



Segunda Turma

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.090.598-RS
(2008/0206884-6)**

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Agravante: Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul -
IPERGS

Procurador: Ernesto Diel e outro(s)

Agravado: Favorita Tecidos Finos Ltda

Advogado: Adriana Prado e outro(s)

Interessada: Neiva Maria Ribeiro

EMENTA

Agravo regimental. Recurso especial. Cessão de créditos alimentares. Execução. Precatório. Substituição processual. Art. 567, II, do CPC.

– O tema relativo à possibilidade de cessão de créditos alimentares encontra-se superado, porquanto reconhecido em primeiro grau ao se admitir a assistência simples da cessionária e não impugnado em recurso próprio. A questão jurídica a ser solucionada nesta Corte, assim, restringe-se ao direito à efetiva substituição processual.

– A norma do art. 567, inciso II, do Código de Processo Civil é independente em relação ao art. 42, § 1º, do mesmo diploma e é aplicável na fase de execução do título judicial, ausente qualquer restrição quanto ao momento processual em que celebrada a cessão do crédito. Precedente da Corte Especial.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-

Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Herman Benjamin (Presidente) e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 17 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJe 16.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Agravo regimental interposto pelo Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul - IPERGS contra a decisão de fls. 171-173, na qual dei provimento ao recurso especial assim:

Recurso especial interposto por Favorita Tecidos Finos Ltda., com base no art. 105, inciso III, alíneas **a** e **c**, da Constituição Federal, contra o acórdão de fls. 94-99, da Terceira Câmara Especial Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul que, desprovendo agravo regimental, manteve integralmente a decisão monocrática do relator assim ementada:

Previdência pública. Execução de sentença. Precatório de natureza alimentar. Cessão de crédito.

Havendo trânsito em julgado da decisão que reconhece o direito ao crédito junto ao IPERGS, possível é a cessão do referido crédito a terceiros, forte no art. 567, II, do CPC. Entretanto, esta situação não implica a substituição processual, cabendo à cessionária a assistência simples no processo.

Aplicação do art. 557, *caput*, do CPC (fl. 69).

Consta da decisão monocrática, a título de motivação, que "a cessão de crédito realizado não altera a legitimidade processual das partes" (fls. 71 e 96).

Alega a recorrente violação do art. 567, inciso II, do Código de Processo Civil, além de dissídio com a jurisprudência desta Corte Superior, sendo cabível, no caso em debate, a substituição processual, não a habilitação como mero assistente do crédito.

O Instituto de Previdência do Estado do Rio Grande do Sul apresentou contrarrazões (fls. 138-149) e o recurso especial foi admitido (fls. 152-158).

Decido.

Preliminarmente, esclareço que a possibilidade da cessão do crédito já foi deferida, discutindo-se no especial, apenas, a questão da substituição processual, o que deve ser acolhido na linha dos seguintes precedentes deste Tribunal:

Processual Civil. Embargos de divergência. Ausência de identidade fático-jurídica. Substituição processual. Execução. Cessão de crédito.

1. Não se verifica qualquer divergência, pois os arestos confrontados não guardam similitude fática e jurídica.

2. O aresto embargado, com base na jurisprudência desta Corte, entendeu ser possível a inclusão de expurgos inflacionários, em sede de liquidação de sentença, antes de homologados os cálculos, ainda que não tenha sido mencionada a correção monetária no processo de conhecimento. Por outro lado, nos julgados trazidos pela embargante como divergentes restou consignada a impossibilidade de inclusão de expurgos inflacionários em sede de precatório complementar, hipótese posterior à sentença de homologação da conta de liquidação.

3. O art. 74 da Lei n. 9.430/1996 não veda a cessão de crédito tributário, cuidando tão somente do instituto da compensação de débitos relativos a tributos e contribuições.

4. Acerca do prosseguimento na execução pelo cessionário, cujo direito resulta de título executivo transferido por ato entre vivos – art. 567, inciso II do Código de Processo Civil –, esta Corte já se manifestou, no sentido de que a norma insere no referido dispositivo deve ser aplicada independentemente do prescrito pelo art. 42, § 1º do mesmo CPC, porquanto as regras do processo de conhecimento somente podem ser aplicadas ao processo de execução quando não há norma específica regulando o assunto. Precedentes.

5. Agravos regimentais não providos (AgRg no EREsp n. 354.569-DF, publicado em 13.08.2010, Corte Especial, da relatoria do em. Ministro Castro Meira).

Processual Civil. Cessão de créditos. Precatário. Habilitação do cessionário no pólo ativo da execução. Possibilidade. Consentimento da parte contrária. Inaplicabilidade.

1. Discute-se nos autos a possibilidade de alteração do pólo ativo da execução, bem como o levantamento dos valores pelo cessionário, tendo em vista a cessão de créditos formalmente efetivada.

2. A orientação jurisprudencial das Turmas de Direito Público desta Corte Superior é no sentido de ser aplicável, na execução, o art. 567, II, do CPC, que concede ao cessionário o direito de promovê-la, ou nela prosseguir, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato

entre vivos, não se exigindo o prévio consentimento da parte contrária, a que se refere o art. 42, § 1º, do mesmo código.

Precedentes: AgRg no REsp n. 542.430-RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 11.05.2006 e REsp n. 687.761-RS, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJ 19.12.2005.

Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 1.121.039-RS, publicado em 13.11.2009, Segunda Turma, da relatoria do em. Ministro Humberto Martins).

Agravo regimental em recurso especial. Direito Processual Civil. Execução. Cessão de crédito. Necessidade do consentimento do devedor. Não-exigência. Precedentes.

1. Esta Corte Superior de Justiça firmou-se no entendimento de que, no caso de cessão de crédito previdenciário, deve ser aplicada a norma prevista no artigo 567, inciso II, do Código de Processo Civil, a qual concede ao cessionário o direito de promover a execução, ou nela prosseguir, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos, não se exigindo, para tanto, o consentimento da parte devedora.

2. Precedentes.

3. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp n. 939.054-RS, publicado em 04.08.2008, Sexta Turma, da relatoria do em. Ministro Hamilton Carvalhido).

Cessão de crédito. Artigos 42 e 567 do Código de Processo Civil. Precedente da Corte.

1. Tratando-se de processo de execução, aplica-se a regra própria do art. 567 e não a geral do art. 42 do Código de Processo Civil, daí que a substituição processual pelo cessionário dispensa a autorização da parte adversa.

2. Recurso especial não conhecido (REsp n. 681.767-PR, publicado em 1º.10.2007, Terceira Turma, da relatoria do em. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito).

Ante o exposto, conheço do recurso especial e lhe dou provimento para admitir a substituição processual.

Publique-se.

Alega o agravante, em primeiro lugar, “que os direitos oriundos dos precatórios mencionados *in casu* não podem ser transacionados, pois são oriundos de dívidas alimentares e, portanto, *personalíssimas*” (fl. 182). Acrescenta, sob este enfoque, que “o credor só pode ceder seu crédito se a isso não se opuser a natureza da obrigação e a lei (artigo 286 do Código Civil)” (fl. 182).

Sustenta, ainda, que “a aplicação do art. 567, II, do CPC, tem lugar apenas nas hipóteses em que a cessão se deu antes da instauração da relação processual. a partir do ajuizamento da demanda, não há como afastar a incidência do art. 42 do CPC, e isto é o que diz essa colenda Corte e foi totalmente desconsiderado pela r. decisão” (fl. 182).

Argumenta que a norma do art. 78 do ADCT ressalva os créditos definidos como de pequeno valor e os de natureza alimentar da possibilidade de parcelamento e de cessão, daí que a decisão embargada, “ao autorizar a habilitação do cessionário de crédito alimentar na execução de sentença infringiu diretamente os princípios constitucionais mencionados” (fl. 184).

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): O presente regimental está assentado na impossibilidade de cessão de créditos oriundos de dívidas alimentares, invocando também a norma do art. 78 do ADCT, e a tese de que o art. 567, inciso II, do CPC “tem lugar apenas nas hipóteses em que a cessão se deu antes da instauração da relação processual. A partir do ajuizamento da demanda, não há como afastar a incidência do art. 42 do CPC” (fl. 182).

Sem razão o agravante.

Conforme anotado na decisão ora agravada, a possibilidade da cessão do crédito já foi reconhecida, tendo o Juiz de primeiro grau deferido a admissão da cessionária do crédito alimentar como assistente simples por entender inviável, exclusivamente, a alteração subjetiva (fls. 62-63). Contra essa decisão houve agravo de instrumento da cessionária, Favorita Tecidos Finos Ltda., ora agravada, postulando a substituição processual, o que não foi acolhido pelo Tribunal de origem.

Daí que o recurso especial discute, apenas, a questão da substituição processual e da assistência simples, estando superado o tema da possibilidade da cessão. Quisesse o IPERGS impugnar a cessão do crédito, deveria ter recorrido em relação ao tema, o que não consta destes autos.

Quanto à tese de que o art. 567, inciso II, do Código de Processo Civil é aplicável apenas nos casos em que a cessão se deu antes da instauração da relação processual, contraria a própria letra do dispositivo, com o seguinte teor:

Art. 567. Podem também promover a execução ou nela prosseguir:

[...]

II - o cessionário, quando o direito resultante do título executivo lhe foi transferido por ato entre vivos;

Ora, a norma reproduzida, não é restritiva, dirigindo-se claramente às cessões de títulos obtidos judicialmente e efetuadas também após a instauração do feito. Além disso, é absolutamente independente da norma do art. 42, § 1º, do Código de Processo Civil. Aquela aplicada na fase de execução e esta na fase de conhecimento, devendo-se reiterar aqui o seguinte precedente da Corte Especial:

Processual Civil. Embargos de divergência. Ausência de identidade fático-jurídica. Substituição processual. Execução. Cessão de crédito.

1. Não se verifica qualquer divergência, pois os arestos confrontados não guardam similitude fática e jurídica.

2. O aresto embargado, com base na jurisprudência desta Corte, entendeu ser possível a inclusão de expurgos inflacionários, em sede de liquidação de sentença, antes de homologados os cálculos, ainda que não tenha sido mencionada a correção monetária no processo de conhecimento. Por outro lado, nos julgados trazidos pela embargante como divergentes restou consignada a impossibilidade de inclusão de expurgos inflacionários em sede de precatório complementar, hipótese posterior à sentença de homologação da conta de liquidação.

3. O art. 74 da Lei n. 9.430/1996 não veda a cessão de crédito tributário, cuidando tão somente do instituto da compensação de débitos relativos a tributos e contribuições.

4. *Acerca do prosseguimento na execução pelo cessionário, cujo direito resulta de título executivo transferido por ato entre vivos – art. 567, inciso II do Código de Processo Civil –, esta Corte já se manifestou, no sentido de que a norma inserta no referido dispositivo deve ser aplicada independentemente do prescrito pelo art. 42, § 1º do mesmo CPC, porquanto as regras do processo de conhecimento somente podem ser aplicadas ao processo de execução quando não há norma específica regulando o assunto. Precedentes.*

5. Agravos regimentais não providos (AgRg no EREsp n. 354.569-DF, publicado em 13.08.2010, Corte Especial, da relatoria do em. Ministro Castro Meira - grifo meu).

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

**AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL N. 1.220.911-RS
(2010/0208503-0)**

Relator: Ministro Castro Meira

Agravante: Adelar José Drescher

Advogado: Paulo Ricardo Dornelles da Silva e outro(s)

Agravado: União

EMENTA

Agravo regimental no recurso especial. Processual Civil e Direito Civil. Teoria da perda de uma chance. Pressupostos indenizatórios. Alegada violação do art. 159 do Código Civil. Dano material hipotético. Impossibilidade. Dano moral. Acórdão *a quo* baseado no conjunto fático-probatório. Revisão de fatos e provas. Súmula n. 7-STJ.

1. Cuida-se, na origem, de ação ordinária por meio da qual pretende o agravante ser indenizado pela União, em face dos danos materiais e morais sofridos em decorrência da sua reprovação no exame psicotécnico, com a consequente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal.

2. O agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, compreendendo os seguintes exames: psicotécnico (considerando a inexistência de resultado válido), médicos, capacidade física e motricidade; e, ainda, a segunda etapa, de caráter eliminatório - Curso de Formação.

3. A pretensão não encontra amparo na “teoria da perda de uma chance” (*perte d’une chance*) pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que: “se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada” (*Programa de Responsabilidade Civil*, 4ª ed., São Paulo: Malheiros, p. 92).

4. Ademais, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como na espécie dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos.

5. De mais a mais, o próprio autor afirma que não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, em face da sua nomeação para o de Procurador Federal. A pretensão não encontra guarida na teoria da perda de uma chance, aplicada somente “nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego” (CAVALIERI FILHO, Sérgio. *Op. cit.*, pp. 91-92), dentre outras.

6. Indevida indenização por dano moral, à míngua de efetiva comprovação, eis que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7-STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

7. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Castro Meira, Relator

DJe 25.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão monocrática assim ementada:

Processual Civil e Direito Civil. Pressupostos indenizatórios. Dano material. Prejuízo presumido. Impossibilidade. Dano moral. Acórdão *a quo* baseado no conjunto fático-probatório. Revisão de fatos e provas. Súmula n. 7-STJ. Art. 538, parágrafo primeiro, do CPC. Multa. Súmula n. 98-STJ.

1. A qualificação do dano material pressupõe o decréscimo do patrimônio do lesado, sendo imprescindível que a perda sofrida seja comprovada, razão pela qual não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético. Assim, “para ser indenizável cumpre que o dano, ademais de incidente sobre um direito, seja *certo*, vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real.” (MELLO, Celso Antônio Bandeira de. *in* Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 952).

2. Indevido o dano moral, à míngua de efetiva comprovação, sendo certo que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7-STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

3. Não cabe a cominação de multa em embargos de declaração manifestados com notório propósito de prequestionamento. Aplicação da Súmula n. 98-STJ.

4. Recurso especial conhecido em parte e provido também em parte (e-STJ fl. 397).

No agravo regimental, alega o agravante ter sido alijado do certame por meio de ato ilícito, decorrente de decisão irrecorrível e sigilosa e, em assim sendo, por força do que dispõe o art. 159 do Código Civil de 1916, faz jus à indenização em face da perda da oportunidade em continuar participando do concurso.

Afirma, ademais, que este Superior Tribunal de Justiça “tem aplicado a *teoria da perda de uma chance*, chancelando o dever indenizatório em face da conduta lesiva, quando eliminatória de uma oportunidade ao lesado” (e-STJ fl. 427). Cita como precedente o Recurso Especial n. 788.459-BA, conhecido como o “Caso do Show do Milhão”, em que foi deferida a indenização proporcional à perda da oportunidade sofrida pela autora da ação.

Ressalta, ainda, que “as decisões *sub censura*, assim como a ora decisão recorrida, reiterem-se, deixaram de considerar que o agravante *já havia logrado aprovação no concurso para procurador federal*, situação fática comprovada nos

autos antes mesmo da prolação da sentença” (e-STJ fl. 429 - grifos no original), o que, por si só, demonstra que a pretensão indenizatória é motivada pela perda da chance de assunção ao cargo e não pelos vencimentos que o agravante poderia vir a perceber.

Por fim, aduz que, nos casos de dano moral, a jurisprudência desta Corte Superior é assente no sentido da prescindibilidade da demonstração do dano causado, bastando a comprovação do ato lesivo gerador do dever de indenizar. Dessa forma, entende não incidir na espécie o disposto na Súmula n. 7-STJ, já que a ilicitude do exame psicotécnico fora reconhecida pela sentença e pelo acórdão recorrido.

Pugna pela reconsideração da decisão agravada.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Castro Meira (Relator): O ora recorrente ajuizou ação ordinária em face da União, por meio da qual pretende ser indenizado por danos materiais e morais decorrentes da sua reprovação no exame psicotécnico, com a conseqüente exclusão no concurso público destinado ao provimento de vagas para o cargo de Policial Rodoviário Federal.

Preliminarmente, a aplicação do disposto no art. 159 do Código Civil prescinde da demonstração de dolo ou culpa no ato administrativo que gera o prejuízo, desde que se achem presentes os três elementos que caracterizam a responsabilidade civil, quais sejam:

- a) a ilicitude ou abusividade do ato;
- b) o dano e
- c) o nexo de causalidade entre ambos.

Sobre a responsabilidade do Estado, Celso Antônio Bandeira de Mello ensina que, “para ser indenizável cumpre que o dano, ademais de incidente sobre um direito, seja *certo*, vale dizer, não apenas eventual, possível. Tanto poderá ser atual como futuro, desde que certo, real.” (*in* Curso de Direito Administrativo. 19ª ed. São Paulo: Malheiros, p. 952).

No que tange à “teoria da perda de uma chance” (*perte d’une chance*), colhe-se dos autos que o concurso fora composto de duas etapas, conforme se extrai do respectivo edital, à e-STJ fl. 24:

4. ETAPAS DO CONCURSO

4.1. O processo seletivo compreenderá duas etapas distintas, a saber:

a) Primeira Etapa, de caráter eliminatório e classificatório, composta de provas e exames, compreendendo:

a.1) Prova de Conhecimentos, com questões subjetivas de múltipla escolha;

a.2) Exame Psicotécnico;

a.3) Exames Médicos (Biométrico e Clínico);

a.4) Provas de Capacidade Física;

a.5) Prova de Motorismo

b) Segunda Etapa, de caráter eliminatório, que consistirá do Curso de Formação.

Sobre a segunda etapa do concurso, assim regulou o edital:

13.6. O candidato que não obtiver, no mínimo, 60% (sessenta por cento) do total de pontos do Curso de Formação ou que não obtiver, no mínimo, 80% (oitenta por cento) da frequência no Curso será considerado reprovado, não cabendo recurso na Área Administrativa (e-STJ fl. 25).

Verifica-se que o agravante logrou aprovação apenas na prova de conhecimento. Dessarte, ficaram pendentes as quatro fases seguintes da primeira etapa, considerando a inexistência de resultado válido no exame psicotécnico, em face das possíveis irregularidades na sua elaboração; além da segunda etapa.

Nesse contexto, forçoso concluir que as alegações do agravante não procedem, ainda mais quando amparadas na “teoria da perda de uma chance”, pois, ainda que seja aplicável quando o ato ilícito resulte na perda da oportunidade de alcançar uma situação futura melhor, é preciso, na lição de Sérgio Cavalieri Filho, que:

se trate de uma chance real e séria, que proporcione ao lesado efetivas condições pessoais de concorrer à situação futura esperada. O mestre Caio Mário, citando Yves Chatier, enfatiza que “a reparação da perda de uma chance repousa em uma probabilidade e uma certeza; que a chance seria realizada e que a vantagem perdida resultaria em prejuízo” (*Responsabilidade Civil*, 9ª ed. Forense, p. 42).

