invocar o princípio da proibição da proteção insuficiente (ARE 745.745 AgR, Relator(a): Min. *Celso de Mello*, Segunda Turma, julgado em 02/12/2014, Processo Eletrônico DJe-250 divulg 18/12/2014 public 19/12/2014).

32. Na esteira da doutrina pátria, “a interpretação restritiva do art. 45 da Lei n. 8.213/91 implica interpretação que viola, a um só tempo, o princípio da vedação da proteção insuficiente de direito fundamental (Rcl 4.374, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18/04/2013, DJ 04/09/2013), e o princípio da isonomia (RE 580.963, Rel. Min. Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, j. 18/04/2013, DJ 14/11/2013). Por essas razões, operando-se interpretação conforme à Constituição, deve-se compreender que o adicional de que trata o art. 45 da Lei n. 8.213/91 tem como pressuposto de concessão o fato de o segurado se encontrar incapacitado de modo total e permanente, necessitando ainda da assistência contínua de outra pessoa, independentemente da espécie de aposentadoria de que seja titular” (Savaris, *Direito Previdenciário, Problemas e Jurisprudência, Alteridade*, 2ª Ed. p. 134). No mesmo sentido: Castro e Lazzari, *Manual de Direito Previdenciário, Gen*, 17ª Ed.

33. Nesse mesmo sentido, torno a valer-me da Excelsa Corte, que, no recente julgamento do RE 778.889, sob o rito da Repercussão Geral, deu-lhe provimento para “reconhecer o direito da recorrente ao prazo remanescente da licença parental, a fim de que o tempo total de fruição do benefício, computado o período já gozado, seja de 180 dias de afastamento remunerado, correspondentes aos 120 dias de licença, previstos no art. 7º, XVIII, da Constituição Federal, acrescidos dos 60 dias de prorrogação, tal como permitido pela legislação, fixando a seguinte tese: ‘Os prazos da licença adotante não podem ser inferiores aos prazos da licença gestante, o mesmo valendo para as respectivas prorrogações. Em relação à licença adotante, não é possível fixar prazos diversos em função da idade da criança adotada’”.

34. Na oportunidade, analisando a diferenciação legal existente no serviço público federal, quanto à duração da licença-maternidade entre a mãe-gestante e a mãe-adoptante, prevista na Lei n. 8.112/90, a Suprema Corte a considerou “ilegítima”, apontando, após considerações de várias ordens (quanto ao histórico próprio das crianças adotadas, sua maior suscetibilidade à doença, dificuldades na adaptação à nova família, autonomia da mulher, etc.), que “não existe fundamento constitucional para a desequiparação da mãe gestante e da mãe adotante, sequer do adotado mais velho e mais novo”, fugindo da mera literalidade do dispositivo legal e assentando o julgamento na norma jurídico-valorativa que está subjacente no texto legal.

35. No referido recurso extraordinário, o STF reconheceu a natureza constitucional da questão quanto ao estabelecimento de prazo diferenciado para a licença-maternidade concedida às gestantes e às adotantes, questão esta semelhante a dos presentes autos, quanto ao tratamento diferenciado conferido a aposentados que se encontram em uma mesma situação de invalidez.

36. Note-se que o caso posto sob a análise da Corte Suprema, em suma, versou sobre situações fáticas distintas (maternidade biológica e por adoção), tendo, diante de tal distinção fática, o STF decidido pelo direito constitucional da adotante a ter tratamento legal igualitário ao dispensado à mãe-gestante, levando em consideração dificuldades próprias dos filhos adotados, a necessidade de estímulo à adoção e aspectos culturais que oneram a mulher na maternidade adotiva.

37. Portanto, interpretando-se o julgado do STF (ainda não publicado, mas noticiado no seu Informativo n. 817), conclui-se que a Excelsa Corte entendeu por rejeitar a possibilidade de tratamento diferenciado estabelecido pelo legislador quanto às licenças-maternidade destinadas à gestante e à adotante.

38. Trazendo o raciocínio para o caso dos presentes autos, entendo que com maior força descabe o tratamento diferenciado entre o aposentado por invalidez e aquele que, após aposentar-se por tempo de contribuição ou idade, tornou-se inválido, necessitando de ajuda de terceiro.

39. Aqui, além de superar a mera literalidade da lei, como no caso do julgamento proferido pelo STF, em que se buscou a sua exegese sob o prisma isonômico, trata-se de hipótese em que há a mesma situação fática: ambos (tanto o originalmente aposentado por invalidez quanto o aposentado por idade ou tempo de contribuição) são segurados que estão inválidos e precisando da assistência permanente de terceiro.

40. *Ora, está-se falando de segurados que se encontram na mesma situação fática de aposentação e dependência da assistência permanente de terceiro, donde o tratamento diferenciado quanto à concessão do adicional centra-se não no cotejo de situações materiais atuais, mas, sim, da superavaliação da classificação formal do benefício concedido ao segurado.*

41. Neste sentido, ou seja, no de que não se deve supervalorizar a situação fática existente à época da concessão do benefício, tome-se o exemplo da possibilidade da concessão *a posteriori* do adicional se, supervenientemente, o aposentado por invalidez passar a depender da assistência de outra pessoa.

42. Isso porque, para a concessão do acréscimo de 25% em favor do aposentado por invalidez, não se exige que a necessidade de assistência permanente de outra pessoa já esteja instalada quando da concessão da aposentadoria, podendo ser requerida e concedida se tal necessidade surgir em momento posterior à concessão do benefício.

