



---

## Primeira Seção



---

**AÇÃO RESCISÓRIA N. 4.202-RS (2009/0025054-6)**

---

Relator: Ministro Teori Albino Zavascki

Revisor: Ministro Castro Meira

Autor: Fazenda Nacional

Procurador: Eli Sousa Santos e outro(s)

Réu: Cooperativa de Economia e Crédito Mútuo dos Médicos e Demais  
Profissionais da Área da Saúde de Pelotas Ltda. - Unicred Pelotas

Advogado: Marco Túlio de Rose e outro(s)

---

**EMENTA**

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. Violação a literal dispositivo da Constituição. Prequestionamento: dispensa. Princípio da reserva de plenário: art. 97 da CF e Súmula Vinculante n. 10-STF. Cofins. Sociedades cooperativas. Revogação da isenção por medida provisória.

1. A ação rescisória é ação originária (e não recurso especial), não estando sujeita a qualquer mecanismo de “prequestionamento”. Precedentes do STF e do STJ.

2. Relativamente às sociedades cooperativas, o art. 6º, I da LC n. 70/1991 concedeu isenção da Cofins quanto “aos atos cooperativos próprios de suas finalidades”. Essa isenção foi, todavia, expressamente revogada pelo art. 23, II, **a**, da MP n. 1.858-6, de 29.06.1999, dispositivo reproduzido por atos normativos subseqüentes, até o art. 93, II, **a**, da MP n. 2.158-35.

3. O acórdão rescindendo negou aplicação a essa norma revogadora, por considerá-la ilegítima, decidindo a causa em sentido a ela oposto: afirmando a existência de isenção em relação a “(...) atos tipicamente cooperativos, isto é, aqueles correspondentes à atividade fim das cooperativas”.

4. Ao afastar a aplicação da norma sem a declaração formal de sua inconstitucionalidade, o acórdão ofendeu o princípio da reserva de plenário estabelecida no art. 97 da CF (Súmula Vinculante n. 10-STF). Precedentes da Seção em casos análogos.

5. Acolhimento do pedido de rescisão, com retorno dos autos principais ao órgão fracionário para o julgamento do recurso especial.

### ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, julgar procedente a ação rescisória, com retorno dos autos principais ao órgão fracionário para o julgamento do recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Eliana Calmon e Luiz Fux votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Hamilton Carvalhido.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.

Brasília (DF), 25 de agosto de 2010 (data do julgamento).

Ministro Teori Albino Zavascki, Relator

---

DJe 29.09.2010

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki: Trata-se de ação rescisória ajuizada pela União, com fundamento no art. 485, II e V, do CPC, visando à rescisão de acórdão da 2ª Turma, proferido no Recurso Especial n. 651.359-RS, que concedeu a segurança postulada pela então impetrante, ora demandada, reconhecendo seu direito de não recolher a Cofins na forma do art. 6º da LC n. 70/1991, sob o fundamento de que a revogação desse dispositivo pela MP n. 1.858/99 ofende o princípio da hierarquia das leis.

Na inicial, sustenta a autora que o acórdão rescindendo (a) violou os artigos 102, III e 105, III da CF, pois “o STJ era absolutamente incompetente para conhecer de recurso especial desafiado contra acórdão do Tribunal Regional Federal lavrado com fundamentos exclusivamente constitucionais” (fl. 07); (b) “a Turma do STJ ao negar aplicação ao art. 35, II, a, da MP n. 1.858-10/99 (atual art. 93, II, a, da MP n. 2.158-35/2001) sem, contudo, declarar sua inconstitucionalidade, burlou o sistema de controle de constitucionalidade pátrio, acabando por ofender o art. 97 da CF/1988” (fl. 14); (c) houve violação

aos artigos 146, 195, I e 150, § 6º da CF, eis que, “no caso de isenção, a determinação constitucional é de que seja veiculada por lei ordinária, já que não se previu para a hipótese a edição de lei complementar”; “sendo assim, a lei que trate de isenção, mesmo que concedida por lei complementar, é materialmente ordinária, logo a sua revogação também pode ser veiculada por lei ordinária” (fl. 15); “a Lei Complementar n. 70/1991 é materialmente ordinária, uma vez que a Cofins tem sua sede constitucional no art. 195, I, **b**, da Constituição” (fl. 16); “não há que se falar, portanto, em violação ao princípio constitucional da hierarquia das leis na hipótese da supressão do benefício fiscal pelo art. 35, II, **a**, da MP n. 1.858-10/99 (atual art. 93, II, **a**, da MP n. 2.158-35/2001), haja vista a exegese que se extrai dos arts. 195, I, 146 e 150, § 6º, da CF/1988” (fl. 18); (d) ademais, “o acórdão rescindendo acabou por infringir o princípio da diversidade da base de financiamento da seguridade social consagrada no art. 194, parágrafo, VI e art. 195, *caput*, da Constituição Federal” (fl. 21).