O cuidado que o juiz deve ter neste ponto é para não confundir lucro cessante com lucro imaginário, simplesmente hipotético ou dano remoto, que seria apenas a consequência indireta ou mediata do ato ilícito (*Programa de Responsabilidade Civil*, 4ªed., São Paulo: Malheiros, p. 92).

A fim de criar um parâmetro objetivo, Sérgio Savi afirma que a teoria se aplica “apenas naqueles casos em que a chance for considerada séria e real, ou seja, em que for possível fazer prova de uma probabilidade de no mínimo 50% (cinquenta por cento) de obtenção do resultado esperado (...)” (*in Responsabilidade Civil por Perda de uma Chance*. São Paulo: Atlas, 2006, pp. 60-61).

Ainda que tal percentual não seja acolhido pela doutrina majoritária, por considerá-lo excessivamente alto, não pode se furtar o julgador da análise quanto à probabilidade do agravante de alcançar o bem almejado, caso o ato ilícito não lhe houvesse subtraído a chance alegada, ainda mais na circunstância como a que ora se analisa, em que o possível nem sempre é o provável.

Como trazido a cotejo pelo agravante, o caso do “Show do Milhão”, em que este Superior Tribunal reconheceu a perda da chance da participante em face de uma questão mal formulada, concluiu-se que, em condições normais, a probabilidade de acerto seria de 1 em 4 (em face do número de alternativas possíveis).

Mas o paradigma trazido à balha não guarda, é evidente, a mesma premissa fática da dos autos, tanto por não se tratar de concurso público, como também pela viabilidade em demonstrar-se a existência de uma chance real e séria da parte autora em obter a vantagem almejada.

Em suma, para fins de aplicação da teoria, não se admite a alegação de prejuízo que elida um bem hipotético, como no caso dos autos, em que não há meios de aferir a probabilidade do agravante em ser não apenas aprovado, mas também classificado dentro das 30 (trinta) vagas destinadas no Edital à jurisdição para a qual concorreu, levando ainda em consideração o nível de dificuldade inerente aos concursos públicos e o número de candidatos inscritos.

Colha-se, a propósito, o seguinte precedente:

Recurso especial. Ação de indenização. Danos morais. Erro médico. Morte de paciente decorrente de complicação cirúrgica. Obrigação de meio. Responsabilidade subjetiva do médico. Acórdão recorrido conclusivo no sentido da ausência de culpa e denexo de causalidade. Fundamento suficiente para afastar a condenação do profissional da saúde. Teoria da perda da chance. Aplicação nos casos de probabilidade de dano real, atual e certo, inócurrenno caso dos autos, pautado em mero juízo de possibilidade. Recurso especial provido.

I - A relação entre médico e paciente é contratual e encerra, de modo geral (salvo cirurgias plásticas embelezadoras), obrigação de meio, sendo imprescindível para a responsabilização do referido profissional a demonstração de culpa e de nexos de causalidade entre a sua conduta e o dano causado, tratando-se de responsabilidade subjetiva;

II - O Tribunal de origem reconheceu a inexistência de culpa e de nexos de causalidade entre a conduta do médico e a morte da paciente, o que constitui fundamento suficiente para o afastamento da condenação do profissional da saúde;

III - A chamada “teoria da perda da chance”, de inspiração francesa e citada em matéria de responsabilidade civil, aplica-se aos casos em que o dano seja real, atual e certo, dentro de um juízo de probabilidade, e não de mera possibilidade, porquanto o dano potencial ou incerto, no âmbito da responsabilidade civil, em regra, não é indenizável;

IV - *In casu*, o v. acórdão recorrido concluiu haver mera possibilidade de o resultado morte ter sido evitado caso a paciente tivesse acompanhamento prévio e contínuo do médico no período pós-operatório, sendo inadmissível, pois, a responsabilização do médico com base na aplicação da “teoria da perda da chance”;

V - Recurso especial provido (REsp n. 1.104.665-RS, Rel. Min. Massami Uyeda, julgado em 09.06.2009, DJe 04.08.2009, REFOR vol. 405 p. 449 RSTJ vol. 216 p. 464)

De mais a mais, observe-se a seguinte assertiva do agravante, nas razões do agravo regimental interposto:

A presente ação foi interposta pelo agravante quando este já estava prestes a tomar posse no cargo de **procurador federal**, tanto é verdade que no item “Requerimentos” aduziu expressamente: **“O autor busca na presente ação de perdas e danos, em virtude de não lhe ser mais útil a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, pois o mesmo está prestes a tomar posse no cargo de Procurador Federal na Advocacia geral da União e não lhe é mais conveniente a posse no cargo de Policial Rodoviário Federal!”** (grifado). Resta clara a pretensão indenizatória pela **perda da chance** de assunção ao cargo sub censura e não os vencimentos não percebidos (e-STJ fl. 427 - grifos no original).

Dessarte, ainda se assim não fosse, a pretensão do agravante não encontra guarida na teoria da perda de uma chance empregada “nos casos em que o ato ilícito tira da vítima a oportunidade de obter uma situação futura melhor, como progredir na carreira artística ou no trabalho, arrumar um novo emprego” (FILHO, Sérgio Cavalieri. *op. cit.*, pp. 91-92), dentre outras.

Ora, o autor não pretendia a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal, ainda que pudesse ser reconhecida a subtração da chance de ser aprovado no concurso público, não há dano a ser indenizado, já que sem a posse no cargo e o exercício das atividades a ele inerentes, não há se falar em “novo emprego” ou “progressão na carreira”, muito menos em perda de um benefício economicamente mensurável, seja financeiro ou patrimonial.

Em suma, o agravante não sofreu qualquer frustração, já que, na data da propositura da ação, não lhe era mais “útil a investidura no cargo de Policial Rodoviário Federal” (e-STJ fl. 427) e, assim, não há, de todo modo, oportunidade perdida a ser reparada.

É o que se extrai do seguinte excerto tirado do REsp n. 1.190.180-RS, DJe 22.11.2010, da relatoria do Min. Luis Felipe Salomão, que trata do assunto:

Nesse cenário, a teoria da perda de uma chance (*perte d'une chance*) visa à responsabilização do agente causador não de um dano emergente, tampouco de lucros cessantes, mas de algo intermediário entre um e outro, precisamente a perda da **possibilidade de se buscar posição mais vantajosa que muito provavelmente se alcançaria**, não fosse o ato ilícito praticado.

Daí porque a doutrina sobre o tema enquadra a perda de uma chance em uma categoria de dano específico, que não se identifica com um prejuízo efetivo, **mas, tampouco, se reduz a um dano hipotético** (cf. SILVA, Rafael Peteffi da. *Responsabilidade civil pela perda de uma chance: uma análise do direito comparado e brasileiro*. São Paulo: Atlas, 2007).

Com efeito, a perda de uma chance - desde que essa seja **razoável, séria e real, e não somente fluida ou hipotética - é considerada uma lesão às justas expectativas frustradas do indivíduo**, que, ao perseguir uma posição jurídica mais vantajosa, teve o curso normal dos acontecimentos interrompido por ato ilícito de terceiro.

Conclui-se, com amparo na doutrina, que a chance perdida guarda sempre um grau de incerteza acerca da possível vantagem, ainda que reduzido, de modo que “se fosse possível estabelecer, sem sombra de dúvida, que a chance teria logrado êxito, teríamos a prova da certeza do dano final e (...) o ofensor seria condenado ao pagamento do valor do prêmio perdido e dos benefícios que o cliente teria com a vitória na demanda judicial. **Por outro lado, se fosse possível demonstrar que a chance não se concretizaria, teríamos a certeza da inexistência do dano final e, assim, o ofensor estaria liberado da obrigação de indenizar**” (SAVI, Sérgio. *Responsabilidade civil por perda de uma chance*. São Paulo: Atlas, 2006, p. 101). (et. al. *Código Civil Interpretado conforme a Constituição da República*. Vol. I. Renovar, pp. 733-734 - grifado)

Por fim, quanto ao alegado dano material, assim se pronunciou a Corte de origem, ao adotar os fundamentos da sentença:

Finalmente, quanto aos danos morais, não vejo como a exclusão do autor do concurso na fase do exame psicotécnico possa ser caracterizada como um dano moral indenizável. A meu sentir, inabilitação de um candidato neste exame, em absoluto tem ou teve o significado expressado pelo autor na inicial de que esta pessoa passe a ser vista como mental e psicologicamente desequilibrada, apenas de que não possui o perfil psicológico indicado a ocupar o cargo de policial rodoviário federal. A dor e a angústia caracterizadoras do dano moral devem ser mensuradas á vista do senso comum. Suscetibilidades pessoais, ante o seu elevado grau de subjetivismo e pela mesma impossibilidade de sua mensuração por terceiro que não o próprio lesado, não podem ser levadas em conta neste tipo de análise" (e-STJ fls. 254-255).

Dessa forma, quanto ao dano moral, tenho-o como indevido, à míngua de efetiva comprovação, sendo certo que o reexame dos aspectos de fato que lastreiam o processo, bem como sobre os elementos de prova e de convicção, encontra óbice no enunciado da Súmula n. 7-STJ, pois não há nos autos informação que justifique a condenação nessa verba.

Ao analisar esse tema, Sérgio Cavalieri Filho novamente expõe com precisão:

Neste ponto a razão se coloca ao lado daqueles que entendem que o dano moral está ínsito na própria ofensa, decorre da gravidade do ilícito em si. Se a ofensa é grave e de repercussão, por si só justifica a concessão de uma satisfação de ordem pecuniária ao lesado. Em outras palavras, o dano moral existe *in re ipsa*; deriva inexoravelmente do próprio fato ofensivo, de tal modo que, provada a ofensa, *ipso facto* está determinado o dano moral à guisa de uma presunção natural, uma presunção *hominis* ou *facti*, que decorre das regras da experiência comum. Assim, por exemplo, provada a perda de um filho, do cônjuge, ou de outro ente querido, não há de que se exigir a prova do sofrimento, porque isso decorre do próprio fato de acordo com as regras da experiência comum; provado que a vítima teve o seu nome aviltado, ou a sua imagem vilipendiada, nada mais ser-lhe-á exigido provar, por isso que o dano moral está *in re ipsa*; decorre inexoravelmente da gravidade do próprio fato ofensivo, de sorte que, provado o fato, provado está o dano moral (*in Programa de Responsabilidade Civil, Ed. Atlas, p. 83*).

Não podemos nos olvidar de que o exame psicotécnico constava do edital do concurso; logo, havia previsão expressa quanto à possibilidade de o recorrente ser reprovado se não estivesse habilitado nesse exame. O reconhecimento

de exigência ilegal não afasta esse aspecto subjetivo que envolve a pretensão do recorrente, o que só seria plausível com forte substância probatória, não verificada no aresto de segundo grau.

Colham-se, a propósito, os seguintes precedentes desta Corte Superior:

Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Omissão do julgado. Inocorrência. Existência do dano. Nexo de causalidade. *Quantum* indenizatório. Reexame de matérias de fato. Súmula n. 7 do STJ.

1. É entendimento sedimentado o de não haver omissão no acórdão que, com fundamentação suficiente, ainda que não exatamente a invocada pelas partes, decide de modo integral a controvérsia posta.

2. A verificação da existência de dano moral e de nexo causal entre o evento e o dano sofrido, ensejadores de indenização, não pode ser reapreciada no âmbito do recurso especial, pois é vedado o reexame de matéria fático-probatória nessa sede, a teor do que prescreve a Súmula n. 7 desta Corte.

3. Mesmo óbice impede o conhecimento do recurso especial quanto à revisão do valor fixado a título de verba indenizatória.

4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, desprovido. (REsp n. 917.070-MG, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20.05.2008, DJe 05.06.2008)

Ante o exposto, *nego provimento ao agravo regimental*.

É como voto.

**EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO
NO RECURSO ESPECIAL N. 1.194.889-AM (2010/0089676-8)**

Relator: Ministro Humberto Martins

Embargante: Estado do Amazonas

Procurador: Karla Brito Novo e outro(s)

Embargado: Jose de Araujo Cavalcante

Advogado: Vivaldo Barros Frota

EMENTA

Embargos de declaração. Recurso especial. Questão de ordem. Nulidade do acórdão. Julgamento colegiado. Necessidade de decisão unipessoal. Precedente da Corte Especial.

1. A Segunda Turma, em recente assentada, uniformizou entendimento de que os embargos declaratórios opostos contra decisão monocrática do relator devem ser julgados por meio de decisão unipessoal, e não colegiada. Prestígio de antigos precedentes da Corte Especial e do princípio do paralelismo de formas.

2. Arguição de nulidade procedente. Necessidade de anulação do acórdão para renovação do exame dos embargos declaratórios por ato decisório singular.

Embargos declaratórios acolhidos para anular o acórdão embargado.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, acolheu os embargos de declaração para anular o acórdão embargado, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).”

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 1º de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Humberto Martins, Relator

DJe 15.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Humberto Martins: Cuida-se de embargos de declaração opostos pelo *Estado do Amazonas* contra acórdão da Segunda Turma que rejeitou os primeiros embargos de declaração da embargante, nos termos da seguinte ementa (fl. 251-e):

Processual Civil. Embargos de declaração. Alegação de contradição reconhecida. Inexistência de modificação na decisão recorrida.

1. Caracteriza-se a contradição quando há na decisão recorrida observações inconciliáveis entre si.

2. Suprimida a contradição e analisada a questão à luz dos precedentes desta Corte, há de ser mantida a decisão recorrida integralmente.

Embargos de declaração acolhidos sem efeitos infringentes.

Insiste a embargante (fls. 255-259-e) na existência de erro material no acórdão, porquanto o recurso de embargos foi interposto contra decisão monocrática, todavia, tendo sido julgado pelo colegiado. No mesmo diapasão, reitera que há contradição na decisão embargada, relacionada com a aludida violação do art. 1º, do Decreto n. 20.910/1932 e do art. 22, da Lei n. 8.880/1994.

Pugna, por fim, sejam sanados os vícios apontados. Ordem de consequência, pleiteia que seja anulado o acórdão.

A embargada, instada a manifestar-se (fl. 263-e), silenciou.

É, no essencial, o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Humberto Martins (Relator): Os embargos devem ser acolhidos.

Na assentada de 17.03.2009, a Segunda Turma, no julgamento dos embargos de declaração no REsp n. 1.086.142-SC, relatado pela Min. Eliana Calmon, foi suscitada questão de ordem pelo Min. Castro Meira, no sentido de que o julgamento de embargos declaratórios contra decisão monocrática compete ao relator, por meio de decisão unipessoal.

Na ocasião, acompanhei a dissidência, porquanto trata-se de matéria uniformizada pela Corte Especial, e cuja aplicação na Segunda Turma vinha sendo objeto de flexibilização.

De fato, a Corte Especial, em dois julgamentos distintos, adotou a tese de que os embargos de declaração opostos contra decisão monocrática, que julga o recurso, hão de ser apreciados de modo singular, como mecanismo de preservação do conteúdo do *decisum*. Com isso, impedir-se-ia que algum tema não aclarado restasse precluso, e ao interessado restasse embargar novamente de um acórdão que já decidira a *quaestio* em sede de embargos.

Transcrevo precedente nesse sentido:

Embargos de declaração. Decisão monocrática. Competência do próprio julgador e não do órgão colegiado. Precedente da Corte Especial.

1. Como alinhado em precedente da Corte Especial, a competência para julgar embargos de declaração contra decisão do Relator é deste e não do órgão colegiado, sob pena de afastar-se a possibilidade de exame do próprio mérito da decisão. Diversa é a hipótese em que o órgão colegiado, por economia processual, julga os embargos de declaração como agravo e enfrenta a matéria objeto do especial, o que não ocorre neste feito em que o órgão colegiado limitou-se a rejeitar os embargos de declaração à míngua dos pressupostos do art.535 do Código de Processo Civil. Todavia, como requerido pela parte, que considerou enfrentados os fundamentos da decisão agravada, deve o órgão colegiado, até mesmo por economia processual, julgar o recurso como agravo interno.

2. Embargos de divergência conhecidos e providos.

(EREsp n. 332.655-MA, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, Corte Especial, julgado em 16.03.2005, DJ 22.08.2005, p. 123.)

Há precedente mais antigo, porém de cunho ainda mais amplo, que trata dos embargos de declaração no EREsp n. 174.291-DF, que possuía relator originário na pessoa do Min. Peçanha Martins, e relator para acórdão o Min. Humberto Gomes de Barros. Nesse julgado, “*entendeu-se que compete ao relator, e não ao órgão colegiado, apreciar embargos dirigidos a decisão sua, unipessoal*”.

Os fundamentos desse acórdão foram enriquecidos pelo voto do Min. Ruy Rosado de Aguiar, que ponderou estar “plenamente convencido de que cabem embargos de declaração de decisão monocrática, decididos pelo próprio relator. Se o recurso for levado diretamente ao colegiado, estar-se-á cortando uma possibilidade de agravo regimental, em que a parte poderia alegar não apenas o que faltou na decisão embargada”.

A ementa desse importante prejulgado é a seguinte:

Processual. Embargos declaratórios. Decisão unipessoal de relator. Competência do próprio relator.

- Os embargos declaratórios não têm efeito devolutivo. O órgão que emitiu o ato embargado é o competente para decidir ou apreciar.

- Compete ao relator, não ao órgão colegiado, apreciar embargos dirigidos a decisão sua, unipessoal.

(EDcl nos EREsp n. 174.291-DF, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Min. Humberto Gomes de Barros, Corte Especial, julgado em 18.04.2001, DJ 25.06.2001, p. 96)

De cunho bem mais didático, e com referência expressa ao caso do recurso especial, tem-se outro aresto, desta vez proferido na Quarta Turma do STJ.

Trago à colação sua ementa:

Processo Civil. Embargos de declaração. Competência para julgamento. Art. 537, CPC. Exegese. Doutrina. Recurso especial. Esgotamento das instâncias ordinárias. Pressuposto de admissibilidade. Enunciado n. 281-STF. Decisão monocrática de membro do Tribunal. Cabimento do agravo interno. Precedentes. Recurso desacolhido.

I - *A competência para julgamento dos embargos de declaração é sempre do órgão julgador que proferiu a decisão embargada. Assim, quando apresentados contra acórdão, é do colegiado, e não do relator, a competência para o seu julgamento. E é do relator, monocraticamente, aí sim, quando ofertados contra decisão singular.*

II - É pressuposto de admissibilidade do recurso especial o esgotamento das instâncias ordinárias, diante da norma do art. 105-III da Constituição, que fala em decisão de “única ou última instância”, e também do Enunciado n. 281-STF.

III - Na linha dos precedentes do Tribunal, “o recurso especial não tem cabimento se interposto após decisão monocrática proferida em sede de embargos de declaração, já que não esgotada a prestação jurisdicional, pelo colegiado, acerca do tema”.