43. Logo, não encontro razão plausível para se conceder o adicional ao aposentado inválido que somente passou a depender de assistência de terceiro após a concessão do benefício e negar ao aposentado que apenas supervenientemente ficou inválido, precisando da ajuda de terceiro.

44. Ressalto apenas que a questão fática (incapacidade e necessidade de assistência de terceiros) não foi enfrentada pelo julgado recorrido, de modo que, implicando o provimento do presente incidente, quanto à matéria de direito, na necessidade de reexame da matéria de fato, devem os autos retonar à TR de origem para reapreciação das provas (conforme a Questão de Ordem n. 20/TNU).

45. Incidente conhecido e provido, em parte, para firmar a tese de que é extensível às demais aposentadorias concedidas sob o regime geral da Previdência Social, que não só a por invalidez, o adicional de 25% previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, uma vez comprova a incapacidade do aposentado e a necessidade de ser assistido por terceiro. (PEDILEF 50008904920144047133, Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal, Relator Juiz Federal Sérgio Murilo Wanderley Queiroga, DOU 20/05/2016, destaques meus).

Assinale-se que os Tribunais Regionais Federais da 2ª e da 3ª Regiões, por sua vez, têm acompanhado a posição firmada pela TNU, como o demonstram os seguintes julgados:

Apelação cível. Direito Previdenciário. Acréscimo de 25% do art. 45 da Lei n. 8.213/91 (grande invalidez). *Comprovação da necessidade de assistência permanente de outra pessoa. Extensão às demais aposentadorias.* Atrasados desde o requerimento administrativo. Juros de mora e correção monetária. Adoção do posicionamento do STF (RE n. 870.947). Honorários advocatícios. Sistemática do CPC de 2015.

I - Tanto a Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais, quanto os Tribunais Regionais Federais, *em observância ao princípio constitucional da isonomia, têm interpretado extensivamente o artigo art. 45 da Lei 8.213/91, assegurando aos beneficiários de aposentadoria por tempo de contribuição e por idade, que necessitem de assistência permanente de outra pessoa (grande invalidez), o direito ao acréscimo de 25% no benefício previdenciário.*

II - Comprovada a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, faz jus a autora ao acréscimo pleiteado em seu benefício previdenciário, desde a data do requerimento administrativo, 12/04/2014, e não desde a data da concessão da aposentadoria por tempo de contribuição, 11/01/2008, até porque não se comprovou a invalidez desde então.

III - Quanto aos juros de mora e à correção monetária, após a vigência da Lei n. 11.960/2009, deverão incidir consoante o disposto na nova redação dada ao artigo 1º-F da Lei 9.494/1997. A partir da publicação do acórdão do Recurso Extraordinário n. 870.947, os juros de mora e a correção monetária deverão seguir os parâmetros estabelecidos no julgado do STF, proferido em sede de repercussão geral (tema 810), salvo se houver, nele próprio, determinação diversa, e que deverá, então, ser seguida.

IV - Tendo em vista que a autora decaiu de parte mínima do pedido e que o acórdão é ilícido, o INSS deve arcar com a totalidade dos honorários advocatícios, cujo percentual deve ser fixado quando da liquidação do julgado, de acordo com o art. 85, § 4º, II, c/c art. 86, parágrafo único, do Código de Processo Civil de 2015, observada a Súmula n. 111 do STJ.

V - Apelação parcialmente provida, para condenar o INSS a implantar na aposentadoria por tempo de contribuição da autora o acréscimo de 25% previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, desde a data do requerimento administrativo, bem como a pagar-lhe as parcelas atrasadas, acrescidas de juros de, desde a citação, e de correção monetária, de acordo com o posicionamento do STF.

(TRF-2 - Apelação Cível 0012136-69.2014.4.02.5101 (2014.51.01.012136-2) - 1ª Turma Especializada - Relator Des. Federal Antonio Ivan Athié, publicado no e-DJF2R 11/12/2017, destaques meus).

Previdenciário. Art. 5º, *caput*, da CF. Art. 45, da Lei n. 8.213/91. Acréscimo de 25%. Necessidade de assistência permanente de outra pessoa. Princípio da isonomia. Preservação da dignidade da pessoa humana.

1. Da interpretação conjunta do Art. 5º, *caput*, da CF e do Art. 45, *caput*, da Lei n. 8.213/91, infere-se que o percentual de 25% é um adicional dirigido para assistir aqueles que necessitam de assistência permanente de terceira pessoa para a prática dos atos da vida diária. Esse é o espírito de ambas as Leis.

2. Dar à norma infraconstitucional uma interpretação restritiva, significa contemplar somente a aquele que adquiriu a invalidez antes de adquirido o direito à aposentadoria por idade ou tempo de contribuição, o que acarreta a vulneração ao direito de proteção da dignidade da pessoa humana e das pessoas portadoras de deficiência. Privá-lo desse adicional não se afigura justo nem razoável com aqueles que mais contribuíram para o sistema previdenciário.

3. O Estado brasileiro é signatário da Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com deficiência, promulgado pelo Decreto Presidencial n. 6.949/09,

após aprovação pelo Congresso Nacional, por meio do Decreto Legislativo n. 186/08, equivalente à emenda constitucional. Tal convenção reconhece a “necessidade de promover e proteger os direitos humanos de todas as pessoas com deficiência, inclusive daquelas que requerem maior apoio”, com o escopo de minorar as diferenças e impedir que sobrevenha lei brasileira que estabeleça discriminação entre os próprios portadores de deficiência, mormente no campo da Previdência Social.