(REsp n. 401.366-SC, Rel. Min. Sálvio de Figueiredo Teixeira, Quarta Turma, julgado em 10.12.2002, DJ 24.02.2003, p. 240)

É o que se diz, na linguagem de Pontes de Miranda, de *paralelismo de formas*. Em tais circunstâncias, apesar de guardar reservas sobre esse ponto, a existência de posição explícita da Corte Especial torna-a vinculante. Necessário prestigiar os entendimentos daquele órgão, em nome da segurança jurídica e da estabilidade pretoriana no STJ.

Deve-se acolher a questão de ordem e anular o acórdão embargado.

Ante o exposto, acolho os embargos de declaração, para declarar nulo o acórdão embargado.

É como penso. É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.140.723-RS (2009/0094892-9)

Relatora: Ministra Eliana Calmon
Recorrente: WMS Supermercados do Brasil Ltda
Advogado: Rafael Pandolfo e outro(s)
Recorrido: Fazenda Nacional
Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

EMENTA

Tributário. Processo Civil. PIS. Cofins. Incidência monofásica. Creditamento. Impossibilidade. Legalidade. Interpretação literal. Isonomia. Prestação jurisdicional suficiente. Nulidade. Inexistência.

1. Não ocorre ofensa ao art. 535, II, do CPC, se o Tribunal de origem decide, fundamentadamente, as questões essenciais ao julgamento da lide.

2. A Constituição Federal remeteu à lei a disciplina da não-cumulatividade das contribuições do PIS e da Cofins, nos termos do art. 195, § 12 da CF/1988.

3. A incidência monofásica, em princípio, é incompatível com a técnica do creditamento, cuja razão é evitar a incidência em cascata do tributo ou a cumulatividade tributária.

4. Para a criação e extensão de benefício fiscal o sistema normativo exige lei específica (cf. art. 150, § 6º da CF/1988) e veda interpretação extensiva (cf. art. 111 do CTN), de modo que benefício concedido aos contribuintes integrantes de regime especial de tributação (REPORTO) não se estende aos demais contribuintes do PIS e da Cofins sem lei que autorize.

5. A concessão de benefício fiscal por interpretação normativa, além de ofender a Súmula n. 339-STF, implica em violação ao princípio da isonomia, posto que os contribuintes sujeitos ao regime monofásico não se submetem à mesma carga tributária que os contribuintes sujeitos ao regime de incidência plurifásica.

6. Recurso especial não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, negou provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Impedido o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 22.09.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região assim ementado:

Direito Tributário. Lei n. 11.033/2004, artigo 17. PIS e Cofins. Direito ao creditamento em regime não cumulativo sujeito a incidência monofásica.

1 - A não-cumulatividade objetiva evitar o aumento excessivo da carga tributária decorrente da possibilidade de cumulação de incidências tributárias ao longo da cadeia econômica.

2 - Este objetivo pode ser alcançado pela técnica do creditamento e pela tributação monofásica.

3 - Cuidando de tributação monofásica, desaparece o pressuposto fático necessário para a adoção da técnica do creditamento, que é a possibilidade de incidências múltiplas ao longo da cadeia econômica, não se podendo falar, portanto, em cumulatividade.

4 - O âmbito de incidência do artigo 17 da Lei n. 11.033/2004 restringe-se ao “Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO”, como decorre do texto do diploma legislativo onde inserido tal artigo.

5 - A extensão da previsão do artigo 17 da Lei n. 11.033/2004 a situações diversas daquela prevista na legislação implicaria privilégio indevido para certas atividades econômicas, em detrimento de todas as outras que sujeitas à tributação polifásica. (f. 283)

Opostos embargos de declaração (fls. 287-290), que restaram parcialmente providos (fls. 292-296).

Nas razões recursais, alega-se violação dos arts. 3º da Lei n. 10.637/2002, 3º da Lei n. 10.833/2003, 17 da Lei n. 11.033/2001 e art. 24 da Lei n. 11.727/2008, bem como do art. 535, I e II do CPC, sustentando, em síntese, que:

a) as Leis n. 10.865, de 30.04.2004 e 11.033, de 21.12.2004 inseriram na sistemática de não-cumulatividade do PIS/Pasep e da Cofins as receitas monofásicas das vendas dos produtos referidos nas Leis n. 10.147/2000, 9.990/2000 e 10.485/2002, bem como alteraram profundamente a sistemática de crédito das contribuições, ampliando este direito para as pessoas jurídicas que obtém receita e que não sofrem a incidência das contribuições (isenção, alíquota zero etc);

b) a vedação contida no art. 3º, III, **b** da Lei n. 10.833/2003 foi criada na época em que não se admitia na sistemática de não-cumulatividade do PIS/Pasep e da Cofins mercadorias sujeitas a regime monofásico, mas acabou revogada pelo art. 17 da Lei n. 11.033/2004;

c) o acórdão recorrido, ao tomar emprestado decisão proferida em outro processo, desconsiderou totalmente as peculiaridades da atividade da recorrente, que se dedica ao comércio varejista e atacadista de mercadorias passíveis de venda em supermercados e hipermercados;

d) também olvidou em apreciar a tese da recorrente, no sentido de que o art. 24 da Lei n. 11.727/2008, ao impossibilitar o creditamento das contribuições adquiridas com incidência monofásica, acabou por reconhecer a existência do benefício durante a vigência do art. 17 da Lei n. 11.033/2004;

e) *é inegável que o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 garantiu a manutenção do crédito do PIS e COFINS não apenas para os beneficiários do REPORTE (critério topográfico), que vendem bens com suspensão das contribuições, mas sim, de maneira irrestrita, para todos que realizem operações de mercadorias com suspensão, isenção, alíquota zero ou não incidência;*

f) no sistema monofásico toda a tributação incidente na cadeia produtiva é antecipada e concentrada em uma única fase, sendo debitada com alíquota gravosa para corresponder ao mesmo resultado econômico que teria no caso da incidência plurifásica;

g) o art. 24 da Lei n. 11.727/2008, reproduziu o conteúdo dos arts. 14 e 15 da MP 413, de 2008, reconhecendo o direito ao creditamento das

contribuições adquiridas com incidência monofásica, a partir da vigência da Lei n. 11.033/2004.

b) a vedação imposta pelo art. 24 da Lei n. 11.727/2008 somente tem aplicação aos fatos geradores ocorridos após sua vigência.

Ao final postula a reforma do acórdão recorrido. (fls. 270-294)

Contrarrazões às fls. 328-330, nas quais aduz a impossibilidade de extensão do art. 17 da Lei n. 11.033/2004 à hipótese fática descrita nesta demanda, pois o referido benefício limita-se ao REPORTE - Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária.

Sustenta que a Cofins e o PIS, por incidirem sobre a receita e o faturamento, não se encontram vinculados a qualquer produto, não se lhes aplicando a técnica do *imposto contra imposto*, razão pela qual o legislador adotou, para tais tributos, o critério *base contra base*, possibilitando a subtração da base de cálculo de determinados custos, encargos e despesas enumerados em lei e relacionados à atividade da pessoa jurídica.

Recurso especial admitido às fls. 336-337.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): A controvérsia reside em saber se a aquisição de produtos sujeitos à incidência monofásica da Cofins e do PIS (nos termos das Leis n. 9.990/2000, 10.147/2000 e 10.485/2002) por revendedores atacadistas e varejistas geram direito à dedução da base de cálculo de tais contribuições, nos termos das Leis n. 10.683/2003 e 10.833/2003.

A recorrente argumenta que seu direito restou expressamente reconhecido com a edição do art. 17 da Lei n. 11.033/2004, que possibilitou o creditamento das contribuições quando houvesse isenção, alíquota zero ou não-incidência na saída da mercadoria. E tanto tem procedência este argumento que o art. 27 da Lei n. 11.727/2008 acabou por revogar o direito ao creditamento do PIS e da Cofins na incidência monofásica.

Aduz, em preliminar, a nulidade do aresto recorrido por insuficiência na prestação jurisdicional, defendendo que sua tese jurídica de reconhecimento do benefício pelo art. 17 da Lei n. 11.033/2004 e posterior reconhecimento de sua existência pela Lei n. 11.727/2008 não foi apreciada.

Os fundamentos do acórdão combatido são os seguintes:

1) a cumulatividade dos tributos implica em aumento de carga tributária incidente no preço das mercadorias, produtos e serviços e para evitar tal fenômeno a legislação adota basicamente dois sistemas: a tributação monofásica e o sistema de creditamento;

2) na tributação monofásica, diante da inexistência de incidência múltipla não há perigo de tributação em cascata (cumulativa), razão pela qual não há sentido em se adotar a técnica do creditamento;

3) somente na incidência plurifásica há sentido na adoção da técnica do creditamento;

4) o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 restringe sua aplicação ao *Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO*. Para ser aplicado à atividade da recorrente deveria haver expressa menção nesse sentido, já que ontologicamente regime monofásico e cumulatividade são conceitos diversos;

5) fosse possível aplicar o art. 17 na forma preconizada, além dos limites para os quais foi concebido (REPORTO), haveria injuridicidade seja pelo plano ontológico, seja pelo plano da igualdade, quando se criaria privilégio para certas atividades, em detrimento de todas as outras que suportam tributação plurifásica; e

6) os arts. 14 e 15 da MP n. 413/2008 não foram reproduzidos na Lei n. 11.727/2008, fruto de sua conversão em lei e limitavam-se a excluir do regime monofásico apenas as situações enquadráveis no REPORTO. (fls. 276-284)

A tese tida por omitida pelo recorrente foi expressamente abordada no aresto recorrido, de modo que inexistente a apontada insuficiência da prestação jurisdicional. Afasta-se, por conseguinte, a nulidade do aresto recorrido.

No mérito, não assiste razão ao recorrente. O legislador constitucional remeteu à lei a regulação da não-cumulatividade do PIS e da Cofins (cf. art. 195, § 12 da CF/1988), vindo a lume as Leis n. 10.637/2002 e 10.833/2003, instituindo tal regime para o PIS e a Cofins, respectivamente.

Como bem explanado no aresto recorrido, a técnica do creditamento é incompatível com a incidência monofásica porque não há cumulatividade a ser evitada, razão maior da possibilidade de que o contribuinte deduza da base de cálculo destas contribuições (faturamento ou receita bruta) o valor da contribuição incidente na aquisição de bens, serviços e produtos relacionados à atividade do contribuinte.

Permitir a possibilidade do creditamento destas contribuições na incidência monofásica, além de violar a lógica jurídica da adoção do direito à não-cumulatividade, implica em ofensa à isonomia e ao princípio da legalidade, que exige lei específica (cf. art. 150, § 6º da CF/1988) para a concessão de qualquer benefício fiscal. E sem dúvida a permissão de creditamento de PIS e da Cofins em regime de incidência monofásica é concessão de benefício fiscal.

Não podemos olvidar igualmente a existência do art. 111 do CTN, que exige interpretação literal das normas tributárias que excluam o crédito, suspendam-lhe a exigibilidade ou dispensem seu pagamento.

Por outro lado, o art. 17 da Lei n. 11.033/2004 não estendeu a não-cumulatividade do PIS e da Cofins às atividades da recorrente, submetidas à incidência monofásica, pois o aludido preceito normativo restringe-se às situações aplicáveis ao REPORTO, como ressaltam os consideranda da lei em referência e os arts. 13 a 17:

Altera a tributação do mercado financeiro e de capitais; institui o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO; altera as Leis n. 10.865, de 30 de abril de 2004, 8.850, de 28 de janeiro de 1994, 8.383, de 30 de dezembro de 1991, 10.522, de 19 de julho de 2002, 9.430, de 27 de dezembro de 1996, e 10.925, de 23 de julho de 2004; e dá outras providências.

(...)

Art. 13. Fica instituído o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - REPORTO, nos termos desta Lei.

Art. 14. As vendas de máquinas, equipamentos e outros bens, no mercado interno, ou a sua importação, quando adquiridos ou importados diretamente pelos beneficiários do REPORTO e destinados ao seu ativo imobilizado para utilização exclusiva em portos na execução de serviços de carga, descarga e movimentação de mercadorias, serão efetuadas com suspensão do Imposto sobre Produtos Industrializados - IPI, da Contribuição para o PIS/Pasep, da Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins e, quando for o caso, do Imposto de Importação.

Art. 15. São beneficiários do REPORTO o operador portuário, o concessionário de porto organizado, o arrendatário de instalação portuária de uso público e a empresa autorizada a explorar instalação portuária de uso privativo misto.

Art. 16. Os beneficiários do Reporto, descritos no art. 15 desta Lei, ficam acrescidos das empresas de dragagem, definidas na Lei n. 11.610, de 12 de dezembro de 2007, dos recintos alfandegados de zona secundária e dos Centros

de Treinamento Profissional, conceituados no art. 32 da Lei n. 8.630, de 25 de fevereiro de 1993, e terão o Regime Tributário para Incentivo à Modernização e à Ampliação da Estrutura Portuária - Reporto para aquisições e importações efetuadas até 31 de dezembro de 2011. (Redação dada pela Lei n. 11.726, de 2008).

Art. 17. As vendas efetuadas com suspensão, isenção, alíquota 0 (zero) ou não incidência da Contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins não impedem a manutenção, pelo vendedor, dos créditos vinculados a essas operações.

No mais, medida provisória não convertida em lei perde sua eficácia desde o surgimento, conforme prescreve o art. 62, § 3º da CF/1988.

Portanto, o aresto recorrido merece confirmação por seus próprios fundamentos.

Com essas considerações, nego provimento ao recurso especial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.158.403-ES (2009/0186228-8)

Relatora: Ministra Eliana Calmon

Recorrente: Florestas Rio Doce S/A

Advogado: Luiz André Nunes de Oliveira e outro(s)

Recorrido: Estado do Espírito Santo

Procurador: Antônio José Ferreira Abikair e outro(s)

EMENTA

Tributário. Processo Civil. ICMS. Venda de árvores em pé. Fato gerador. Impossibilidade. Ausência de mercadoria. Suficiência da prestação jurisdicional. Prequestionamento explícito. Desnecessidade. CDA. Nulidade. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Art. 110 do CTN. Matéria constitucional. Decadência. Ausência de pagamento. Art. 173, I do CTN. Aplicação. REsp n. 973.733-SC. Art. 543-C do CPC.

1. Inexiste deficiência na prestação jurisdicional se, a despeito do enfrentamento da questão jurídica, não se mencionou expressamente o enunciado normativo tido por violado. Precedentes.

2. A premissa veiculada no acórdão, no sentido de que a CDA se mostra hígida e conforme ao devido processo, é insuscetível de reexame em recurso especial, nos termos da Súmula n. 7-STJ. Precedentes.

3. Esta Corte pacificou o entendimento, segundo o qual inexistindo declaração ou pagamento do tributo, o prazo para a constituição do crédito tributário rege-se pelo art. 173, I do CTN. Precedente: REsp n. 973.733-SC, Rel. Ministro *Luiz Fux, Primeira Seção*, julgado em 12.08.2009, DJe 18.09.2009.

4. O art. 110 do CTN versa sobre exercício de competência tributária pelos Entes Políticos, matéria de cunho constitucional, de exame inviável em sede de recurso especial, nos termos do art. 102, I, a da CF/1988. Precedentes.

5. A venda de árvores em pé, como modalidade da atividade de gestão de ativos florestais, não é fato gerador de ICMS e gravá-la consistiria em tributar etapa preparatória de possível operação mercantil, em prejuízo da legalidade tributária.

6. Recurso especial conhecido em parte e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça “A Turma, por unanimidade, conheceu em parte do recurso e, nessa parte, deu-lhe provimento, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com a Sra. Ministra Relatora.

Brasília (DF), 02 de setembro de 2010 (data do julgamento).

Ministra Eliana Calmon, Relatora

DJe 22.09.2010

RELATÓRIO

A Sra. Ministra Eliana Calmon: Cuida-se de recurso especial interposto com fundamento na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Espírito Santo assim ementado:

Apelação cível. Tributário. ICMS. Não pagamento. Lançamento de ofício. Decadência. Não configuração. Termo inicial. Art. 173, I do CTN. Nulidade da CDA. Não indicação do período de apuração do crédito e da alíquota. Discriminação no processo administrativo a que teve acesso o contribuinte. Ausência de prejuízo à ampla defesa e ao contraditório. Venda de “árvores em pé”. Destinação econômica. Bem móvel por antecipação. Circulação de mercadoria. Fato gerador de ICMS. Recurso desprovido.

1. Quando o contribuinte não paga o tributo, o prazo decadencial de 5 anos, mesmo que se trate de imposto cujo lançamento se dá por homologação, tem por termo inicial, nos termos do art. 173, I do CTN, o “primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”, uma vez que a ausência de pagamento antecipado torna o controle fiscal carecedor de objeto.

2. A pena de nulidade da inscrição da dívida e da respectiva CDA deve ser interpretada *cum granis salis*, para que não seja declarada em virtude de falhas que não geram prejuízos a sua defesa.

3. Muito embora o art. 79 do CC considere a árvore, enquanto incorporada ao solo, bem imóvel, esta classificação legal deve ser interpretada com a destinação econômica conferida ao bem. Segundo Caio Mário, “a mesma vontade humana que tem o condão de imobilizar bens móveis, deve ter o poder de mobilizar bens imóveis, em função da finalidade econômica. (...) Mas o industrial que adquire do proprietário de um fundo a madeira existente no mesmo, para recebê-la cortada ou para ele próprio encarregar-se da derrubada, não está positivamente negociando uma coisa imóvel, pois que as árvores de nada lhe servirão enquanto presas pelas raízes. O objeto do contrato é a madeira a ser cortada; o que tem interesse econômico são as árvores destacadas do solo.” (PEREIRA, Caio Mário da Silva. Instituições de direito civil. Vol. I. 21 ed. rev. e atual.. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 424)

4. A venda de “árvores em pé”, mesmo antes de destacadas do solo, constitui fato gerador do ICMS.

5. Recurso desprovido. (f. 1.823)

Nas razões de recurso, alega-se violação ao art. 535, II do CPC; aos arts. 150, § 4º, 173, I, 202 e 203 do CTN; aos arts. 2º, § 5º, III e § 6º da Lei n. 6.830/1980 e art. 79 do CC, aduzindo, em suma, que:

a) ao negar provimento aos embargos de declaração opostos para sanar omissão consistente na ausência de prequestionamento explícito da matéria, com citação dos dispositivos legais e constitucionais imprescindíveis para interposição dos cabíveis recursos aos Tribunais Superiores, principalmente os arts. 110 e 202 do CTN, o acórdão incorreu em violação ao art. 535, II do CPC;

b) ao reconhecer a higidez da CDA que embasa a cobrança executiva, sob entendimento de que a ausência de informações relacionadas à origem do débito (período de apuração e alíquota aplicada) não prejudicou a defesa da ora Recorrente, que teria tido amplo acesso ao processo administrativo, implica em afronta ao art. 2º, § 5º, III e § 6º da Lei n. 6.830/1980 c.c. o art. 202 do CTN, pois a omissão ou erro nos requisitos formais acarretará a nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente por falta de certeza do crédito tributário;

c) ao concluir pela não ocorrência da decadência em relação aos fatos geradores ocorridos entre janeiro e maio de 1994, entendendo aplicável o art. 173, I do CTN, e não o art. 150 § 4º do CTN, o aresto recorrido incorreu em negativa de vigência dos referidos enunciados normativos, já que a ausência de pagamento não é requisito para a modificação do termo *a quo* decadencial;

d) ao considerar que a venda de floresta em pé (bem imóvel, nos termos do art. 79 do CC), atividade inserida no objeto social da requerente - gestão de ativos florestais -, é fato gerador do ICMS, cuja hipótese de incidência são operações com mercadorias, bens móveis, o acórdão vergastado desconsiderou o art. 110 do CTN e afrontou igualmente o art. 79 do CC;

e) embora o Código Civil possa permitir a flexibilidade dos seus conceitos, admitindo que um bem imóvel possa ser considerado bem móvel de acordo com sua destinação econômica, essa interpretação é inválida no âmbito do Direito tributário;

f) a compra e venda de floresta em pé limita-se à entrega das árvores enraizadas ao adquirente, ficando sob a responsabilidade deste já na qualidade de proprietário da floresta, a extração, venda e transporte da madeira e, por conseguinte, a responsabilidade tributária pelas operações mercantis praticadas, conforme art. 15, § 3º e 21, § 1º do RICMS e soluções de consulta formuladas à Administração tributária dos Estados de São Paulo e Minas Gerais; e

g) à época dos fatos geradores, o art. 43, I do CC previa as árvores como bens imóveis. Ao final, postula-se a nulidade do acórdão ou sua reforma com a procedência da ação anulatória. (fls. 1.874-1.936)

Contrarrazões às fls. 2.017-2.024.

Recurso especial admitido às fls. 2.034-2.042.

É o relatório.

VOTO

A Sra. Ministra Eliana Calmon (Relatora): Inicialmente, quanto à tese de ofensa ao art. 535, II do CPC, cumpre afirmar que esta Corte admite pacificamente o prequestionamento implícito, assim considerada a atividade da corte local, que se pronuncia sobre a questão jurídica suscitada, nada obstante não mencione expressamente o dispositivo legal que embasa os fundamentos utilizados no *decisum*. Em outras palavras, não se exige o prequestionamento explícito, almejado pela recorrente ao opor os declaratórios.

Nesse sentido, dentre outros:

Processual Civil. Embargos de declaração. Omissão. Prequestionamento implícito da matéria recursal. Execução fiscal. Contribuições previdenciárias. Prescrição intercorrente. Prazo a ser observado. Legislação vigente ao tempo em que determinado o arquivamento do processo. Embargos de declaração acolhidos, com efeitos modificativos, para conhecer do recurso especial e negar-lhe provimento.

(EDcl no REsp n. 1.091.679-PE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 30.06.2010)

Processo Civil. Embargos de divergência. O prequestionamento exigido para o conhecimento do recurso especial pode ser implícito.

Provimento dos embargos de divergência para que a Quinta Turma prossiga no julgamento do recurso especial, decidindo, preliminarmente, se houve na espécie o prequestionamento implícito das normas legais que teriam deixado de ser aplicadas pelo Tribunal *a quo*.

(REsp n. 161.419-RS, Rel. Ministro Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Ministro Ari Pargendler, Corte Especial, julgado em 15.08.2007, DJe 10.11.2008)

Pquestionadas as teses em que se funda a pretensão recursal, cabível o recurso especial.

Discute-se a possibilidade de cobrança executiva lastreada em CDA que, segundo afirma o recorrente, carece de indicação da alíquota aplicável e do período de apuração da dívida.

O Tribunal local, quanto ao aspecto, assim se pronunciou:

A CDA objeto da execução refere-se a débitos de ICMS compreendidos entre os meses de janeiro de 1994 e março de 1999, que não foram pagos pelo contribuinte, por isto que o lançamento em relação aos mesmos se deu de ofício pela autoridade fiscal. (f. 1.835)

(...)

Este entendimento não se sobrepõe àquele, também firmado pelo STJ, de maneira pacificada, no sentido de que a pena de nulidade da inscrição da dívida e da respectiva CDA deve ser interpretada *cum granu salis*, para que não seja declarada em virtude de falhas que não geram prejuízos para o executado promover sua defesa. (f. 1.843)

(...)

No caso, muito embora a Certidão de Dívida Ativa não discrimine a dívida levando em conta os valores cobrados, em relação a cada exercício fiscal, no que toca a principal, juros e multa, tal circunstância não impediu a apelante de exercer plenamente seu direito de defesa, mormente porque tais valores constam de maneira discriminada no processo administrativo que gerou o Auto de Infração n. 392075-2, ao qual teve pleno acesso, tanto que cópia sua consta da documentação juntada à petição inicial dos embargos à execução.

Tanto não houve prejuízo ao exercício do direito de defesa da apelante, que as suas razões, no que toca ao excessivo valor cobrado a título de multa, foram acolhidas pelo Juízo de primeiro grau, que, neste ponto, julgou procedente os embargos. (f. 1.848)

Não é requisito da CDA a indicação da alíquota aplicável ao gravame. A lei exige que dela constem a origem e o fundamento legal da dívida (cf. art. 202, III do CTN), ou seja se é dívida tributária e qual a norma de incidência do gravame, bastando a indicação no título dos enunciados normativos que fundamentam a exigência.

Tampouco a ausência ou equívoco do título por si só causam a sua nulidade, já que esta Corte entende pela manutenção da CDA que não prejudica o devido processo legal, permitindo a ampla defesa do executado. É certo que a participação da parte no processo administrativo de accertamento não elide omissão ou erro que implique em cerceamento de defesa, mas a participação do devedor em contraditório na formação do título executivo atenua a força do argumento pela nulidade por cerceamento de defesa.

Ademais, a pretensão é inviável nesta sede por implicar em reexame de provas. Nesse sentido, dentre outros:

Agravo regimental em agravo de instrumento. Execução fiscal. Exceção de pré-executividade. Notificação de lançamento. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356-STF. Fundamento inatacado do acórdão recorrido. Súmula n. 283-STF. Requisitos de validade da CDA. Reexame de provas. Súmula n. 7-STJ. Agravo improvido.

1. “É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada.” (Súmula do STF, Enunciado n. 282).

(...)

4. A questão relacionada à verificação da liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa - CDA, bem como ao preenchimento dos seus requisitos de validade, implica, para o seu deslinde, o reexame do conjunto fático-probatório constante dos autos, vedado na instância excepcional.

5. Agravo regimental improvido.

(AgRg no Ag n. 1.184.998-RJ, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, julgado em 23.03.2010, DJe 15.04.2010)

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Nulidade da CDA. Incursão no acervo fático-probatório. Súmula n. 7-STJ. Contribuição ao Incra. Exigibilidade. Contribuição previdenciária sobre gratificação natalina. Não-impugnação dos fundamentos do Tribunal de origem. Denúncia espontânea. Art. 138 do CTN. Inaplicabilidade. Honorários advocatícios. Princípio da sucumbência.

1. Rever o entendimento do Tribunal de origem, segundo o qual “a parte embargante não logrou êxito na comprovação do desatendimento aos requisitos constantes no § 5º, do art. 2º da LEF por parte do título executivo, tais como o período da dívida, a sua origem, sua fundamentação legal e seu modo de atualização”, demanda análise do conjunto fático-probatório dos autos.

2. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido, reiteradamente, que a verificação da existência ou não dos requisitos necessários à validade da CDA, em seu aspecto formal, constitui reexame de matéria fática, razão pela qual incide na espécie a Súmula n. 7 do STJ.

(...)

8. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no Ag n. 1.257.294-RS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 06.04.2010, DJe 20.04.2010)

Discute-se, outrossim, a inaplicabilidade do art. 150, § 4º do CTN à hipótese, pois sendo o ICMS tributo sujeito ao lançamento por homologação, o prazo decadencial rege-se pelo citado enunciado, afastando a aplicação do art. 173, I do CTN, ainda que não tenha havido pagamento do crédito.

A aplicação do art. 173, I do CTN pelo acórdão vergastado encontra-se em consonância com a jurisprudência desta Corte, pois inexistiu declaração ou pagamento do tributo, o que inviabiliza a homologação (cf. art. 149, V do CTN) e autoriza o lançamento de ofício, no prazo do art. 173, I do CTN.

Nesse sentido:

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Tributário. Tributo sujeito a lançamento por homologação. Contribuição previdenciária. Inexistência de pagamento antecipado. Decadência do direito de o fisco constituir o crédito tributário. Termo inicial. Artigo 173, I, do CTN. Aplicação cumulativa dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do CTN. Impossibilidade.

1. O prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário (lançamento de ofício) conta-se do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, o mesmo inócurre, sem a constatação de dolo, fraude ou simulação do contribuinte, inexistindo declaração prévia do débito (Precedentes da Primeira Seção: REsp n. 766.050-PR, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 28.11.2007, DJ 25.02.2008; AgRg nos EREsp n. 216.758-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22.03.2006, DJ 10.04.2006; e EREsp n. 276.142-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 13.12.2004, DJ 28.02.2005).

2. É que a decadência ou caducidade, no âmbito do Direito Tributário, importa no perecimento do direito potestativo de o Fisco constituir o crédito tributário pelo lançamento, e, consoante doutrina abalizada, encontra-se regulada por cinco regras jurídicas gerais e abstratas, entre as quais figura a regra da decadência do direito de lançar nos casos de tributos sujeitos ao lançamento de ofício, ou nos casos dos tributos sujeitos ao lançamento por homologação em que o contribuinte não efetua o pagamento antecipado (Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, p. 163-210).

3. O *dies a quo* do prazo quinquenal da aludida regra decadencial rege-se pelo disposto no artigo 173, I, do CTN, sendo certo que o "primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado" corresponde, iniludivelmente, ao primeiro dia do exercício seguinte à ocorrência do fato imponível, ainda que se trate de tributos sujeitos a lançamento por homologação, revelando-se inadmissível a aplicação cumulativa/concorrente dos prazos previstos nos artigos 150, § 4º, e 173, do Codex Tributário, ante a configuração de desarrazoado prazo decadencial decenal (Alberto Xavier, "Do Lançamento no Direito Tributário Brasileiro", 3ª ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2005, p. 91-104; Luciano Amaro, "Direito Tributário Brasileiro", 10ª ed., Ed. Saraiva, 2004, p. 396-400;

e Eurico Marcos Diniz de Santi, "Decadência e Prescrição no Direito Tributário", 3ª ed., Max Limonad, São Paulo, 2004, p. 183-199).

5. *In casu*, consoante assente na origem: (i) cuida-se de tributo sujeito a lançamento por homologação; (ii) a obrigação *ex lege* de pagamento antecipado das contribuições previdenciárias não restou adimplida pelo contribuinte, no que concerne aos fatos imponíveis ocorridos no período de janeiro de 1991 a dezembro de 1994; e (iii) a constituição dos créditos tributários respectivos deu-se em 26.03.2001.

6. Destarte, revelam-se caducos os créditos tributários executados, tendo em vista o decurso do prazo decadencial quinquenal para que o Fisco efetuasse o lançamento de ofício substitutivo.

7. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp n. 973.733-SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12.08.2009, DJe 18.09.2009)

No mesmo sentido: AgRg nos EREsp n. 1.061.128-SC, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Primeira Seção*, julgado em 13.05.2009, DJe 25.05.2009; AgRg no REsp n. 949.060-RS, Rel. Ministro *Francisco Falcão*, *Primeira Turma*, julgado em 09.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 187; REsp n. 963.820-SC, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, *Segunda Turma*, julgado em 27.10.2009, DJe 23.11.2009.

Tampouco viável a irresignação quanto à alegação de ofensa ao art. 110 do CTN, enunciado normativo que estabelece restrições ao exercício da competência tributária pelo legislador do Ente Federativo.

Exemplifica este entendimento o seguinte aresto da 1ª Seção:

Tributário. Processo Civil. Imposto sobre a renda. Regime de tributação. Despesas dedutíveis. Regime de caixa. Depósitos judiciais. Ingressos tributários. Impossibilidade de dedução antes do trânsito em julgado da demanda. Violação a dispositivos constitucionais. Art. 110 do CTN. Matéria constitucional. Incompetência do STJ. Precedentes. Recurso submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução n. 8-STJ.

1. Falece competência ao Superior Tribunal de Justiça para conhecer de supostas violações a enunciados normativos constitucionais.

Precedentes.

2. O art. 110 do CTN estabelece restrições ao exercício da competência tributária pelo legislador do Ente Federativo, matéria nitidamente constitucional, razão pela qual a competência para o exame de sua violação compete ao Supremo Tribunal Federal.

Precedentes.

3. Compete ao legislador fixar o regime fiscal dos tributos, inexistindo direito adquirido ao contribuinte de gozar de determinado regime fiscal.

4. A fixação do regime de competência para a quantificação da base de cálculo do tributo e do regime de caixa para a dedução das despesas fiscais não implica em majoração do tributo devido, inexistindo violação ao conceito de renda fixado na legislação federal.

5. Os depósitos judiciais utilizados para suspender a exigibilidade do crédito tributário consistem em ingressos tributários, sujeitos à sorte da demanda judicial, e não em receitas tributárias, de modo que não são dedutíveis da base de cálculo do IRPJ até o trânsito em julgado da demanda.

6. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

(REsp n. 1.168.038-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 09.06.2010, DJe 16.06.2010)

No mesmo sentido: AgRg nos EREsp n. 747.851-PR, Rel. Ministro *João Otávio de Noronha*, Primeira Seção, julgado em 27.09.2006, DJ 23.10.2006, p. 246; AgRg nos EDcl no REsp n. 1.040.878-SC, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves*, Primeira Turma, julgado em 04.02.2010, DJe 12.02.2010; REsp n. 1.137.033-RJ, Rel. Ministra *Eliana Calmon*, Segunda Turma, julgado em 09.03.2010, DJe 22.03.2010).

Por fim, analiso a incidência do ICMS sobre a atividade de venda de floresta em pé.

O art. 155, II, da CF/1988 estabelece que o ICMS incidirá sobre *operações relativas à circulação de mercadorias*. No mesmo diapasão, dispõe o art. 1º da LC n. 87/1996, no sentido de que o gravame incide *sobre operações relativas à circulação de mercadorias*.

O art. 109 do CTN estabelece diretriz ao aplicador do Direito tributário para que este, ao manejar conceitos, institutos e formas de Direito privado, retenha a conformação que eles guardem no ramo jurídico respectivo, mas apliquem os efeitos determinados pela norma tributária. Em outras palavras, ao aplicador exige-se que ao manejar o conceito de mercadoria pesquise e utilize a significação e o alcance do vocábulo nos termos da legislação aplicável (empresarial), mas aceite a imposição tributária determinada pela lei vigente neste ramo jurídico.

Mercadoria, conforme a doutrina, é o bem móvel, que se submete à mercância, ou seja, que é colocado no mundo do comércio (*in commercium*),

sendo submetido, pois, ao regime de direito mercantil, que se caracteriza pela autonomia das vontades e pela igualdade das partes contratantes. (CARRAZZA, Roque Antônio. *in ICMS*, 6ª ed. São Paulo: Malheiros, 2000, p. 40)

Então, árvores em pé, ainda que sejam revendidas para posterior extração, são mercadorias para os fins legais?

O art. 82 do CC de 2002 dispõe que bens móveis são os bens suscetíveis de movimento próprio, ou de remoção por força alheia, sem alteração da substância ou da destinação econômico-social. Já os imóveis, o solo e tudo quanto se lhe incorporar natural ou artificialmente.

O CC anterior era ainda mais explícito com relação às árvores, dispo no art. 43, I que bens imóveis são o solo com a sua superfície, os seus acessórios e adjacências naturais, compreendendo as árvores e frutos pendentes, o espaço aéreo e o subsolo.

Em princípio, portanto, as árvores são bens imóveis.

Mas e se a venda for realizada com o específico fim de posterior extração pelo adquirente, ou seja, se a venda das árvores levar em conta tão-somente o proveito econômico que possa ter quando extraídas, não seriam elas mercadorias como concluiu o aresto recorrido?

Para resolver de forma atual e contextualizada essa questão, importa verificar em que consiste a atividade de gestão de ativos florestais. Esta atividade compreende uma enorme gama de atividades que envolvem a gestão de recursos ambientais, tais como o manejo florestal sustentado (reservas legais), exploração de produtos da floresta, a pecuária intensiva, a fixação das populações florestais/rurais, a maior geração de empregos e renda, o aproveitamento e otimização dos serviços florestais, a manutenção da cobertura florestal, a sustentabilidade da exploração dos recursos naturais, o controle do rápido crescimento econômico concentrado e acelerado declínio dos recursos ambientais pelo uso predatório dos recursos florestais, o estudo do uso extensivo da terra, do êxodo rural, a baixa eficiência da exploração do solo, o controle do desflorestamento contínuo, propiciando meios de minorar a degradação ambiental, o esgotamento dos recursos naturais, ou seja, é uma área vasta e de relativa novidade, que vê os recursos ambientais como ativos financeiros de enorme e crescente valorização.

Neste sentido, não se pode considerar que a venda de florestas em pé implique em atividade mercantil, pois a venda da floresta não necessariamente implicará no corte das árvores para posterior revenda, ficando tudo a depender

da atividade que está em jogo na operação. Os adquirentes podem comercializar a floresta para gerir os recursos da fauna, da flora, para compensar degradações ambientais, enfim o leque é amplo e tal atividade, por ser nova, deve ser interpretada à luz das recentes alterações promovidas pelo Direito ambiental e pelos mercados, que passaram a prestigiar a *economia verde*.

O Direito tributário atua nesse ramo como indutor, através do agravamento das exações incidentes sobre atividades degradatórias ou fornecendo benefícios fiscais às atividades compensatórias.

Confirmando tais ilações, o RICMS-ES, citado pelo recorrente, traz o extrator como contribuinte do imposto e não o alienante na operação de compra e venda da floresta porque este ainda não praticou o fato gerador da exação, mas apenas a venda de uma propriedade imóvel por ela gerida com uma finalidade ambiental. Contribuinte do imposto, em razão da prática de operação mercantil, é o adquirente que venha a extrair e vender a madeira, mas não será o adquirente que mantiver a floresta em pé para extrair outras riquezas, que não a madeira, para compensar uma perda ambiental ou para explorar o potencial turístico da floresta.

Tributar o adquirente da floresta é tributar etapa anterior da operação mercantil, o que é inadmissível frente ao princípio da estrita legalidade tributária.

Assim, a ação anulatória merece provimento porque inexistente o fato gerador do ICMS na venda de florestas em pé.

Com essas considerações, conheço em parte do recurso e dou-lhe provimento, com a inversão do ônus sucumbencial.