4. O Art. 28.2 da referida Convenção dispõe que os “Estados Partes reconhecem o direito das pessoas com deficiência à proteção social e ao exercício desse direito sem discriminação baseada na deficiência, e tomarão as medidas apropriadas para salvaguardar e promover a realização desse direito, tais como: Assegurar igual acesso de pessoas com deficiência a programas e benefícios de aposentadoria”.

5. O segurado aposentado por idade ou por tempo de contribuição que se encontra em idêntica condição de deficiência daqueles aposentados por invalidez, e que necessite de assistência permanente de terceiro tem direito ao acréscimo de 25%.

6. É vedado criar tratamentos diferenciados a pessoas que se encontram em situações idênticas, e, por isso torna-se inaceitável a utilização do discrimen “aposentadoria por invalidez”.

7. Laudo pericial conclusivo pela necessidade de ajuda de terceiros para os atos da vida diária.

8. Faz jus ao acréscimo de 25% o beneficiário de aposentadoria por idade ou por tempo de contribuição, quando comprovada a incapacidade total e permanente que gere a necessidade de contar com a assistência permanente de outra pessoa.

9. A correção monetária, que incide sobre as prestações em atraso desde as respectivas competências, e os juros de mora devem ser aplicados de acordo com o Manual de Orientação de Procedimentos para os Cálculos na Justiça Federal, observando-se a aplicação do IPCA-E conforme decisão do e. STF, em regime de julgamento de recursos repetitivos no RE 870.947, e o decidido também por aquela Corte quando do julgamento da questão de ordem nas ADIs 4.357 e 4.425.

10. Os juros de mora incidirão até a data da expedição do precatório/RPV, conforme decidido em 19.04.2017 pelo Pleno do e. Supremo Tribunal Federal quando do julgamento do RE 579.431, com repercussão geral reconhecida. A partir de então deve ser observada a Súmula Vinculante n. 17.

11. Os honorários advocatícios devem observar as disposições contidas no inciso II, do § 4º, do Art. 85, do CPC, e a Súmula 111, do e. STJ.

12. A autarquia previdenciária está isenta das custas e emolumentos, nos termos do Art. 4º, I, da Lei 9.289/96, do Art. 24-A da Lei 9.028/95, com a redação dada pelo Art. 3º da MP 2.180-35/01, e do Art. 8º, § 1º, da Lei 8.620/93.

13. Remessa oficial, havida como submetida, e apelação providas em parte.

(TRF 3ª Região, Décima Turma, Ap - Apelação Cível - 2253002 - 0002417-28.2015.4.03.6127, Rel. Desembargador Federal Baptista Pereira, julgado em 17/04/2018, e-DJF3 Judicial 1 Data: 26/04/2018, destaques meus).

Neste passo, cabe recordar que, no âmbito da 1ª Seção desta Corte, as mesmas diretrizes interpretativas, fundadas na primazia da dignidade da pessoa humana e na isonomia, foram adotadas no julgamento do REsp n. 1.355.052/SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe de 05.11.2015 e do REsp n. 1.411.258/RS, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe de 21.02.2018, ambos submetidos ao rito do art. 543-C do Código de Processo Civil de 1973.

No primeiro recurso apontado (REsp n. 1.355.052/SP), o Sr. Relator, Ministro Benedito Gonçalves, assim fundamentou seu voto, acompanhado por unanimidade por esta 1ª Seção:

Com efeito, a proteção ao idoso e ao deficiente, por meio de concessão de benefício assistencial, vem insculpida no inciso V do artigo 203 da Constituição Federal, que assim dispõe:

Art. 203. A assistência social será prestada a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade social, e tem por objetivos:

[...]

V - a garantia de um salário mínimo de benefício mensal à pessoa portadora de deficiência e ao idoso que comprovem não possuir meios de prover à própria manutenção ou de tê-la provida por sua família, conforme dispuser a lei.

A regra matriz constitucional não traz distinção entre essas duas classes de vulneráveis sociais.

O artigo 34 do Estatuto do Idoso, por sua vez, dispõe:

Art. 34. Aos idosos, a partir de 65 (sessenta e cinco) anos, que não possuam meios para prover sua subsistência, nem de tê-la provida por sua família, é assegurado o benefício mensal de 1 (um) salário-mínimo, nos termos da Lei Orgânica da Assistência Social – LOAS.

Parágrafo único. O benefício já concedido a qualquer membro da família nos termos do *caput* não será computado para os fins do cálculo da renda familiar *per capita* a que se refere a LOAS.

(...)

Ora, não há distinção constitucional entre vulneráveis (idosos e deficientes) e não há norma na Lei Orgânica da Assistência Social a garantir às pessoas com deficiência o mesmo amparo que o parágrafo único do artigo 34 da Lei n. 10.741/03 garante aos idosos.

(...)

Não é o caso de se compor a renda da família do deficiente que requer o benefício da LOAS com o benefício previdenciário do idoso, no valor de um salário mínimo, para só então observar a miserabilidade ou necessidade da família. A questão é de exclusão inicial desse valor do cálculo, e não a sua inclusão para só depois aferir a existência do estado de miserabilidade ou necessidade do núcleo familiar.

Desse modo, à luz dos princípios da isonomia e da dignidade humana, faz-se necessário aplicar a analogia a fim de que o parágrafo único do artigo 34 do Estatuto do Idoso integre também o sistema de proteção à pessoa com deficiência para assegurar que o benefício previdenciário, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso que faça parte do núcleo familiar não componha renda per capita prevista no § 3º do artigo 20 da Lei n. 8.742/93, que, aliás, foi declarada inconstitucional, incidenter tantum, por omissão, sem declaração da sua nulidade, no julgamento do RE n. 567.985/MT, sob o rito do artigo 543-B do CPC (DJ 03/10/2013).

Entendimento diverso, no sentido de que os proventos ou a pensão recebida por idoso, no valor de um salário mínimo, deve compor a renda da família da pessoa com deficiência, além de conduzir à manutenção de sua desproteção social, implicará sacrifício socioeconômico do próprio idoso que compõe o núcleo familiar, o que resultaria em colocá-lo ou em reinseri-lo também no rol dos juridicamente vulneráveis (destaques meus).

Desse modo, esta 1ª Seção, interpretando o art. 34, parágrafo único, da Lei n. 10.741/2003 (Estatuto do Idoso), à luz dos princípios constitucionais da dignidade da pessoa humana e da isonomia, firmou entendimento no sentido de afastar, do cômputo da *renda per capita*, prevista no art. 20, § 3º, da Lei n. 8.742/93, o benefício previdenciário ou assistencial, no valor de um salário mínimo, recebido por idoso que faça parte do núcleo familiar, quando do requerimento de benefício assistencial feito por deficiente.

No segundo precedente indicado (REsp n. 1.411.258/RS), em situação diversa, mas cujas razões de decidir também podem ser invocadas ao caso em tela, a 1ª Seção, procedendo a uma interpretação sistemática dos princípios constitucionais e do Estatuto da Criança e do Adolescente, concluiu que “a alteração do art. 16, § 2º da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.”

Esta a ementa do julgado:

Direito Previdenciário e Humanitário. Recurso especial representativo da controvérsia. Processamento nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução 08/STJ. Direito do menor sob guarda à pensão por morte do seu mantenedor. Embora a Lei 9.528/97 o tenha excluído do rol dos dependentes previdenciários naturais ou legais dos segurados do INSS. Proibição de retrocesso. Diretrizes constitucionais de isonomia, prioridade absoluta e proteção integral à criança e ao adolescente (art. 227 da CF). Aplicação prioritária ou preferencial do Estatuto da Criança e do Adolescente (Lei 8.069/90), por ser específica, para assegurar a máxima efetividade do preceito constitucional de proteção. Parecer do MPF pelo não conhecimento do recurso, a teor da Súmula 126/STJ. Recurso especial conhecido, porém desprovido.

1. A não interposição de Recurso Extraordinário somente tem a força de impedir o conhecimento de Recurso Especial quando (e se) a matéria decidida no acórdão recorrido apresenta dupla fundamentação, devendo a de nível constitucional referir imediata e diretamente infringência à preceito constitucional explícito; em tema de concessão de pensão por morte a menor sob guarda, tal infringência não se verifica, tanto que o colendo STF já decidiu que, nestas hipóteses, a violação à Constituição Federal, nesses casos, é meramente reflexa. A propósito, os seguintes julgados, dentre outros: ARE 804.434/PI, Rel. Min. *Dias Toffoli*, DJe 19.3.2015; ARE 718.191/BA, Rel. Min. *Luiz Fux*, DJe 17.9.2014; RE 634.487/MG, Rel. Min. *Rosa Weber*, DJe 1.8.2014; ARE 763.778/RS, Rel. Min. *Carmen Lúcia*, DJe 24.10.2013; não se apresenta razoável afrontar essa orientação do STF, porquanto se trata, neste caso, de questão claramente infraconstitucional.

2. Dessa forma, apesar da manifestação ministerial em sentido contrário, entende-se possível, em princípio, conhecer-se do mérito do pedido recursal do INSS, afastando-se a incidência da Súmula 126/STJ, porquanto, no presente caso, o recurso deve ser analisado e julgado, uma vez que se trata de matéria de inquestionável relevância jurídica, capaz de produzir precedente da mais destacada importância, apesar de não interposto o Recurso Extraordinário.

3. Quanto ao mérito, verifica-se que, nos termos do art. 227 da CF, foi imposto não só à família, mas também à sociedade e ao Estado o dever de, solidariamente, assegurar à criança e ao adolescente os direitos fundamentais com absoluta prioridade. Além disso, foi imposto ao legislador ordinário a obrigação de garantir ao menor os direitos previdenciários e trabalhistas, bem como o estímulo do Poder Público ao acolhimento, sob a forma de guarda, de criança ou adolescente órfão ou abandonado.

4. *A alteração do art. 16, § 2º da Lei 8.213/91, pela Lei 9.528/97, ao retirar o menor sob guarda da condição de dependente previdenciário natural ou legal do Segurado do INSS, não elimina o substrato fático da dependência econômica do menor e representa, do ponto de vista ideológico, um retrocesso normativo incompatível com*

as diretrizes constitucionais de isonomia e de ampla e prioritária proteção à criança e ao adolescente.

5. *Nesse cenário, a jurisprudência desta Corte Superior tem avançado na matéria, passando a reconhecer ao menor sob guarda a condição de dependente do seu mantenedor, para fins previdenciários.* Precedentes: MS 20.589/DF, Rel. Min. Raul Araújo, Corte Especial, DJe 2.2.2016; AgRg no AREsp 59.461/MG, Rel. Min. Olindo Menezes, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp 1.548.012/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, DJe 20.11.2015; AgRg no REsp 1.550.168/SE, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 22.10.2015; REsp 1.339.645/MT, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 4.5.2015.