É o voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.175.059-SC (2010/0002939-2)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Fazenda Nacional

Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Wily de Bona

Advogado: Janor Lunardi e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Administrativo. Ofensa ao art. 535 do CPC não configurada. Execução fiscal. Dívida ativa não tributária. Crédito rural. Prescrição. Lei Uniforme de Genebra. Art. 177 do CC/1916. Inaplicabilidade.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. Controverte-se nos autos a respeito da prescrição relativa ao crédito rural adquirido pela União nos termos da Medida Provisória n. 2.196-3/2001.

3. O art. 70 da Lei Uniforme de Genebra, aprovada pelo Decreto n. 57.663/1966, fixa em três anos a prescrição do título cambial. A prescrição da ação cambiária, no entanto, não fulmina o próprio crédito, que poderá ser perseguido por outros meios.

4. A União, cessionária do crédito rural, não está a executar a Cédula de Crédito Rural (de natureza cambiária), mas a dívida oriunda de contrato, razão pela qual pode se valer do disposto no art. 39, § 2º, da Lei n. 4.320/1964 e, após efetuar a inscrição na sua dívida ativa, buscar sua satisfação por meio da Execução Fiscal, nos termos da Lei n. 6.830/1980.

5. No sentido da viabilidade da Execução Fiscal para a cobrança do crédito rural posicionou-se a Seção de Direito Público do STJ, ao julgar, no âmbito dos recursos repetitivos, o REsp n. 1.123.539-RS.

6. Superadas essas questões, permanece uma a ser solucionada: afastado o prazo de prescrição da Lei Uniforme de Genebra, o da aplicabilidade, como pretende a recorrente, do prazo vintenário previsto no Código Civil/1916 e reduzido para 10 anos, nos termos do Novo Código Civil.

7. Defende-se a tese de que existe peculiaridade justificadora da incidência das normas do Código Civil, qual seja o fato de que se trata de crédito de natureza privada, posteriormente cedido à União. Portanto, ao contrário das multas administrativas ou da taxa de ocupação – que representam créditos titularizados, desde o início, pela União, e em torno dos quais se firmou jurisprudência quanto à aplicação

do prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 –, os direitos relativos ao crédito rural são de natureza privada, pois titularizados por instituições financeiras que, posteriormente, cederam seus direitos em favor do ente federativo.

8. A transferência de titularidade não teria o condão de alterar o regime jurídico da prescrição, porquanto na sub-rogação operada viriam em conjunto os mesmos direitos, ações, privilégios e garantias que o primitivo credor possuía em relação à dívida contra o devedor principal e os fiadores (art. 384 do Novo Código Civil).

9. A tese fazendária convida à seguinte reflexão: pode a norma inserta no art. 384 do Código Civil ser aplicada indistintamente quando o cessionário – no caso, a União – exerce suas prerrogativas de Poder Público?

10. Nessa circunstância específica, a questão deveria ser disciplinada exhaustivamente por lei, em função da submissão da Administração Pública ao *princípio da legalidade*.

11. Não há, contudo, previsão legal a respeito da prescrição para cobrança de créditos de natureza privada posteriormente adquiridos pela Fazenda Pública e *por ela submetidos ao regime jurídico administrativo*.

12. *Data venia*, o argumento de que o crédito passou a ser titularizado pela Fazenda Nacional com as mesmas feições iniciais que existiam a favor do Banco do Brasil conduz à perplexidade.

13. Com efeito, se fosse assim, como justificar a inscrição em dívida ativa da União e a utilização da Execução Fiscal para a cobrança de crédito privado? Como aceitar a possibilidade de registro no Cadin e as restrições ao fornecimento de CND quando houver pendências em relação ao crédito privado? E mais: como defender a incidência do Decreto-Lei n. 1.025/1969 na cobrança de crédito privado?

14. Por essa razão, a controvérsia deve ser solucionada com base nos seguintes parâmetros: a) preservação da harmonia do sistema jurídico; e b) falta de direito adquirido ao regime jurídico de cobrança do crédito.

15. Insisto no fato de que não se trata de mera alteração do titular do crédito (sujeito de Direito privado para sujeito de Direito

público), mas sim de alteração no próprio regime jurídico de cobrança do mencionado crédito.

16. Conforme já referido, o STJ firmou orientação de que inexistente ilegalidade ou inconstitucionalidade na cobrança do crédito rural por meio da Execução Fiscal.

17. Ora, se a cobrança do crédito em tela teve alterado o regime jurídico, contra o qual, não me canso de reiterar, não há direito adquirido, deve-se preservar a harmonia do sistema.

18. Por esse motivo, entendo que haveria quebra de unidade – e que inclusive a atuação do Poder Judiciário seria equiparável à do legislador positivo – se, na cobrança de crédito submetido a regime jurídico de direito publicista, fosse adotada a norma concernente à prescrição conforme disciplina do Código Civil. Dito de outro modo, a aplicação de prazo que não o previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 dependeria de expressa previsão do legislador.

19. Assim, de forma a manter coerência com a orientação jurisprudencial do STJ, a prescrição da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, aplicando-se o disposto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

20. Em síntese, por não se tratar de execução de título cambial, e sim de dívida ativa da Fazenda Pública, de natureza não tributária, deve incidir, na forma dos precedentes do STJ, o prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

21. Ainda que se cogitasse de aplicar o prazo trienal, há de se prestigiar o entendimento pacificado no STJ de que a inadimplência de parcela do contrato não antecipa o prazo prescricional, prevalecendo a data de vencimento contratualmente estabelecida.

22. Recurso Especial parcialmente provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista do Sr. Ministro Castro Meira, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por

unanimidade, deu parcial provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.” Os Srs. Ministros Eliana Calmon, Castro Meira (voto-vista) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques.

Brasília (DF), 05 de agosto de 2010 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 1º.12.2010

RELATÓRIO

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:

Cédula rural. Prescrição. Prazo trienal. Lei Uniforme de Genebra.

1. Aplica-se à Cédula Rural o prazo prescricional de três anos, estabelecido na Lei Uniforme de Genebra. Incidência dos artigos 1º, 9º e 60 do Decreto-Lei n. 167/1967, combinados com o art. 70 do Decreto n. 57.663/1966.

2. A Medida Provisória n. 2.196-3/2001, que determinou a cessão dos créditos à União, nada estabeleceu sobre a prescrição ou prorrogação dos vencimentos das dívidas.

3. Apelação improvida.

Os Embargos de Declaração foram rejeitados.

A recorrente alega violação dos arts. 535 e 585 do CPC; do art. 2º da Medida Provisória n. 2.163-3/2001; e do art. 177 do CC/1916. Afirma que o crédito rural, cedido à União, é cobrado mediante Execução Fiscal, não sendo aplicável o prazo prescricional de três anos (ações cambiais), previsto no art. 11 do Decreto-Lei n. 167/1967.

Não foram apresentadas as contra-razões.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 22.01.2010.

Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo ao exame do mérito.

Constatado que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada.

Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram. Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp n. 927.216-RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13.08.2007; e REsp n. 855.073-SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28.06.2007.

Na hipótese dos autos, inexistente omissão relativamente à regra de prescrição contida no art. 177 do CC/1916. O Tribunal de origem expressamente consignou ser aplicável a legislação específica das cédulas de crédito rural, de modo que a matéria deve ser enfrentada no mérito, pois o inconformismo da recorrente com o conteúdo do *decisum* não pode ser equiparado ao vício da omissão.

No mérito, a controvérsia tem por objeto a prescrição da cobrança do crédito rural, adquirido pela União mediante cessão, nos termos da Medida Provisória n. 2.196-3/2001.

É importante registrar, preliminarmente, que o referido crédito era instrumentalizado pela Cédula de Crédito Rural, documento a que a legislação conferiu natureza jurídica de título executivo cambial (arts. 10 e 60 do Decreto-Lei n. 167/1967). Nesse contexto, o prazo de prescrição é trienal, conforme art. 70 da Lei Uniforme de Genebra.

Quanto ao tema em debate, assim se manifestou o Tribunal de origem (fls. 153-154, e-STJ, grifos no original):

A sentença reconheceu a prescrição, fls. 117v-118v, nos seguintes termos, *verbis*:

Da prescrição

Segundo os embargantes entre o vencimento antecipado da dívida (31.12.2002) até a inscrição em dívida ativa (15.08.2006) decorreu prazo superior a 3 anos, tendo ocorrido o prazo prescricional para a propositura da ação para cobrança do crédito.

A dívida em litígio tem origem contratual, trata-se de Cédula Rural e Pignoratória (CRPH 96/70030-0) emitida em favor do Banco do Brasil S.A. em

20.06.1996, com obrigação de pagar a quantia de 60.783 kilos de milhos, em 6 parcelas, com início em 31.10.1997 e vencimento final em 31.10.2002 (fl. 41).

Dito isto, tem-se que o inadimplemento da obrigação (fl. 46) deu início ao decurso do prazo prescricional, na forma do art. 11 do Decreto-Lei n. 167/1967 (Dispõe sobre títulos de crédito rural e dá outras providências), in verbis:

Art. 11. Importa vencimento de cédula de crédito rural independentemente de aviso ou interpelação judicial ou extrajudicial, a inadimplência de qualquer obrigação convencional ou legal do emitente do título ou, sendo o caso, do terceiro prestante da garantia real.

Parágrafo único. Verificado o inadimplemento, poderá ainda o credor considerar vencidos antecipadamente todos os financiamentos rurais concedidos ao emitente e dos quais seja credor.

Por sua vez, o art. 60 do mesmo Decreto-Lei, diz o seguinte:

Aplicam-se à cédula de crédito rural, à nota promissória rural e à duplicata rural, no que forem cabíveis, as normas de direito cambial, inclusive quanto a aval, dispensado porém o protesto para assegurar o direito de regresso contra endossantes e seus avalistas.

Às cédulas de crédito rural aplicam-se, portanto, as disposições da Lei Uniforme.

A jurisprudência do STJ (3ª e 4ª Turma, respectivamente) é unânime a respeito:

Execução. Crédito rural. Prescrição. Prescrição que se regula pelas disposições de Lei Uniforme, em vista do que se contém no art. 60 do DEL n. 167/1967. Recurso não conhecido. (REsp n. 168.414-SP, rel. Min. Costa Leite, DJ 24.08.1998, p. 85)

Comercial. Cédula rural hipotecária. Prescrição. Interrupção do prazo.

I. A prescrição da cédula de crédito rural é regida pela Lei Uniforme.

II. Interposta ação declaratória, interrompe-se a fluência do prazo de prescrição da cédula.

III. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 167.779-SP, rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ 12.02.2001, p. 119).

Nessa linha a Lei Uniforme (Decreto n. 57.663/1966), em seu art. 70, prevê que o prazo prescricional é de três anos a contar do vencimento do título de crédito.

In casu, a cédula de crédito rural estabelecia obrigação de pagar a quantia de 60.783 kilos de milhos, em 6 parcelas, com início em 31.10.1997 e vencimento final em 31.10.2002. A inadimplência importou no vencimento antecipado da dívida, em 31.10.1997.

Diante disso, tem-se que a CRPH n. 96/70030-0 estava prescrita em 31.10.2000, antes mesmo de ser inscrita em dívida ativa. A inscrição em dívida ativa ocorreu apenas em 05.01.2006 (fl. 32).

Destaco que a data da inscrição do débito em dívida ativa, *in casu*, é essencial para a análise da prescrição, na medida em que, nos termos do art. 2º, § 3º da Lei n. 6.830/1980, o prazo prescricional permanece suspenso por 180 (cento e oitenta) dias a partir da inscrição do débito, não se aplicando o art. 174 do CTN, haja vista tratar-se de dívida não-tributária.

(...)

De outro vértice, ainda que se considerasse como marco inicial para o fluxo do prazo prescricional a data de vencimento da última parcela, independentemente da ocorrência de vencimento antecipado da dívida pelo inadimplemento, conforme entendimento exposto no âmbito do Superior Tribunal de Justiça, a cédula de crédito rural pignoratícia e hipotecária estaria prescrita. Iniciado o prazo em 31.10.2002 (data de vencimento final aposto originalmente na cédula), tem-se a prescrição do crédito em 31.10.2005, anteriormente, ainda assim, à inscrição do débito em dívida ativa, em 05.01.2006.

Assim, nos termos da fundamentação supra, declaro a prescrição da cédula de crédito rural exigida, ressalvada à embargada o uso das vias ordinária para fazer valer eventuais direitos.

Conforme se verifica no acórdão hostilizado, houve prorrogação do vencimento da dívida para 31.10.2002 (vencimento da 6ª parcela).

Como não houve pagamento da parcela vencida em 31.10.1997, considerou-se que o prazo prescricional teve início nesta referida data, consumando-se em 31.10.2000.

Em primeiro lugar, devo consignar que a discussão proposta nos autos parte de premissa que reputo equivocada, isto é, incidência da Lei Uniforme de Genebra.

Com efeito, não se pode olvidar que a demanda proposta segue o rito previsto na Lei n. 6.830/1980, ou seja, trata-se de Execução Fiscal da dívida ativa da Fazenda Pública, e não de execução de título cambial.

A prescrição disciplinada no artigo 70 da Lei Uniforme de Genebra não atinge o crédito, mas apenas a utilização da ação cambial.

Note-se que a Fazenda Nacional não está executando o título cambial, isto é, a Cédula de Crédito Rural, mas sim a sua dívida ativa. De fato, a partir do momento em que houve cessão de crédito (do qual a Cédula de Crédito Rural é apenas o documento representativo da dívida), a legislação autorizou a cobrança pelo meio ordinário de recuperação dos créditos da Fazenda Pública, isto é, a Execução Fiscal.

Não há ilegalidade nisso, tendo em vista a inexistência de direito adquirido à utilização de determinado regime jurídico (no caso, de cobrança).

Relembre-se que o crédito rural surgiu do contrato estabelecido, originalmente, entre a instituição financeira e o recorrido, razão pela qual se amolda ao conceito de dívida ativa não tributária, previsto no art. 39, § 2º, da Lei n. 4.320/1964:

§ 2º. ...e Dívida Ativa não Tributária são os demais créditos da Fazenda Pública, tais como os provenientes de empréstimos compulsórios, contribuições estabelecidas em lei, multa de qualquer origem ou natureza, exceto as tributárias, foros, laudêmios, alugueis ou taxas de ocupação, custas processuais, preços de serviços prestados por estabelecimentos públicos, indenizações, reposições, restituições, alcances dos responsáveis definitivamente julgados, bem assim os créditos decorrentes de obrigações em moeda estrangeira, de subrogação de hipoteca, fiança, aval ou outra garantia, de *contratos em geral* ou de outras obrigações legais. (grifei)

Assim, ainda que prescrita a ação cambial, o crédito pode ser satisfeito por outros meios.

Normalmente, seria necessário o ajuizamento de Ação Ordinária, o que não ocorre na hipótese dos autos porque a legislação que disciplinou a cessão do crédito rural previu a possibilidade de inscrição em dívida ativa da União, bem como a inexistência de prejuízo para a parte devedora, que, nos Embargos à Execução Fiscal, poderá deduzir toda a matéria útil à defesa (art. 16, § 2º, da Lei n. 6.830/1980), tal qual ocorre no processo de conhecimento.

Registro, ademais, que a Seção de Direito Público do STJ pacificou, no julgamento do Recurso Especial n. 1.123.539-RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), o entendimento de que o crédito rural pode ser exigido no rito da Execução Fiscal. Transcrevo a respectiva ementa:

Tributário. Recurso especial representativo de controvérsia. Art. 543-C, do CPC. Embargos à execução fiscal. Cédula rural hipotecária. MP n. 2.196-3/2001. Créditos originários de operações financeiras cedidos à União. MP n. 2.196-3/2001. Dívida Ativa da União. Violação do art. 535 do CPC não configurada. Violação do art. 739-A do CPC. Ausência de prequestionamento. Súmulas n. 282 e 356 do c. STF.

1. Os créditos rurais originários de operações financeiras, alongadas ou renegociadas (cf. Lei n. 9.138/1995), cedidos à União por força da Medida Provisória n. 2.196-3/2001, estão abarcados no conceito de Dívida Ativa da União para efeitos de execução fiscal - não importando a natureza pública ou privada dos créditos em si -, conforme dispõe o art. 2º e § 1º da Lei n. 6.830/1990, *verbis*: "Art. 2º Constitui Dívida Ativa da Fazenda Pública aquela definida como tributária ou não-tributária na Lei n. 4.320, de 17 de março de 1964, com as alterações posteriores, que estatui normas gerais de direito financeiro para elaboração e controle dos orçamentos e balanços da União, dos Estados, dos Municípios e do Distrito Federal. § 1º. Qualquer valor, cuja cobrança seja atribuída por lei às entidades de que trata o art. 1º, será considerado Dívida Ativa da Fazenda." 2. Precedentes: REsp n. 1.103.176-RS, Rel. Ministro *Benedito Gonçalves, Primeira Turma*, julgado em 26.05.2009, DJ 08.06.2009; REsp n. 1.086.169-SC, Rel. Ministra *Denise Arruda, Primeira Turma*, julgado em 17.03.2009, DJ 15.04.2009; AgRg no REsp n. 1.082.039-RS, Rel. Ministro *Mauro Campbell Marques, Segunda Turma*, julgado em 23.04.2009, DJ 13.05.2009; REsp n. 1.086.848-RS, Rel. Ministra *Eliana Calmon, Segunda Turma*, julgado em 18.12.2008, DJ 18.02.2009; REsp n. 991.987-PR, Rel. Ministro *Herman Benjamin, Segunda Turma*, julgado em 16.09.2008, DJe 19.12.2008.

3. O art. 535 do CPC resta incólume se o Tribunal de origem, embora sucintamente, pronuncia-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

4. O requisito do prequestionamento é indispensável, por isso que inviável a apreciação, em sede de recurso especial, de matéria sobre a qual não se pronunciou o Tribunal de origem, incidindo, por analogia, o óbice das Súmulas n. 282 e 356 do STF.

5. *In casu*, o art. 739-A do CPC não foi objeto de análise pelo acórdão recorrido, nem sequer foi cogitado nas razões dos embargos declaratórios, com a finalidade de prequestionamento, razão pela qual impõe-se óbice intransponível ao conhecimento do recurso quanto ao aludido dispositivo.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ n. 8/2008.

(REsp n. 1.123.539-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 09.12.2009, DJe 1º.02.2010)

Superadas essas questões, permanece uma última a ser solucionada: afastado o prazo de prescrição da Lei Uniforme de Genebra, seria aplicável, como pretende a recorrente, o prazo vintenário previsto no Código Civil/1916 e reduzido para 10 anos, nos termos do Novo Código Civil?

Na brilhante sustentação oral realizada pelo Procurador da Fazenda Nacional, Dr. Rafael Amaral Amador dos Santos, defendeu-se haver peculiaridade justificadora da aplicação das normas do Código Civil, qual seja o fato de que se trata de crédito de natureza privada, posteriormente cedido à União.