6. *Não se deve perder de vista o sentido finalístico do Direito Previdenciário e Social, cuja teleologia se traduz no esforço de integração dos excluídos nos benefícios da civilização e da cidadania, de forma a proteger as pessoas necessitadas e hipossuficientes, que se encontram em situações sociais adversas; se assim não for, a promessa constitucional de proteção a tais pessoas se esvai em palavras sonoras que não chegam a produzir qualquer alteração no panorama jurídico.*

7. *Deve-se proteger, com absoluta prioridade, os destinatários da pensão por morte de Segurado do INSS, no momento do infortúnio decorrente do seu falecimento, justamente quando se vêem desamparados, expostos a riscos que fazem periclitar a sua vida, a sua saúde, a sua alimentação, a sua educação, o seu lazer, a sua profissionalização, a sua cultura, a sua dignidade, o seu respeito individual, a sua liberdade e a sua convivência familiar e comunitária, combatendo-se, com pertinácia, qualquer forma de negligência, discriminação, exploração, violência, crueldade e opressão (art. 227, caput da Carta Magna).*

8. *Considerando que os direitos fundamentais devem ter, na máxima medida possível, eficácia direta e imediata, impõe-se priorizar a solução ao caso concreto de forma que se dê a maior concretude ao direito. In casu, diante da Lei Geral da Previdência Social que apenas se tornou silente ao tratar do menor sob guarda e diante de norma específica que lhe estende a pensão por morte (Lei 8.069/90, Estatuto da Criança e do Adolescente, art. 33, § 3º), cumpre reconhecer a eficácia protetiva desta última lei, inclusive por estar em perfeita consonância com os preceitos constitucionais e a sua interpretação inclusiva.*

9. *Em consequência, fixa-se a seguinte tese, nos termos do art. 543-C do CPC/1973: O menor sob guarda tem direito à concessão do benefício de pensão por morte do seu mantenedor, comprovada a sua dependência econômica, nos termos do art. 33, § 3º do Estatuto da Criança e do Adolescente, ainda que o óbito do instituidor da pensão seja posterior à vigência da Medida Provisória 1.523/96, reeditada e convertida na Lei 9.528/97. Funda-se essa conclusão na qualidade de lei especial do Estatuto da Criança e do Adolescente (8.069/90), frente à legislação previdenciária.*

10. *Recurso Especial do INSS desprovido.*

(REsp 1.411.258/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 11/10/2017, DJe 21/02/2018, destaques meus).

De ambos os julgados invocados, extrai-se que esta 1ª Seção, em mais de uma oportunidade, prestigiou os princípios da dignidade da pessoa humana e da isonomia com vista a iluminar e desvendar a adequada interpretação de dispositivos legais.

Posto isso, ao instituir a possibilidade de acréscimo pecuniário de 25% (vinte e cinco por cento) sobre o valor do benefício, o qual pode vir, inclusive, a sobrepujar o teto de pagamento dos benefícios do Regime Geral de Previdência Social, o legislador ordinário não se orientou apenas pelo fato gerador da aposentadoria por invalidez, mas, precipuamente, pela proteção do risco social consubstanciado no indispensável amparo ao segurado, atribuindo-lhe o auxílio de terceira pessoa, buscando, assim, diminuir o impacto financeiro sobre o valor de seus proventos com a contratação de assistência permanente.

Ora, o aposentado por invalidez que recebe, por exemplo, o valor de R\$ 5.645,80 (cinco mil, seiscentos e quarenta e cinco reais e oitenta centavos), teto máximo dos benefícios pagos pelo INSS atualmente, tem direito ao adicional, nos termos da alínea *a*, parágrafo único, art. 45, da Lei n. 8.213/91.

Por outro lado, os segurados aposentados que percebem valores inferiores ao teto, na sua grande maioria, apenas 1 (um) salário-mínimo (R\$ 954,00 – novecentos e cinquenta e quatro reais – valor de 01.01.2018), e que, ao tornaram-se inválidos, precisem de auxílio permanente de outra pessoa, são obrigados a direcionar parte dessa renda mínima para suprir tal necessidade.

O segurado que recebe aposentadoria por tempo de contribuição, por idade ou especial acometido de limitações físicas e/ou mentais e que recebe 1 (um) salário-mínimo, encontra-se em situação de risco social da mesma maneira que o aposentado por invalidez, porém com a circunstância agravante de que, como não recebe o adicional de “grande invalidez”, terá que custear as despesas extras com a contratação de ajuda de terceiro, o que, por óbvio, será feito em detrimento de outras necessidades básicas como alimentação e moradia, e, em última análise, do chamado “mínimo existencial”, um dos principais efeitos da aplicação do princípio da dignidade da pessoa humana.

Ademais, ressalte-se que a norma em comento não exige que a ajuda de outra pessoa seja imprescindível desde o início da percepção do benefício, revelando que, na hipótese de o segurado ter se aposentado por invalidez e, apenas posteriormente, passar a necessitar desse socorro, o adicional será aplicável.

Logo, em caso de invalidez superveniente do segurado aposentado com fundamento em outro fato gerador, o indivíduo tornar-se-á pessoa portadora de deficiência, devendo ser, igualmente, contemplado com o adicional do art. 45 da Lei n. 8.213/91, caso seja imprescindível o auxílio de outra pessoa.

Na esteira dos precedentes desta 1ª Seção antes apontados e partindo-se da premissa de que as normas que regulam os benefícios e serviços da Previdência Social devem ser interpretadas em harmonia com a Constituição da República e com a Convenção Internacional sobre os Direitos das Pessoas com Deficiência, impõe-se a extensão do adicional em tela a todos os aposentados inválidos que necessitem de ajuda permanente de outra pessoa, independentemente do fato gerador da aposentadoria, como já consagrado pela Turma Nacional de Uniformização.