Dito de outro modo, ao contrário das multas administrativas ou da taxa de ocupação, que representam créditos titularizados, desde o início, pela União, e em torno dos quais se firmou jurisprudência no sentido de aplicação do prazo prescricional previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932, os direitos relativos ao crédito rural são de natureza privada, pois titularizados por instituições financeiras que, posteriormente, cederam seus direitos em favor do ente federativo.

A transferência de titularidade, no entanto, não teria o condão de alterar o regime jurídico da prescrição, pois na sub-rogação operada viriam em conjunto os mesmos direitos, ações, privilégios e garantias que o primitivo credor possuía em relação à dívida, contra o devedor principal e os fiadores (art. 384 do Novo Código Civil).

O argumento é sedutor, mas peca por deixar de levar em conta a existência de outra peculiaridade: a norma inserta no Código Civil pode ser aplicada indistintamente quando o cessionário – no caso, a União – exerce suas prerrogativas de Poder Público?

Entendo que, nessa circunstância específica, a questão deveria ser disciplinada exhaustivamente por lei, em função da submissão da Administração Pública ao *princípio da legalidade*.

Ocorre que, como sustentou oralmente a recorrente, inexistente previsão legal a respeito da prescrição para a cobrança de créditos de natureza privada posteriormente adquiridos pela Fazenda Pública e por ela são submetidos ao regime jurídico administrativo.

Com a devida vênia, entendo contraditório o argumento sustentado de que a “transferência desse crédito se operou com a mesma natureza do crédito

original. O crédito passou a ser titularizado pela Fazenda Nacional com as mesmas feições iniciais que existiam a favor do Banco do Brasil”.

Se fosse assim, como justificar a inscrição em dívida ativa da União e a utilização da Execução Fiscal para a cobrança de crédito privado? Como aceitar a possibilidade de registro no Cadin e as restrições ao fornecimento de CND quando houver pendências em relação ao crédito privado? E mais: como defender a incidência do Decreto-Lei n. 1.025/1969 na cobrança de crédito privado?

Insisto, portanto, na questão do regime jurídico: não se trata de mera alteração do titular do crédito (sujeito de direito privado para sujeito de direito público), mas de alteração no próprio regime jurídico de cobrança do mencionado crédito.

Conforme já referido, o STJ já firmou orientação no sentido de não haver ilegalidade ou inconstitucionalidade na cobrança do crédito rural por meio da Execução Fiscal.

Ora, se a cobrança do crédito em tela teve alterado o regime jurídico, contra o qual, não me canso de reiterar, inexistente direito adquirido, deve ser preservada a harmonia do sistema.

Por essa razão, entendo que haveria quebra de unidade – e que inclusive a atuação do Poder Judiciário seria equiparável à do legislador positivo – se, na cobrança de crédito submetido a regime jurídico de direito publicista, fosse adotada a norma referente à prescrição conforme disciplina do Código Civil.

Dito de outro modo, a aplicação de prazo que não o previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932 dependeria de expressa previsão do legislador.

Assim, por questão de coerência com a orientação jurisprudencial do STJ, a prescrição da dívida ativa de natureza não tributária é quinquenal, aplicando-se o disposto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932:

Embargos de divergência. Tributário. Execução fiscal. Terrenos de marinha. Taxa de ocupação. Prescrição e decadência.

1. O art. 47 da Lei n. 9.636/1998 instituiu a prescrição quinquenal para a cobrança da taxa de ocupação de terreno de marinha. A Lei n. 9.821/1999, que passou a vigorar a partir do dia 24 de agosto de 1999, estabeleceu em cinco anos o prazo decadencial para constituição do crédito, mediante lançamento, mantendo-se o prazo prescricional quinquenal para a sua exigência. Com o advento da Lei n. 10.852/2004, publicada em 30 de março de 2004, houve nova

alteração do art. 47 da Lei n. 9.636/1998, para estender o prazo decadencial de cinco para dez anos, mantido o lapso prescricional de cinco anos, a ser contado do lançamento.

2. No período anterior à vigência da Lei n. 9.636/1998, em razão da ausência de previsão normativa específica, deve-se aplicar o prazo de prescrição quinquenal previsto no art. 1º do Decreto n. 20.910/1932.

Orientação da Primeira Seção nos EREsp n. 961.064-CE, julgado na sessão de 10 de junho de 2009.

3. A relação de direito material que dá origem à taxa de ocupação de terrenos de marinha é regida pelo Direito Administrativo, tornando inaplicável a prescrição de que trata o Código Civil.

4. Assim, o prazo prescricional para a cobrança da taxa de ocupação de terrenos de marinha é de cinco anos, independentemente do período considerado.

5. Embargos de divergência não providos.

(EREsp n. 961.064-CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Rel. p/ acórdão Ministro Castro Meira, Primeira Seção, julgado em 10.06.2009, DJe 31.08.2009)

Sob esse enfoque, o termo inicial da prescrição corresponde ao dia seguinte em que venceu a última parcela (30.10.2002), isto é, 1º.11.2002, e, na forma do art. 174, parágrafo único, I, do CTN, com a redação dada pela Lei Complementar n. 118/2005, a prescrição somente terá ocorrido se o despacho que ordenou a citação for posterior a 31.10.2007.

Sucedo que o Tribunal *a quo* analisou apenas a data da inscrição em dívida ativa, 05.01.2006, para os efeitos do art. 2º, § 3º, da Lei n. 6.830/1980, sem especificar a data em que ocorreu o ato de interrupção da prescrição (no caso, o despacho que ordenou a citação).

Relembro que, ainda que se adotasse a tese de que a prescrição é trienal, a jurisprudência do STJ prestigia a interpretação de que o inadimplemento do devedor não pode prejudicar o credor, no sentido de antecipar o termo inicial da prescrição. Em outras palavras, a prescrição deve ser contada a partir da data de vencimento da Cédula de Crédito Rural, isto é, 31.10.2002. Cito precedentes:

Processo Civil. Execução. Prescrição. Cédula de crédito rural. Inadimplemento. Vencimento antecipado da obrigação contraída. Prescrição trienal para propositura da ação executiva. Termo inicial. Data do vencimento que consta na cédula rural pignoratícia. Pretendida reforma. Agravo regimental improvido.

- O marco inicial para a contagem da prescrição da ação cambial é a data estabelecida na cártula, pois, segundo a "orientação desta Corte (REsp n. 650.822-

RN, Rel. Min. Carlos Alberto Menezes Direito, DJU de 11.04.2005), é que mesmo com o vencimento antecipado do título, permanece inalterado o marco inicial para a prescrição, que é a data constante originalmente na cártula" (REsp n. 802.688-SP, 4ª Turma, Rel. Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 1º.08.2006). Igual raciocínio colhe-se da afirmação de que "o vencimento antecipado das obrigações contraídas, não altera o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da ação cambial, que deve ser iniciada a partir do vencimento do título, como determina a Lei Uniforme" (REsp n. 439.427-SP, 3ª Turma, Rel. Min. Humberto Gomes de Barros, DJ de 02.09.2005). Na mesma linha assim decidiu recentemente a Quarta Turma: REsp n. 659.290-MT, deste Relator, DJ de 1º.11.2006 e AgReg no REsp n. 802.688-RS, Relator Min. Aldir Passarinho Junior, DJ de 26.02.2007).

- Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp n. 628.723-RS, Rel. Ministro Hélio Quaglia Barbosa, Quarta Turma, julgado em 20.03.2007, DJ 16.04.2007, p. 203)

Regimental. Título de crédito. Prescrição. Vencimento antecipado. Literalidade.

- O vencimento antecipado das obrigações contraídas, não altera o termo inicial para a contagem do prazo prescricional da ação cambial, que se conta do vencimento do título, tal como inscrito na cártula.

- Proposta a ação no prazo fixado para seu exercício, o autor não pode ser apenado com a prescrição, por culpa do aparelho judiciário que se atrasou em efetivar a citação.

(AgRg no REsp n. 439.427-SP, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Terceira Turma, julgado em 25.09.2006, DJ 30.10.2006, p. 292)

Com essas considerações, *dou parcial provimento ao Recurso Especial e determino que o Tribunal de origem examine a ocorrência da prescrição com base nas premissas acima fixadas.*

É como voto.

VOTO-VISTA

Ementa: Processual Civil. Execução fiscal. Dívida ativa não-tributária. Crédito rural. Cessão. MP n. 2.163-3/2001. Cobrança. Prazo prescricional.

1. Com o advento da Medida Provisória n. 2.163-3/2001, a União ficou autorizada a adquirir do Banco do Brasil S/A, por meio de cessão, créditos rurais constantes de cédulas de natureza cambial. Sucede que a partir do momento em que a União passa a titularizar

esses créditos, promovendo também a inscrição em dívida ativa, o rito da execução fiscal plasmado na Lei n. 6.830/1980 surge como instrumento hábil à cobrança dos débitos – como ficou consagrado no REsp n. 1.123.539-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1º.02.2010, acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC.

2. Nesse passo, a cobrança desenvolvida nos presentes autos não se respalda na cédula cambial, mas na dívida ativa regularmente inscrita, de sorte que o prazo de 3 (três) anos insculpido na Lei Uniforme de Genebra não mais importa para a solução da demanda. Isto porque essa prescrição sabidamente atinge apenas a ação cambial, impedindo que o credor valha-se desse instrumento processual sem tolher, saliente-se, a cobrança por outros meios admitidos pelo ordenamento pátrio.

3. Entretanto, o Fisco não pode mesclar as prerrogativas inerentes à execução fiscal com os elementos do regime civil que lhe aprouverem, dentre eles o prazo prescricional alargado.

4. Perfilhar esse entendimento significaria proporcionar à Fazenda Pública “*o melhor de dois mundos*”, de forma que o crédito civil que passasse a sua titularidade permaneceria com propriedades originais salutares ao interesse do Fisco e ficaria sob a regência da Lei n. 6.830/1980 e respectivas prerrogativas, num favorecimento desequilibrado e sem lastro legal que não pode receber a aprovação do Judiciário.

5. A chancela de um regime híbrido, no qual a cobrança seria promovida por meio de execução fiscal e, simultaneamente, sujeitaria-se ao prazo prescricional de uma dívida de natureza civil, denotaria uma completa subversão da sistemática estabelecida na Lei n. 6.830/1980.

6. Tal conclusão resultaria num amálgama de regimes que atenta contra o princípio da isonomia entre o Fisco e os contribuintes e que se situa à margem de qualquer previsão em lei, porquanto a MP n. 2.163-3/2001 não excepcionou a regra geral do prazo da prescrição das dívidas não-tributárias, cobradas por meio de execução fiscal.

7. Como o Tribunal *a quo* não emitiu qualquer consideração no tocante ao marco inicial do cômputo da prescrição – despacho ordenando a citação do executado –, faz-se mister o retorno dos autos à origem para que a demanda seja novamente examinada a partir das balizas ora firmadas.

8. Recurso especial provido em parte, acompanhando o Sr. Ministro Relator.

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de recurso especial interposto com amparo na alínea **a** do permissivo constitucional contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 4ª Região, nestes termos ementado:

Cédula rural. Prescrição. Prazo trienal. Lei Uniforme de Genebra.

1. Aplica-se à Cédula Rural o prazo prescricional de três anos, estabelecido na Lei Uniforme de Genebra. Incidência dos artigos 1º, 9º e 60 do Decreto-Lei n. 167/1967, combinados com o art. 70 do Decreto n. 57.663/1966.

2. A Medida Provisória n. 2.196-3/2001, que determinou a cessão dos créditos à União, nada estabeleceu sobre a prescrição ou prorrogação dos vencimentos das dívidas.

3. Apelação improvida (e-STJ fl. 152).

Invocando contrariedade ao art. 2º da Medida Provisória n. 2.163-3/2001, ao art. 585 do Código de Processo Civil-CPC e ao art. 177 do Código Civil de 1916, a ora recorrente alega que não se trata da execução da cédula de crédito rural propriamente dita, mas sim da cobrança por meio de execução fiscal do crédito cedido à União e que por possuir natureza não-tributária estaria submetido à prescrição geral de 20 (vinte) anos estipulada no vetusto Código Civil, e não ao prazo de 3 (três) anos das ações cambiais.

Sem contrarrazões.

Admitido o apelo nobre, subiram os autos a esta Corte.

Em voto apresentado na assentada de 04.03.2010, o eminente Sr. Ministro Herman Benjamin promoveu um detalhado estudo do regime prescricional aplicável às ações cambiais e às execuções fiscais para dar provimento em parte ao apelo nobre com respaldo nas seguintes conclusões:

a) a cessão de crédito decorrente da Medida Provisória n. 2.163-3/2001 torna admissível a cobrança da dívida por meio de execução fiscal, haja vista que inexistiu direito adquirido à utilização de determinado regime jurídico;

b) por se tratar de execução fiscal, o caso vertente é regulado pela Lei n. 6.830/1980, e não pela Lei Uniforme de Genebra, já que a prescrição disposta nesse último diploma diz respeito apenas à utilização da ação cambial, e não ao crédito em si;

c) nesse passo, dada a inexistência de disposição legal expressa a respeito do novo prazo prescricional a ser aplicado e sabendo-se que houve uma mudança por inteiro no regime jurídico de cobrança do crédito, deveria incidir o lustro estatuído no Decreto n. 20.910/1932;

d) levando-se em consideração que a Corte de origem não se manifestou acerca da data em que foi proferido o despacho ordenando a citação do recorrido – ato interruptivo do prazo prescricional –, determinou-se o retorno dos autos à instância ordinária para que se analise a prescrição a partir dessas novas premissas firmadas.

Por versar sobre matéria inédita na Seção de Direito Público desta Corte e em virtude da repercussão que o entendimento que vier a ser adotado terá sobre outras hipóteses em que eventualmente se opere a cessão de crédito privado a ente estatal, solicitei vista antecipada dos autos para analisar a matéria com a profundidade reclamada, ao par que aproveite o ensejo para pedir escusas pela demora em retomar o julgamento da demanda.

Após refletir longamente sobre o tema, tenho por irrepreensível o posicionamento estampado no cuidadoso voto do Ministro relator.

Como é cediço, com o advento da Medida Provisória n. 2.163-3/2001, a União ficou autorizada a adquirir do Banco do Brasil S/A, por meio de cessão, créditos rurais constantes de cédulas de natureza cambial. Sucede que a partir do momento em que a União passa a titularizar esses créditos, promovendo também a inscrição em dívida ativa, o rito da execução fiscal plasmado na Lei n. 6.830/1980 surge como instrumento hábil à cobrança dos débitos – como ficou consagrado no REsp n. 1.123.539-PR, Rel. Min. Luiz Fux, DJe 1º.02.2010, acórdão submetido ao art. 543-C do CPC.

Nesse passo, a cobrança desenvolvida não se respalda na cédula cambial, mas na dívida ativa regularmente inscrita, de sorte que o prazo de 3 (três) anos insculpido na Lei Uniforme de Genebra não mais importa para a solução da demanda. Isto porque essa prescrição sabidamente atinge apenas a ação cambial, impedindo que o credor valha-se desse instrumento processual sem tolher, saliente-se mais uma vez, a cobrança por outros meios admitidos pelo ordenamento pátrio.

Em outras palavras, a cessão de crédito para a União implicou a modificação do regime jurídico da cobrança e, por conseguinte, atraiu as diversas características que são próprias das execuções regidas pela Lei n.

6.830/1980. Como assinalado com propriedade pelo ilustre Ministro relator, crédito da Fazenda Pública proveniente de contrato firmado entre a instituição financeira e o ora recorrido enquadra-se na definição de dívida ativa não-tributária desenhado no art. 39, § 2º, da Lei n. 4.320/1964.

Nesse raciocínio, assim como o devedor não pode se calcar nas peculiaridades do título de crédito para sustentar a prescrição da ação cambial, porquanto houve a transmutação do regime jurídico de cobrança, o Fisco igualmente não pode mesclar as prerrogativas inerentes à execução fiscal com os elementos do regime civil que lhe aprouverem, dentre eles o prazo prescricional alargado.

Com efeito, perfilhar esse entendimento significaria proporcionar à Fazenda Pública “*o melhor de dois mundos*”, de forma que o crédito civil que passasse a sua titularidade permaneceria com propriedades originais salutares ao interesse do Fisco e ficaria sob a regência da Lei n. 6.830/1980 e respectivas prerrogativas, num favorecimento desequilibrado e sem lastro legal que não pode receber a aprovação do Judiciário.

Realmente, a subsistência das características originais do crédito privado mostra-se incompatível com uma situação na qual a Fazenda Pública invoca suas prerrogativas para cobrança, dentre as quais se sobressai o rito da execução fiscal. Portanto, atrai-se a regra geral de que o Fisco dispõe de cinco anos para cobrar as dívidas não-tributárias – a exemplo da espécie –, como espelham os seguintes julgados desta Corte:

Processual Civil. Agravo regimental. Agravo de instrumento. Dívida de natureza não-tributária. Prescrição. Prazo quinquenal. Decreto n. 20.919/1932. Acórdão recorrido em consonância com jurisprudência do STJ. Agravo não-provido.

1. A pretensão posta no recurso especial obstado é contrária à jurisprudência do STJ, firmada no sentido de que prazo prescricional para dívidas de natureza não-tributária é quinquenal, nos termos do art. 1º do Decreto n. 20.919/1932.

2. Aresto a quo em consonância com jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

3. Agravo regimental não-provido (AgA n. 968.631-SP, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 04.03.2009);

Execução fiscal. Dívida não-tributária. Prescrição quinquenal. Decreto n. 20.910/1932. Aplicação da Súmula n. 106-STJ. Morosidade da justiça. Inocorrência.

I - Esta Corte tem jurisprudência pacífica no sentido de que o prazo prescricional para a Fazenda cobrar dívidas não-tributárias é quinquenal, em observância ao que dispõe o art. 1º do Decreto n. 20.910/1932. Trata-se de um conflito aparente de normas sanado pelo princípio da especialidade. Precedentes: REsp n. 860.691-PE, Rel. Min. *Humberto Martins*, DJ de 20.10.2006; REsp n. 840.368-MG, Rel. Min. *Francisco Falcão*, DJ de 28.09.2006; REsp n. 539.187-SC, Rel. Min. *Denise Arruda*, DJ de 03.04.2006; REsp n. 905.932-RS, Rel. Min. *José Delgado*, DJ de 28.06.2007.

II- O pedido de citação por edital foi indeferido. Portanto, não houve morosidade da justiça nos presentes autos, como pretendia demonstrar o recorrente. Este, à época, deveria ter manejado um agravo de instrumento caso entendesse estar incorreta a decisão. Acreditando que estaria pendente de decisão seu pedido citatório, a exeqüente ficou inerte enquanto o prazo prescricional escoou *in albis*.

III - Agravo regimental improvido (AgREsp n. 1.055.116-RJ, Rel. Min. Francisco Falcão, DJe 1º.09.2008).

Vale repetir que a chancela de um regime híbrido, no qual a cobrança seria promovida por meio de execução fiscal e, simultaneamente, sujeitaria-se ao prazo prescricional de uma dívida de natureza civil, denotaria uma completa subversão da lógica que permeia a sistemática estabelecida na Lei n. 6.830/1980 e, outrossim, do princípio da legalidade.

De fato, tal conclusão resultaria num amálgama de regimes que atenta contra a isonomia entre o Fisco e os contribuintes e que se situa à margem de qualquer previsão legal, porquanto a MP n. 2.163-3/2001 não excepcionou a regra geral do prazo prescricional das dívidas não-tributárias, cobradas por meio de execução fiscal.

Por fim, como o Tribunal *a quo* não emitiu qualquer consideração no tocante ao marco inicial do cômputo da prescrição – despacho ordenando a citação do executado –, faz-se mister o retorno dos autos à origem para que a demanda seja novamente examinada a partir das balizas ora firmadas.

Com essas rápidas considerações, acompanho o eminente Sr. Ministro Herman Benjamin e *dou provimento em parte ao recurso especial*.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL N. 1.198.848-CE (2010/0115094-9)

Relator: Ministro Cesar Asfor Rocha

Recorrente: Igor Aragão Brilhante

Advogado: Tarcísio Brilhante de Holanda e outro(s)

Recorrido: Estado do Ceará

Procurador: Adonias Ribeiro de Carvalho Neto e outro(s)

EMENTA

Recurso especial. Concurso público. Magistratura. Comprovação de efetivo exercício de atividade jurídica. Momento. Resolução n. 11 do CNJ: dissídio comprovado. Recurso provido.

– Tendo o edital do concurso público para magistratura antecedido a exigência constitucional de efetivo exercício de atividade jurídica por três anos para ingresso na carreira, possível a comprovação desse período no momento da posse, conforme expressamente dispôs o art. 7º da Resolução n. 11 do CNJ.

Recurso especial conhecido e provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de fevereiro de 2011 (data do julgamento).

Ministro Cesar Asfor Rocha, Relator

DJe 16.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha: Trata-se de recurso especial interposto por Igor Aragão Brilhante, com fundamento na alínea **c** do permissivo constitucional, contra acórdão da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Ceará que, ao reformar a r. sentença, assim sumariou a sua fundamentação:

Apelação cível. Concurso público. Cargo de Juiz Substituto de 1ª Entrância do Estado do Ceará. Requisito para inscrição. Exigência editalícia de três anos de atividade jurídica quando do momento da inscrição definitiva. Ilegalidade. Inocorrência. Constitucionalidade. AI n. 3.460-0/DF. Enunciado n. 266 da Súmula do STJ. Não aplicabilidade ao caso em tela. Apelação conhecida e provida.

O recorrente relata que foi aprovado nas primeiras fases do concurso público para provimento do cargo de Juiz Substituto de Primeira Entrância, regulado pelo Edital n. 172/2004-TJCE, de 25 de novembro de 2004. Por força de liminar, posteriormente confirmada na sentença, teve assegurado o direito de comprovar o período de prática forense apenas por ocasião da posse. O concurso foi homologado em 12 de janeiro de 2006, alguns dias antes da entrada em vigor da Resolução CNJ n. 11, de 31 de janeiro de 2006.

Diz também que o Tribunal de Justiça, ao julgar improcedente o pedido, considerou que a Emenda Constitucional n. 45/2004, regulada pela Resolução n. 11 do Conselho Nacional de Justiça, estabeleceu o momento da inscrição definitiva como marco para comprovação da prática forense. Com isso, teria divergido de julgados de outros tribunais que, em relação aos concursos públicos cujos editais de abertura foram publicados antes da vigência da Resolução n. 11 do CNJ, consideraram ilegítima a exigência de comprovação dos três anos de atividade jurídica no ato da inscrição definitiva no certame.

Não houve contrarrazões do Estado.

O Ministério Público Federal, pelo parecer de fls. 329 a 345, opinou pelo provimento do recurso.

É o breve relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha (Relator): Registro, inicialmente, que o recurso preenche os requisitos de admissibilidade, demonstrando a existência de

divergência jurisprudencial acerca da questão jurídica posta e o desacerto do v. aresto recorrido na sua análise, merecendo ser conhecido e provido.

Conforme já relatado, trata-se de demanda em que o autor, ora recorrente, pretende o reconhecimento do seu direito à inscrição definitiva no concurso público para provimento do cargo de juiz de direito substituto do Estado do Ceará, sob o fundamento de que a exigência prevista no Edital de comprovação de efetivo exercício de atividade jurídica por três anos seria legítima, apenas, no ato da posse, e não no ato da inscrição definitiva.

O pedido foi julgado procedente em primeiro grau (fls. 101-106), confirmando, assim, a decisão liminar proferida no feito a qual permitiu que o autor prosseguisse no certame com base em julgados do STJ e do STF (fls. 53-57).

O egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Ceará, no entanto, reformou a r. sentença ao entendimento de que a exigência de comprovação da atividade jurídica *no ato da inscrição definitiva* teria respaldo na Resolução n. 11 do CNJ. Amparou-se também em acórdão do STF (ADI n. 3.460-DF) de 31.08.2006, que julgou ser constitucional a Resolução n. 55/2004 do Conselho Superior do Ministério Público Federal, a qual exigia os três anos de atividade jurídica e a sua comprovação no momento da inscrição definitiva no concurso público.

Nesse contexto, importante traçar o delineamento fático do caso concreto, que é essencial ao deslinde da controvérsia devolvida ao STJ neste recurso especial.

Vejamos.

O edital de abertura do concurso público a que se submeteu o recorrente foi publicado em 25.11.2004 (Edital n. 172/2004 - TJCE); o edital de convocação para inscrição definitiva em 14.04.2005 (Edital n. 42/2005 - TJCE), o recorrente completou a atividade jurídica em 26.12.2005 e a homologação do resultado definitivo do certame ocorreu em 12.01.2006.

Paralelamente, tem-se a Emenda Constitucional n. 45, que entrou em vigor em 31.12.2004, a dispor que o ingresso na carreira da magistratura exige do bacharel em direito, no mínimo, três anos de atividade jurídica, e a Resolução n. 11 do CNJ, editada com o fim de explicitar o alcance da referida norma constitucional, datada de 31.01.2006 (esta alterada pela Resolução n. 118, de

03 de agosto de 2010, mas que em nada modificou a redação dos artigos que importam ao deslinde desta controvérsia).

Verifica-se, assim, que os dois editais do concurso, o de abertura e o de inscrição definitiva, antecederam à Resolução n. 11 do CNJ, não obstante o segundo ter sido editado sob a égide da nova disposição constitucional.

Nos termos dos precedentes do STF, os editais podem ser modificados em razão da alteração da legislação (RE n. 290.346-MG e RE n. 318.106-8-RN). Portanto, não se questiona aqui a exigência propriamente dita de comprovação da atividade jurídica pelos três anos, inserida no segundo edital, mas tão somente o momento dessa comprovação.

A norma constitucional não definiu expressamente o momento da comprovação da nova exigência. O CNJ, em razão de inúmeras provocações administrativas, entendeu necessário delimitar o alcance da norma, editando, assim, a mencionada Resolução n. 11 do CNJ, que, em seu art. 5º, dispôs:

Art. 5º A comprovação do período de três anos de atividade jurídica de que trata o artigo 93, I, da Constituição Federal, deverá ser realizada por ocasião da inscrição definitiva no concurso.

O Tribunal de origem aplicou o citado normativo, porém, olvidou-se de que a regra não tem aplicabilidade aos concursos cujos editais foram publicados antes da sua vigência, conforme expressamente dispõe o art. 7º do mesmo ato do CNJ:

Art. 7º A presente resolução não se aplica aos concursos cujos editais já tenham sido publicados na data em que entrar em vigor.

Ora, a norma é válida e foi editada por órgão competente, sem questionamentos na Suprema Corte. Deve ser acatada por todos os tribunais e aplicada por inteiro. Não cabe, por óbvio, a sua aplicação apenas *in malam partem*.

A se entender possível uma interpretação segmentada da resolução, estar-se-ia negando o papel do CNJ, permitindo o casuísmo, a concretização de decisões contraditórias para situações jurídicas semelhantes, enfim o caos e a total insegurança jurídica.

Observe-se que o ilustre Sub-Procurador Geral da República, Dr. José Flaubert Machado Araújo, em sua judiciosa manifestação, enfatiza:

Equivocou-se, todavia o Tribunal de origem.

Na hipótese dos autos, o edital do certame foi publicado em 25.11.2004, antes da vigência da EC n. 45/2004, que alterou a redação do art. 93, I, da Constituição Federal, para exigir como requisito de ingresso na carreira da Magistratura três anos de atividade jurídica, e também antes da vigência da Resolução n. 11/2006 do Conselho Nacional de Justiça, que regulamentou a referida norma constitucional e cujo artigo 5º estipulou que a comprovação do requisito em comento “deverá ser realizada por ocasião da inscrição definitiva no concurso”.

Ocorre que a Resolução n. 11/2006 do CNJ trouxe, em seu artigo 7º, ressalva expressa no sentido de que “A presente resolução não se aplica aos concursos cujos editais já tenham sido publicados na data em que entrar em vigor”, justamente o que ocorreu na hipótese dos autos.

Destaca, ainda, as ponderações feitas pelo eminente Ministro Gilmar Mendes que externou preocupação com as implicações do julgamento nas situações aperfeiçoadas à luz da disciplina legal e do entendimento jurisprudencial. Transcreve o seguinte excerto do voto do Ministro:

(...) Tenho a impressão, como já decidimos até em relação a outros casos, - aqui não se trata de dar efeito *ex nunc*, porque será uma declaração de improcedência-, de que, como já disse até em uma outra jurisprudência do Tribunal, os casos fronteiros serão resolvidos topicamente, ou o Procurador-Geral, no caso do concurso do Ministério Público, saberá resolver.

De modo que isso vai depender do caso concreto. Aquela separação de planos que fazemos: uma questão é a da aplicação da lei, outra é a concreta. Eventualmente que, se alguém já fez concurso, obteve liminar, haverá o julgamento, tendo em vista a justiça no caso concreto. Não me parece que com isso estejamos a sonegar a esses jovens que eventualmente fizeram o concurso e estão na iminência da posse o direito de ingressar, consideradas as controvérsias que se tenham instauradas nos concursos anteriores (...) (grifo nossos).

Concluiu, então, o *parquet*:

[...] esse entendimento permite a mesma ressalva, a fim de conciliá-lo com a norma do artigo 7º da Resolução n. 11/2006 do CNJ, que resguarda hipóteses como a dos autos, em que o edital do concurso público para ingresso na carreira da Magistratura foi publicado antes da entrada em vigor do referido diploma, e também antes do julgamento da ADI n. 3.460-DF.

[...]

Portanto, merece acolhida a pretensão do Recorrente de reforma do Acórdão

recorrido, para que lhe seja assegurado o direito de comprovar o tempo de prática jurídica, completado em 26.12.2005, por ocasião de sua posse no cargo de Juiz Substituto de Primeira Entrância do Estado do Ceará, pretensão que possui fundamento na disciplina legal e no entendimento jurisprudencial vigentes não somente à época da publicação do edital do certame, mas também à época de seu encerramento, com a homologação de resultado definitivo, ocorrida em 17.01.2006 (fls. 339-444).

Devo registrar, ademais, que a hipótese analisada pelo STF na ADI n. 3.460 não se refere à magistratura e, por isso, não subsume o caso em exame. Observe-se que o Plenário do STF reafirmou, no julgamento da Rcl n. 4.875-SP, em 25.05.2010, o entendimento de que inaplicável a teoria da transcendência das razões de decidir nas ações constitucionais, reforçando, assim, a idéia de impossibilidade de se atribuir “efeitos irradiantes aos motivos determinantes da decisão tomada no controle abstrato de normas” (Rcl n. 3.014, DJ de 21.05.2010).

Por fim, cumpre consignar que o julgamento da citada ADI, frise-se, tomado por maioria de votos, ainda não terminou, pendendo de julgamento embargos de declaração opostos pelo Ministério Público Federal, não estando descartada a possibilidade de esclarecimentos em relação à extensão e efeitos do acórdão.

Diante disso, conheço do recurso e dou-lhe provimento para restabelecer a r. sentença.

RECURSO ESPECIAL N. 1.199.967-MG (2010/0117798-8)

Relator: Ministro Herman Benjamin

Recorrente: Município de Belo Horizonte

Procurador: Farley Tarcísio Ladeia Barbosa e outro(s)

Recorrido: Lanchonete e Restaurante Chapeu de Palha Ltda -
Microempresa

Advogado: Donier Rodrigues Rocha e outro(s)

EMENTA

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Penhora eletrônica de dinheiro. Bacen Jud. Diligência infrutífera. Reiteração. Admissibilidade.

1. Controverte-se a respeito da decisão colegiada do Tribunal de origem, que afirmou que a pesquisa eletrônica da existência de dinheiro, por meio do sistema Bacen Jud, somente pode ser feita uma única vez, mesmo que o resultado tenha sido infrutífero, sob o argumento de que o Poder Judiciário não pode fazer papel de diligenciador da Fazenda Pública credora.

2. Conforme decidido pela Corte Especial (REsp n. 1.112.943-MA, julgado sob o rito dos recursos repetitivos), com a vigência da Lei n. 11.382/2006, não mais se exige a comprovação de exaurimento das diligências administrativas para penhora por meio do Bacen Jud.

3. A lei (art. 655-A do CPC) não limitou o uso do Bacen Jud a uma única vez. Por se tratar de instrumento destinado a promover a satisfação da pretensão creditória, ele pode servir também para qualquer outra diligência (e.g., expedição de ofício ao Detran ou aos Cartórios de Imóveis), isto é, tantas vezes quanto necessário.

4. Aplicação, por analogia, do art. 15, II, da Lei n. 6.830/1980, segundo o qual a viabilização da penhora (mediante substituição ou reforço) pode ser feita a qualquer tempo.

5. No atual estágio da legislação processual e material, o emprego do aludido programa informatizado é privativo do Poder Judiciário, pois os representantes judiciais da Fazenda Pública não possuem autorização legal para, a um só tempo, acessar informações relativas ao patrimônio dos devedores e, *ex officio*, determinar a respectiva constrição.

6. Desse modo, sendo a referida atribuição privativa de um determinado órgão (na espécie, o jurisdicional), é de manifesta improcedência a afirmação de que o pleito fazendário representa uma tentativa de transformar a autoridade judiciária em mero agente diligenciador da parte processual.

7. A utilização do Bacen Jud, em termos de reiteração da diligência, deve obedecer ao critério da razoabilidade. Não é o Poder Judiciário obrigado a, diariamente, consultar o referido programa informatizado. Contudo, inexistente abuso ou excesso na reiteração da medida quando decorrido, por exemplo, o prazo de um ano, sem que tenha havido alteração no processo.

8. Naturalmente, isso não impede que, antes da renovação da pesquisa via Bacen Jud, a Fazenda Pública credora promova as diligências ao seu alcance, para localização de outros bens. Porém, conduta dessa natureza (comprovação do exaurimento de outras diligências) não pode ser exigida como requisito para fins de exame judicial do pedido iterativo da tentativa de penhora por meio do Bacen Jud, pois isso seria equiparável a, de maneira oblíqua, fazer retornar orientação jurisprudencial ultrapassada.

9. Recurso Especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: “A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a).” Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 16 de novembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Herman Benjamin, Relator

DJe 04.02.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Herman Benjamin: Trata-se de Recurso Especial interposto, com fundamento no art. 105, III, **a** e **c**, da Constituição da República, contra acórdão assim ementado:

Agravo de instrumento. Execução fiscal. BacenJud. Diligências reiteradas. Falta de justa causa. Frustrada a tentativa de penhora de dinheiro por meio de consulta

ao sistema Bacenjud, é indevida a reiteração continuada da pesquisa, à medida que não compete ao Poder Judiciário o encargo de investigador permanente da existência de bens de executado para a satisfação do interesse da exequente.

O recorrente alega violação dos arts. 655 e 655-A do CPC e do art. 11 da Lei n. 6.830/1980, ao argumento de que a lei não impõe qualquer exigência ou condicionamento para a realização da penhora mediante sistema eletrônico. Afirma existir divergência jurisprudencial.

Não foram apresentadas as contra-razões.

É o *relatório*.

VOTO

O Sr. Ministro Herman Benjamin (Relator): Preenchidos os requisitos de admissibilidade, passo ao exame do mérito.

Controverte-se a respeito de questão peculiar relacionada à penhora de dinheiro por meio do sistema Bacen Jud.

É importante, preliminarmente, destacar que a jurisprudência do STJ adotava o posicionamento de que tal meio de constrição somente era admissível em circunstâncias excepcionais, após verificado o esgotamento infrutífero das diligências tendentes à localização de bens do devedor:

Tributário e Processual. Agravo regimental. Art. 557, § 2º do CPC. Multa. Exclusão. Execução fiscal. Quebra de sigilo bancário. Localização de bens. Expedição de ofício ao Bacen.

1. O depósito da multa prevista no art. 557, § 2º, do CPC não é pressuposto de admissibilidade do recurso subsequente, quando imposta contra a Fazenda Pública. Precedentes: AgRg no AG n. 550.896-SP, 1ª Turma, Relator para acórdão Min. Francisco Falcão, DJ de 31.05.2004 e AgRg no AG n. 490.228-SP, 1ª Turma, Min. Luiz Fux, DJ de 28.06.2004.

2. Nos termos do art. 557, 1º, do CPC, é cabível agravo interno contra decisão que nega seguimento a recurso em confronto com súmula ou jurisprudência do respectivo tribunal, do STJ ou do STF.

3. *Não é cabível a quebra de sigilo fiscal ou bancário do executado para que a Fazenda Pública obtenha informações acerca da existência de bens do devedor inadimplente, excepcionado-se tal entendimento somente nas hipóteses de estarem esgotadas todas as tentativas de obtenção dos dados pela via extrajudicial. Precedentes.*

4. A comprovação de que restaram esgotados todos os meios de localização de bens penhoráveis do executado exige apreciação de provas, vedada na via do recurso especial (Súmula n. 7-STJ).

5. Em observância ao consagrado princípio *favor debitoris* (art. 620 do CPC), tem-se admitido apenas excepcionalmente a penhora do faturamento ou das importâncias depositadas na conta-corrente da executada, desde que presentes, no caso, requisitos específicos que justifiquem a medida, quais sejam: a) realização de infrutíferas tentativas de constrição de outros bens suficientes a garantir a execução, ou, caso encontrados, sejam tais bens de difícil alienação; b) nomeação de administrador (arts. 678 e 719, *caput*, do CPC), ao qual incumbirá a apresentação da forma de administração e do esquema de pagamento; c) manutenção da viabilidade do próprio funcionamento da empresa.