Por fim, com a devida vênia da Sra. Relatora, entendo não prosperar o argumento de necessidade de prévia fonte de custeio para a aplicação do benefício às demais modalidades de aposentadoria, ante o evidente *caráter assistencial* do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, o qual, sublinhe-se, *não consta do rol de benefícios e serviços devidos aos segurados do Regime Geral de Previdência Social e seus dependentes, in verbis*:

Art. 18. O Regime Geral de Previdência Social compreende as seguintes prestações, devidas inclusive em razão de eventos decorrentes de acidente do trabalho, expressas em benefícios e serviços:

I - quanto ao segurado:

- a) aposentadoria por invalidez;
- b) aposentadoria por idade;
- c) aposentadoria por tempo de contribuição; (Redação dada pela Lei Complementar n. 123, de 2006)
- d) aposentadoria especial;
- e) auxílio-doença;
- f) salário-família;
- g) salário-maternidade;
- h) auxílio-acidente;
- i) (Revogada pela Lei n. 8.870, de 1994)

II - quanto ao dependente:

- a) pensão por morte;

b) auxílio-reclusão;

III - quanto ao segurado e dependente:

a) (Revogada pela Lei n. 9.032, de 1995)

b) serviço social;

c) reabilitação profissional.

§ 1º Somente poderão beneficiar-se do auxílio-acidente os segurados incluídos nos incisos I, II, VI e VII do art. 11 desta Lei. (Redação dada pela Lei Complementar n. 150, de 2015)

§ 2º O aposentado pelo Regime Geral de Previdência Social - RGPS que permanecer em atividade sujeita a este Regime, ou a ele retornar, não fará jus a prestação alguma da Previdência Social em decorrência do exercício dessa atividade, exceto ao salário-família e à reabilitação profissional, quando empregado. (Redação dada pela Lei n. 9.528, de 1997)

§ 3º O segurado contribuinte individual, que trabalhe por conta própria, sem relação de trabalho com empresa ou equiparado, e o segurado facultativo que contribuam na forma do § 2º do art. 21 da Lei n. 8.212, de 24 de julho de 1991, não farão jus à aposentadoria por tempo de contribuição. (Incluído pela Lei Complementar n. 123, de 2006)

Remarque-se que o fato gerador do adicional em exame é a necessidade de assistência permanente de outra pessoa, a qual pode estar presente ou não no momento do requerimento administrativo da aposentadoria por invalidez, bem como sua concessão pode ter ou não relação com a moléstia que deu causa à concessão do benefício originário, o que reforça seu caráter assistencial.

Da mesma maneira, consoante a alínea *c*, do parágrafo único, do art. 45 da Lei n. 8.213/91, o pagamento do adicional cessará com a morte do aposentado, não sendo incorporado ao valor da pensão por morte, circunstância própria dos benefícios assistenciais que, pela ausência de contribuição prévia, são personalíssimos e, portanto, intransferíveis aos dependentes.

Devido à sua natureza assistencial, outrossim, não há previsão legal de fonte de custeio específica para o “auxílio-acompanhante” recebido pelos aposentados por invalidez; dessarte, não há falar, igualmente, em fonte específica para às demais modalidades de aposentadoria, porquanto tal benefício é garantido pelo Estado, independentemente de contribuição à Seguridade Social, nos termos do art. 203 da Constituição da República.

Essa a doutrina de André Luiz Moro Bittencourt sobre o tema:

Embora o artigo 45 do Plano de Benefícios traga somente a possibilidade de implementação de adicional ao aposentado por invalidez, vale ressaltar que, independente do tipo do benefício concedido (aposentadoria por invalidez, idade, tempo de contribuição), o risco social envolvido é o mesmo. Em todos eles haverá a necessidade do acompanhamento permanente de um terceiro, seja contratado, seja um elemento do núcleo familiar, etc.

Partindo do risco social envolvido e chegando ainda à interpretação da lei conforme a Constituição e o fim social a que se destina, percebe-se que o regramento infraconstitucional acabou restringindo um direito consagrado pela Carta Maior.

Ao verificar a natureza jurídica do adicional da aposentadoria por invalidez, percebe-se que não existe fonte de custeio para ele. Nenhum contribuinte da previdência é chamado ao pagamento de contribuição adicional, para cobrir o risco envolvido neste específico caso de necessidade permanente da ajuda de terceira pessoa para o aposentado por invalidez.

Conclui-se, assim, que o adicional tem natureza jurídica de benefício assistencial e não previdenciário. Sendo assistencial, é regulamentado pelo artigo 203 da Constituição Federal, destinado, então, a quem dela necessitar, independentemente de contribuição à seguridade, devendo ainda proteger a família, a velhice, entre outros fatores (Manual dos benefícios por incapacidade laboral e deficiência, 2ª ed. rev., atual. e ampl., Curitiba, Alteridade Editora, 2018, pp. 196/197, destaques meus).

Cabe frisar que a Turma Nacional de Uniformização, no julgamento do Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei Federal - PEDILEF n. 5000890-49.2014.4.04.7133/RS (Tema 124), cuja ementa transcrevi no início deste voto, afastou qualquer possibilidade de ofensa ao art. 195, § 5º, da Constituição da República diante da evidente *natureza assistencial do adicional*:

(...)

18. Ademais, como não há na legislação fonte de custeio específico para esse adicional, entende-se que o mesmo se reveste de natureza assistencial. Assim, a sua concessão não gera ofensa ao art. 195, § 5º da CF, ainda mais quando se considera que aos aposentados por invalidez é devido o adicional mesmo sem o prévio custeamento do acréscimo, de modo que a questão do prévio custeio, não sendo óbice à concessão do adicional aos aposentados por invalidez, também não o deve ser quanto aos demais aposentados (destaques meus).