5. Recurso especial a que se dá parcial provimento.

(REsp n. 755.691-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 23.08.2005, DJ 05.09.2005, p. 312) (grifei)

Posteriormente, com a entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, e como resultado das inovações nela tratadas, houve evolução no sentido de prestigiar a efetividade da Execução, de modo que a apreensão judicial de dinheiro, via sistema eletrônico denominado Bacen Jud, passou a ser medida primordial, independentemente da demonstração relativa à inexistência de outros bens. Cito precedentes:

Processual Civil e Tributário. Execução fiscal. Penhora *on line*. Sistema Bacen-Jud. Requerimento feito no regime anterior ao art. 655, I, do CPC (redação dada pela Lei n. 11.382/2006) 1. A jurisprudência atual desta Corte firmou-se no sentido de que, após a vigência da Lei n. 11.382/2006, o bloqueio de ativos financeiros por meio de penhora *on line* não requer mais o esgotamento de diligências para localização de outros bens do devedor passíveis de penhora, sendo admitida hoje a constrição por meio eletrônico sem essa providência.

2. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.194.067-PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 1º.07.2010)

Embargos de divergência em recurso especial. Execução fiscal. Penhora *on-line*. Convênio Bacen Jud. Medida constritiva posterior à Lei n. 11.382/2006. Exaurimento das vias extrajudiciais para a localização de bens passíveis de penhora. Desnecessidade. Embargos acolhidos.

1. Com a entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, que deu nova redação ao artigo 655 do Código de Processo Civil, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras foram incluídos como bens preferenciais na ordem de penhora e

equiparados a dinheiro em espécie, tornando-se prescindível o exaurimento das vias extrajudiciais dirigidas à localização de bens do devedor para a constrição de ativos financeiros por meio do sistema Bacen Jud, informando a sua utilização nos processos em curso o tempo da decisão relativa à medida constritiva.

2. Embargos de divergência acolhidos.

(REsp n. 1.052.081-RS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 12.05.2010, DJe 26.05.2010)

Atualmente, a matéria se encontra pacificada, nos termos do precedente fixado pela Corte Especial do STJ, no julgamento do REsp n. 1.112.943-MA, sujeito ao rito dos recursos repetitivos. Veja-se a informação disponibilizada no Informativo de Jurisprudência n. 447-STJ:

Repetitivo. Penhora. Sistema Bacen-Jud. Lei n. 11.382/2006. A Corte Especial, ao julgar recurso sob o regime do art. 543-C do CPC c.c. a Res. n. 8/2008-STJ, entendeu que a penhora online, antes da entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, configura medida excepcional cuja efetivação está condicionada à comprovação de que o credor tenha realizado todas as diligências no sentido de localizar bens livres e desembaraçados de titularidade do devedor. Contudo, após o advento da referida lei, o juiz, ao decidir sobre a realização da penhora online, não pode mais exigir do credor prova de exaurimento das vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados. Precedentes citados: AgRg no Ag n. 1.010.872-RS, DJe 15.09.2008; AgRg no REsp n. 1.129.461-SP, DJe 02.02.2010; REsp n. 1.066.091-RS, DJe 25.09.2008; REsp n. 1.009.363-BA, DJe 16.04.2008, e EREsp n. 1.087.839-RS, DJe 18.09.2009. REsp n. 1.112.943-MA, Rel. Min. Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2010.

No caso dos autos, a decisão que indeferiu a utilização do Bacen Jud data de 05.11.2009 (fl. 157, e-STJ), ou seja, na vigência da Lei n. 11.382/2006, o que, em princípio, seria suficiente para ensejar a reforma do acórdão hostilizado.

No entanto, como dito anteriormente, *o tema versado nos autos é peculiar*. Não cuida simplesmente da utilização do Bacen Jud, mas sim do indeferimento da *reiteração* dessa diligência. Transcrevo o seguinte excerto do voto-condutor do acórdão atacado (fl. 184, e-STJ):

Admito a utilização do Sistema Bacen Jud para a realização da penhora *on line*.

No entanto, na situação, trata-se de reiteração de pedido. Deferida a penhora pelo sistema Bacen Jud (f. 98 - TJ), o bloqueio não se efetivou, em razão da inexistência de saldo nas contas correntes.

Tenho entendido que é indevido atribuir-se ao Poder Judiciário o encargo de investigador permanente da existência de bens de executado para a satisfação do interesse patrimonial da Fazenda Pública.

A verdadeira questão debatida nestes autos tem por objeto a seguinte tese fixada pelo Tribunal de origem: a penhora *on-line* de dinheiro, por meio do Bacen Jud, somente pode ser diligenciada uma única vez, sob o argumento de que o Judiciário não pode assumir o encargo de investigador permanente da Fazenda Pública.

O recorrente afirma que a reiteração foi feita depois de transcorrido o prazo de um ano, em que a primeira tentativa resultou negativa.

Há dois pontos a serem considerados.

O primeiro, de que a lei não limitou a utilização do Bacen Jud a uma única vez. Por se tratar de instrumento destinado a promover a satisfação da pretensão creditória, o referido expediente pode ser utilizado da mesma forma que qualquer outra diligência (e.g., expedição de ofício ao Detran ou aos Cartórios de Imóveis), isto é, tantas vezes quanto necessário.

Pode-se aplicar, ao caso, por analogia, a regra do art. 15, II, da Lei 6.830/1980:

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

(...)

II - à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada no artigo 11, bem como o reforço da penhora insuficiente.

Eventual necessidade de proteção contra invasão de *hackers*, como cogitado pelo órgão colegiado, não pode servir de pretexto para negar a reiteração da diligência, mesmo porque esse risco, se for o caso, existe igualmente quando da primeira tentativa de bloqueio dos ativos financeiros. A prevalecer o receio acima mencionado, todo o sistema Bacen Jud perderia a razão de ser, assumindo o Poder Judiciário, *in casu*, a posição de liderar verdadeiro retrocesso na utilização das ferramentas criadas para, entre outras finalidades, agilizar a prestação jurisdicional.

Em segundo e último lugar, entendo completamente equivocada a equiparação feita no sentido de que o Poder Judiciário não é órgão investigador

da Fazenda Pública. No atual estágio da legislação processual e material, a utilização do Bacen Jud é privativa do Poder Judiciário, pois os representantes judiciais da Fazenda Pública não possuem autorização legal para, a um só tempo, acessar as informações relativas ao patrimônio dos devedores e, *ex officio*, determinar a respectiva constrição.

Assim sendo, quando a atribuição é privativa de um determinado órgão (na espécie, o jurisdicional), a assertiva de que o pleito fazendário representa tentativa de transformar a autoridade judiciária em mero agente diligenciador da parte processual não procede, por razões lógicas.

Para finalizar, tenho por evidente que a utilização do Bacen Jud, quanto à reiteração da diligência, deve obedecer critério de razoabilidade. Não é o Poder Judiciário obrigado a, diariamente, consultar o referido programa informatizado. Contudo, não vejo abuso na reiteração da medida quando decorrido, por exemplo, o prazo de um ano, sem que tenha havido alteração no processo.

Naturalmente, isso não impede que, antes da renovação da pesquisa via Bacen Jud, a Fazenda Pública credora promova as diligências ao seu alcance, para localização de outros bens. Porém, conduta dessa natureza não pode ser exigida como requisito para fins de exame judicial do pedido de reiteração do sistema Bacen Jud, pois isso seria equiparável a ensejar o retorno da orientação jurisprudencial ultrapassada, conforme anteriormente explicitado.

Com essas considerações, *dou provimento ao Recurso Especial*.

É como *voto*.

RECURSO ESPECIAL N. 1.219.061-GO (2010/0183045-6)

Relator: Ministro Mauro Campbell Marques

Recorrente: Estado de Goiás

Procurador: Vanessa Paula de Sousa Silva e outro(s)

Recorrido: Cirurgica Mafra Ltda

Advogado: José Rubens Hernandez e outro(s)

EMENTA

Processual Civil. Recurso especial. Tributário. ICMS. Redução da base de cálculo (Convênio ICMS n. 24/2001). Benefício concedido ao industrial e ao importador. Impossibilidade de se estender ao atacadista.

1. A análise do Convênio ICMS n. 24/2001, em conjunto com a Lei n. 10.147/2000, revela que só haverá direito à redução da base de cálculo do ICMS do valor correspondente ao PIS/Pasep e à Cofins quando houver a efetiva cobrança de tais contribuições. Considerando que a pessoa jurídica não enquadrada na condição de industrial ou de importador, quando realiza a venda dos produtos elencados na Lei n. 10.147/2000 e no Convênio ICMS n. 24/2001, tem reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de tais produtos (art. 2º da Lei n. 10.147/2000), é imperioso concluir, *a contrario sensu*, que o benefício previsto no Convênio n. 24/2001 é limitado ao industrial e ao importador.

2. No caso dos autos, é incontroverso que a recorrida figura na condição de atacadista, ou seja, não se enquadra na condição de industrial ou de importador. Também é incontroverso que, nessa condição, promoveu a venda de produtos constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS n. 24/2001. Contudo, é certo que em relação à receita bruta decorrente da venda desses produtos não houve cobrança de contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins - referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente, na respectiva operação -, em virtude do benefício da alíquota zero, previsto no art. 2º, caput, da Lei n. 10.147/2000. Assim, não há falar em direito à redução da base de cálculo do ICMS, na forma prevista no Convênio ICMS 24/2001.

3. Recurso especial provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal

de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

“A Turma, por unanimidade, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque.”

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de março de 2011 (data do julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques, Relator

DJe 22.03.2011

RELATÓRIO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques: Trata-se de recurso especial interposto em face de acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Goiás de cuja ementa se extrai:

1. Reputando ser abusiva a ação dos agentes públicos, por não ter ocorrido infração fiscal e, diante da ameaça de ser compelido ao pagamento de tributo pretensamente inválido, o manejo do mandado de segurança preventivo é via adequada com a finalidade de obter a anulação do auto de infração apontado como irregular e todos os seus efeitos, tornando-se prescindível a dilação probatória para apuração do montante da multa aplicada, em decorrência da suposta infração.

2. Concedido o benefício fiscal por força do Convênio n. 24/2001, com base na Lei Complementar n. 24/1975, que poderia ter sido ratificado ou rejeitado pelo Estado de Goiás, dentro de 15 (quinze) dias e, não o tendo sido, reputa-se caracterizado direito adquirido do contribuinte à anulação do auto de infração e todos os seus efeitos, por não ter ocorrido infração fiscal, garantindo a prevalência do Convênio n. 24/2001 sobre o Regulamento do Código Tributário Estadual, que foi tardiamente aprovado.

3. Acolhida a questão prejudicial, a multa aplicada pelos agentes fiscais não subsiste.

4. Recurso improvido. Sentença mantida.

Os embargos de declaração opostos foram rejeitados.

No recurso especial, interposto com base na alínea **a** do permissivo

constitucional, o recorrente aponta ofensa aos arts. 99, 100 e 111 do CTN, alegando, em síntese, que:

O fato é que tanto o Decreto Estadual quanto o Convênio dizem exatamente o mesmo. O Decreto, ao contrário da interpretação esposada no acórdão, não exorbitou ao Convênio. Ao contrário, o Decreto é estritamente conforme o Convênio, tendo estabelecido aos ditames do arts. 99 e 100 do CTN quando de sua elaboração. A interpretação a ser conferida à dicção do Decreto Estadual n. 5.494/2001 é de ser literal, na forma do artigo 111 do CTN.

(...) Portanto, não se trata de interpretação restritiva ao Convênio, mas da interpretação de sua literalidade, na forma do artigo 111 do Código Tributário Nacional. Compreender de modo diverso os termos do Convênio ICMS n. 24/2001 significaria, aí sim, indevida extensão de seus comandos, para beneficiar quem, de fato, não foi alcançado pela norma.

Em suas contrarrazões, a recorrida pugna pela manutenção do aresto atacado.

Inadmitido o recurso, subiu por força de agravo de instrumento.

É o relatório.

VOTO

O Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (Relator): A pretensão recursal merece acolhimento.

De início, cumpre esclarecer que o presente recurso não trata de matéria de direito local. Além disso, o Tribunal de origem tratou expressamente da matéria contida nos artigos de lei federal tidos por violados (arts. 99, 100 e 111 do CTN), sendo oportuno mencionar que os arts. 99 e 100 foram transcritos no acórdão recorrido. Por tais razões, afastam-se os óbices suscitados nas contrarrazões de recurso especial.

O Tribunal de origem, ao confirmar a sentença do juízo singular, entendeu que a restrição contida no inciso I do § 2º da cláusula primeira do Convênio ICMS n. 24/2001 - segundo o qual o benefício previsto no *caput* não se aplica às “pessoas jurídicas industrializadoras ou importadores dos mesmos tenham firmado com a União, compromisso de ajustamento de conduta” - não admite interpretação no sentido de que o benefício previsto no *caput* da cláusula referida é destinado apenas ao industrializador e ao importador, sendo que tal impossibilidade surgiu apenas com a vigência do Decreto Estadual

n. 5.494/2001, que alterou o Decreto Estadual n. 4.852/1997, com vigência retroativa a 1º de maio de 2001.

Por outro lado, o Estado de Goiás argumenta que o benefício previsto no Convênio ICMS n. 24/2001 - redução da base de cálculo do ICMS - alcança apenas “os industriais e importadores”, motivo pelo qual não pode ser estendido à recorrida que figuração na condição de atacadista.

Com razão o Estado de Goiás.

O Tribunal de origem, ao interpretar a cláusula primeira do convênio em comento de forma isolada, acabou por ampliar o benefício nele previsto a hipóteses que não foram por ele abrangidas.

Embora a ora recorrida na inicial do *mandamus* invoque o art. 111, II, do CTN - segundo o qual “*interpreta-se literalmente a legislação tributária que disponha sobre (...) outorga de isenção*” -, para afirmar que “não se pode restringir aquilo que o legislador não limitou”, ela mesma, para sustentar seu enquadramento no Convênio ICMS n. 24/2001, afirma que, na condição de “empresa atacadista”, pratica atividades que “são equiparadas às dos estabelecimentos industriais”, ou seja, é manifesta a pretensão de se ampliar o benefício contido no convênio referido.

Em sua ementa, estabelece o Convênio ICMS n. 24/2001 que:

Deduz parcela das contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins, referente às operações subsequentes, da base de cálculo do ICMS nas operações com medicamentos e cosméticos indicados na Lei Federal n. 10.147/2000, de 21.12.2000.

A cláusula segunda do convênio em comento dispõe que:

Este convênio entra em vigor na data da publicação de sua ratificação nacional e terá sua eficácia iniciada na data da produção dos efeitos da Lei Federal n. 10.147, de 21 de dezembro de 2000.

Como se verifica, o Convênio ICMS n. 24/2001 deve ser interpretado de acordo com as disposições contidas na Lei n. 10.147/2000.

A Lei n. 10.147/2000 trata da incidência da contribuição para os Programas de Integração Social e de Formação do Patrimônio do Servidor Público - PIS/Pasep e a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins, devidas pelas pessoas jurídicas que procedam à industrialização

ou à importação dos produtos previstos no seu art. 1º, estabelecendo alíquotas diferenciadas incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda de tais produtos. No inciso I, a diferenciação decorre da natureza dos produtos, que são classificados, basicamente, em dois grupos: 1) produtos farmacêuticos; 2) produtos de perfumaria, de toucador ou de higiene pessoal. No inciso II, são previstas alíquotas incidentes sobre a receita bruta decorrente das demais atividades.

O art. 2º da lei referida dispõe que: *“São reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre a receita bruta decorrente da venda dos produtos tributados na forma do inciso I do art. 1º, pelas pessoas jurídicas não enquadradas na condição de industrial ou de importador”*.

Por seu turno, a cláusula primeira (*caput* e § 1º) do Convênio ICMS n. 24/2001 estabelece que:

Cláusula primeira Nas operações interestaduais com os produtos classificados nas posições 3003, 3004, 3303 a 3307 e nos códigos 3401.11.90, 3401.20.10 e 9603.21.00, todos da Tabela de Incidência do Imposto sobre Produtos Industrializados - TIPI, aprovada pelo Decreto n. 2.092, de 10 de dezembro de 1996, destinados à contribuintes, a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente na respectiva operação.

§ 1º. A dedução corresponderá ao valor obtido pela aplicação de um dos percentuais abaixo indicados, sobre a base de cálculo de origem, em função da alíquota interestadual referente à operação:

I - com alíquota de 7% - 9,90%;

II - com alíquota de 12% - 10,49%.

Conforme expressamente previsto, “a base de cálculo do ICMS será deduzida do valor das contribuições para o PIS/Pasep e a Cofins referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente na respectiva operação”.

Assim, só haverá direito à redução da base de cálculo do ICMS do valor correspondente ao PIS/Pasep e à Cofins quando houver a efetiva cobrança de tais contribuições.

Considerando que a pessoa jurídica não enquadrada na condição de industrial ou de importador, quando realiza a venda dos produtos elencados na Lei n. 10.147/2000 e no Convênio ICMS n. 24/2001, tem reduzidas a zero as alíquotas da contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins incidentes sobre

a receita bruta decorrente da venda de tais produtos, é imperioso concluir, *a contrario sensu*, que o benefício previsto no Convênio n. 24/2001 é limitado ao industrial e ao importador.

No caso dos autos, é incontroverso que a recorrida figura na condição de atacadista, ou seja, não se enquadra na condição de industrial ou de importador. Também é incontroverso que, nessa condição, promoveu a venda de produtos constantes da cláusula primeira do Convênio ICMS n. 24/2001.

Contudo, é certo que em relação à receita bruta decorrente da venda desses produtos não houve cobrança de contribuição para o PIS/Pasep e da Cofins - referente às operações subsequentes cobradas, englobadamente, na respectiva operação -, em virtude do benefício da alíquota zero, previsto no art. 2º, *caput*, da Lei n. 10.147/2000. Assim, não há falar em direito à redução da base de cálculo do ICMS, na forma prevista no Convênio ICMS n. 24/2001.

Cumpra registrar que inexistente ilegalidade no Decreto Estadual n. 5.494/2001, que alterando o Decreto Estadual n. 4.852/1997, dispôs que o benefício previsto no Convênio ICMS n. 24/2001 somente se aplica para as operações praticadas pelo industrial ou importador, tendo em vista que tal disposição não constitui reserva (ou exceção) ao Convênio ICMS n. 24/2001.

Por fim, verifica-se que no *mandamus* foram suscitadas outras questões (pedido de redução da multa aplicada ou sua nova apuração), as quais foram tidas por prejudicadas pelas instâncias ordinárias, que concederam a ordem para cancelar o auto de infração.

Assim, impõe-se a devolução dos autos ao Tribunal de origem, para que sejam analisados os demais temas constantes da impetração.

Diante do exposto, *dou provimento* ao recurso especial, nos termos da fundamentação.

É o voto.