(...)

De todo o exposto, impõe-se a extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, ao segurado que necessitar de

assistência permanente de outra pessoa, em decorrência de invalidez ocasionada por doença ou deficiência física, independentemente da modalidade de aposentadoria a ele concedida.

Conclusão:

Proponho seja firmada pela 1ª Seção, sob o rito do art. 1.036 do Código de Processo Civil de 2015, a seguinte tese: *Comprovadas a invalidez e a necessidade de assistência permanente de terceiro, é devido o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei n. 8.213/91, a todos os aposentados pelo RGPS, independentemente da modalidade de aposentadoria.*

Adequação ao caso concreto:

Isto posto, peço licença para divergir da Sra. Ministra Relatora para **negar provimento** ao Recurso Especial do INSS.

Em consequência, majoro os honorários advocatícios anteriormente fixados em 10% (dez por cento) sobre o valor das parcelas vencidas até a data do acórdão - fls. 135/147e - para 12% (doze por cento) sobre a mesma base de cálculo, nos termos do art. 85, §§ 11º e 3º, do Código de Processo Civil de 2015.

É o voto.

ESCLARECIMENTOS

A Sra. Ministra Assusete Magalhães: Senhor Presidente, quero, nessa oportunidade, cumprimentar a Ministra *Regina Helena Costa*, pelo alentado, profundo e brilhante voto de Sua Excelência, mas quero também fazer considerações a respeito de três fatos e fundamentos que Sua Excelência trouxe, em seu voto, e sobre os quais não me manifestei, em meu voto, como Relatora.

O primeiro, é que Sua Excelência fundamenta seu voto em julgado da Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, que entendeu, com base no princípio da isonomia, extensível esse adicional de 25% (vinte e cinco por cento) – que o art. 45 da Lei 8.213/91 prevê apenas para a aposentadoria por invalidez – a outras espécies de aposentadoria, isto é, à aposentadoria por idade, por tempo de serviço e especial.

Quero esclarecer – como o Ministro *Mauro Campbell Marques* começou a informar – que contra esse julgado da TNU foi ajuizado, no STJ, pelo INSS,

o Pedido de Uniformização de Interpretação de Lei 236, do Rio Grande do Sul. Naquela oportunidade, requereu o INSS liminar, para suspender aquele julgado. Na ocasião, o INSS invocou inúmeros precedentes colegiados do STJ, em sentido contrário à tese firmada pela Turma Nacional de Uniformização dos Juizados Especiais Federais, concluindo tais precedentes no sentido de que o acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento), previsto no art. 45 da Lei 8.213/91, está limitado à aposentadoria por invalidez, pelo que entendi presente a plausibilidade do direito. No aludido PUIL 236/RS, afirmou o INSS que “há inúmeros processos discutindo esta matéria nos Juizados Especiais. O INSS estima que o impacto de concessões de adicional de grande invalidez fora dos casos de aposentadoria por invalidez para benefícios concedidos entre 2015 e 2017 seja da ordem de R\$ 456.509.000,00 no ano de 2017”.

O aludido PUIL 236/RS foi-me distribuído, e entendi presente a plausibilidade do direito invocado, em face de inúmeros precedentes colegiados sobre o assunto, no STJ, em sentido contrário à tese fixada pela TNU. É certo que não há precedente desta Seção, mas há inúmeros precedentes colegiados, de ambas as Turmas do STJ, negando essa extensão do adicional de 25% (vinte e cinco por cento), previsto para a aposentadoria por invalidez, a outras espécies de aposentadoria. Entendi também presente o receio de dano de difícil reparação, pelo que deferi, com fundamento nos arts. 14, §§ 5º e 6º, da Lei 10.259/2001 e 2º, I, da Resolução 10/2007, do STJ, a medida liminar requerida, para determinar a suspensão dos processos nos quais tenha sido estabelecida a mesma controvérsia. Assim, esse julgamento da TNU está suspenso, por força dessa medida liminar, deferida em 22/02/2017.

Determinei que se processasse o PUIL, mas depois, como houve a afetação do presente processo como repetitivo, estou aguardando o julgamento deste repetitivo, para que, então, se possa dar uma solução definitiva àquele PUIL.

No meu voto, cito precedentes do Supremo Tribunal Federal, vários deles em matéria previdenciária, entendendo que não é possível estender benefícios previdenciários com fundamento no princípio da isonomia. No aludido voto, proferido no presente julgamento, registro que o posicionamento que adoto – no sentido de não se poder estender benefício previdenciário com base no princípio da isonomia – “encontra eco, *mutatis mutandis*, na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, na forma da Súmula Vinculante 37 (‘Não cabe ao Poder Judiciário, que não tem função legislativa, aumentar vencimentos de servidores públicos sob o fundamento de isonomia’), e também no julgamento do Recurso

Extraordinário 661.256/SC, em regime de repercussão geral (Tema 503), no qual restou inviabilizado o recálculo do valor da aposentadoria, mediante a chamada ‘desaposentação’, concluindo a Suprema Corte no sentido de que, *‘no âmbito do Regime Geral de Previdência Social (RGPS), somente lei pode criar benefícios e vantagens previdenciárias, não havendo, por ora, previsão legal do direito à ‘desaposentação’ (...)*’ (STF, RE 661.256/SC, Rel. Ministro Roberto Barroso, Rel. p/ acórdão Ministro Dias Toffoli, Tribunal Pleno, DJe de 28/09/2017). No mesmo sentido: *‘Não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação da correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar na anômala condição de legislador positivo, transgredindo, desse modo, o princípio da separação de poderes. Precedentes’* (STF, RE 567.360/MG ED, Rel. Ministro Celso de Mello, Segunda Turma, DJe de 07/08/2009). Na mesma direção: STF, RE 597.389 QO-RG/SP, Rel. Ministro Gilmar Mendes, Tribunal Pleno, DJe de 21/08/2009”.

Cito também, no meu voto, um precedente do Tribunal Pleno do Supremo Tribunal Federal, no RE 597.389, de relatoria do Ministro Gilmar Mendes, no qual se discutia se nova disposição legal, que majorava o cálculo da pensão previdenciária, aplicava-se a pensões concedidas antes da vigência da novel legislação.

Pois bem, naquela ocasião, o Relator, Ministro Gilmar Mendes, acompanhado pelo Supremo Tribunal Federal, assim se fundamentou, em entendimento que se ajusta, analogicamente, à hipótese dos autos:

A Corte ainda assentou o entendimento de que a majoração de benefícios previdenciários, além de submetida ao postulado da contrapartida (CF, art. 195, § 5º), também depende, para sua legítima adequação ao texto da Constituição da República, da observância o princípio da reserva da lei formal, cuja incidência traduz limitação ao exercício da atividade jurisdicional do Estado.

Por isso, não se revela constitucionalmente possível, ao Poder Judiciário, sob o fundamento de isonomia, estender, em sede jurisdicional, majoração de benefício previdenciário, quando inexistente, na lei, a indicação de correspondente fonte de custeio total, sob pena de o Tribunal, se assim proceder, atuar em legítima condição de legislador positivo, o que contraria o art. 2º da Constituição Federal. (RE 597.389 QO-RG, de minha relatoria, DJe 21.8.2009)

Isso foi muito enfatizado naquele caso, para evitar que houvesse efeito retroativo na concessão. Mas essa não é uma vedação que se aplica tão somente

ao legislador. Esse é um vetor hermenêutico que se aplica também ao intérprete. Se não se pode, pela via legislativa, criar benefício sem fonte de custeio, quid em relação à criação por via de esforço hermenêutico. Sendo assim, também não se pode pela via jurisprudencial. Sem dúvida nenhuma, a mim me parece que aqui, de fato, há um vetor hermenêutico que vale para o sistema como um todo (...). Aquilo que se impõe ao legislador também se impõe ao tribunal enquanto intérprete.

A segunda observação que desejo fazer é que, no voto-vista da Ministra *Regina Helena Costa*, fez-se também alusão a julgamento da Primeira Seção – que justificaria a posição defendida por Sua Excelência –, no qual esta Seção deliberou que seria possível conceder a pensão por morte ao menor sob guarda, mesmo tendo a Lei 8.213/91 sido alterada, suprimindo, no seu art. 16, o menor sob guarda como dependente do segurado. Naquele recurso repetitivo pedi vista do processo e acompanhei o brilhante voto do Ministro *Napoleão Nunes Maia Filho*, mas, naquela ocasião, não se concedia o benefício de pensão ao menor sob guarda sob o fundamento da isonomia. Concedeu-se o benefício, com base num dispositivo expresso do Estatuto da Criança e do Adolescente – Lei 8.069/90 –, que em seu art. 33, § 3º, dispõe que “a guarda confere à criança ou adolescente a condição de dependente, para todos os fins e efeitos de direito, inclusive previdenciários”.

Por último, uma derradeira observação. Invocou a Ministra *Regina Helena Costa* – como se se tratasse de situação análoga, a inspirar o presente julgamento – um repetitivo desta Primeira Seção, relativo a critério para aferição de renda familiar *per capita*, para fins de concessão de benefício assistencial a deficiente. O que se decidiu, naquele repetitivo, foi tão somente que o fato de alguém, do núcleo familiar, perceber um benefício de um salário-mínimo, não afastaria o direito do deficiente de receber o benefício assistencial. Essa situação, penso eu, com a mais respeitosa vênua, não se adequa ao presente caso. Em primeiro lugar, porque, naquele caso, o benefício era assistencial, e, como benefício assistencial, independe ele de prévio custeio. Já esse adicional de 25% (vinte e cinco por cento) está previsto na Lei 8.213/91, que dispõe sobre o regime de benefícios da Previdência Social, e, como tal, na forma da Constituição Federal, exige fonte de custeio total. Destaco que a Constituição Federal prevê o benefício assistencial para garantir aquele *mínimo social*, o mínimo de subsistência, para quem não tem qualquer renda. No caso em julgamento, destaco que quem já percebe aposentadoria por idade, especial ou por tempo de contribuição, já percebe uma renda, um benefício. A própria Lei da Assistência Social – que é posterior à Lei de Benefícios da Previdência Social – não prevê este adicional de 25% (vinte e

cinco por cento) como assistencial. Se a própria LOAS não prevê este acréscimo de 25% (vinte e cinco por cento) para outras espécies de aposentadoria, conclui-se que não é ele assistencial, à míngua de previsão legal, na própria LOAS (Lei 8.742/93), que é posterior à Lei de Benefícios da Previdência Social (Lei 8.213/91).

Peço escusas à Seção, por me estender, mas quis fazer essas três observações, mencionadas no voto-vista da eminente Ministra *Regina Helena Costa*, porque delas não cuidei, no meu voto, como Relatora.