Em contestação (fls. 390-418), a ré alega que (a) “o aresto rescindendo julgou o mérito da controvérsia, não podendo o juízo rescindendo afastar a discussão para nível distinto daquele apresentado no recurso” (fl. 407); (b) absurda a pretensão “no sentido de manter a decisão recorrida com base na inexistência de violação do princípio da hierarquia de leis” (fl. 408); (c) no juízo rescisório, “deve valer o que hoje é remansoso, no acervo jurisprudencial da Casa, quando enfrenta a incidência da Contribuição ao Financiamento da Seguridade Social (Cofins) e da Contribuição ao Programa de Integração Social (PIS) em relação às sociedades cooperativas de crédito” (fl. 409); (d) “hoje o STF autoriza, nos recursos extraordinários, o levantamento de valores depositados em Juízo, que se refiram à prática de atos cooperativos, como demonstra a decisão no Recurso Extraordinário n. 450.369-7” (fl. 418).

Foram apresentadas, pelas partes, razões finais (fls. 470-486 e 501-512).

O Ministério Público Federal, em parecer de fls. 514-520, opina pela improcedência do pedido.

É o relatório.

À revisão.

## VOTO

O Sr. Ministro Teori Albino Zavascki (Relator): 1. A ação rescisória é ação originária (e não recurso especial), sendo cabível, entre outras hipóteses, quando se alega que o acórdão rescindendo violou literal disposição de lei,

compreendida, aqui, também a lei constitucional. Por outro lado, o cabimento dessa ação não está sujeito a qualquer mecanismo de “prequestionamento” (STF: AgRg no RE n. 444.810-DF, 1ª T., Min. Eros Grau, DJ de 22.04.2005 e EAR n. 732-RJ, Pleno, Min. Soares Muñoz, DJ de 09.05.1980; STJ: AR n. 1.910-DF, 3ª Seção, Min. Arnaldo Esteves Lima, DJ de 04.09.2006 e REsp n. 741.753-RS, 4ª T., Min. Jorge Scartezzini, DJ de 07.08.2006), instituto exclusivo dos recursos para instâncias extraordinárias (recurso especial e recurso extraordinário). Conforme ficou assentado pelo relator, no acórdão por último referido, “o prequestionamento não pode ser erigido a requisito de admissibilidade da ação rescisória fulcrada no art. 485, V, do CPC (violação a ‘literal disposição de lei’), seja em face da ausência de previsão legal, como da própria natureza jurídica do instituto. Ademais, consoante analisado pelo insuperável PONTES DE MIRANDA, a afronta a disposição legal pelo aresto rescindendo pode verificar-se ‘até por omissão’, pela não consideração sequer de dispositivo aduzido pela parte e capaz de influenciar no resultado do julgamento”. No caso, portanto, nada impede que, mesmo sem terem sido tratada na decisão rescindenda, sejam invocadas agora matérias relacionadas com ofensa à Constituição.

2. Pela ordem de prejudicialidade, cumpre examinar, em primeiro lugar, a alegada ofensa ao princípio da reserva de plenário, inscrito no art. 97 da CF (e, ademais, disciplinado também nos artigos 480 a 482 do CPC). A compreensão desse princípio está atualmente explicitada também na Súmula Vinculante n. 10-STF, com o seguinte enunciado:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Um juízo sobre a alegação de ofensa ao art. 97 da CF supõe resenha histórica da evolução legislativa a respeito do tratamento dado às Cooperativas em relação à matéria tributária em questão. Ao disciplinar a Contribuição para o Financiamento da Seguridade Social - Cofins a Lei Complementar n. 70, de 30.12.1991 expressamente concedeu isenção dessa contribuição, entre outras, às sociedades cooperativas, no que se refere “aos atos cooperativos próprios de suas finalidades”. É o que ficou previsto no seu art. 6º, I, a saber:

Art. 6º. São isentas da contribuição:

I - as sociedades cooperativas que observarem ao disposto na legislação específica, quanto aos atos cooperativos próprios de suas finalidades.

Esta isenção, todavia, foi revogada pelo art. 23, II, **a**, da Medida Provisória n. 1.858-6, de 29.06.1999, dispositivo esse reproduzido por atos normativos subseqüentes, cristalizando-se, finalmente, no art. 93, II, **a**, da Medida Provisória n. 2.158-35, de 24.08.2001, nos seguintes termos:

Art. 93. Ficam revogados:

(...)

II - a partir de 30 de junho de 1999:

(...)

a) os incisos I e III do art. 6º da Lei Complementar n. 70, de 30 de dezembro de 1991.

Não pode haver dúvida alguma, portanto, de que a partir da vigência da citada Medida Provisória, ficou expressamente revogada a isenção da contribuição em relação aos “atos cooperativos próprios das (...) finalidades” das sociedades cooperativas.

3. Ora, o acórdão rescindendo decidiu exatamente o contrário, deixando assentada a conclusão de que há isenção em relação a:

(...) atos tipicamente cooperativos, isto é, aqueles correspondentes à atividade fim das cooperativas (fls. 185).

Para sustentar esse entendimento, afirmou o relator, em seu voto:

A questão posta nos autos não necessita maiores debates, pois esta Corte pacificou o entendimento de que, em observância ao princípio de hierarquia das leis, não poderia a Medida Provisória n. 1.858-10/99 revogar o disposto na norma inserta do artigo 6º, I e III, da Lei Complementar n. 70/1991.

Leiam-se precedentes no mesmo diapasão: (...) REsp n. 546.674-RS, Rel. Min. José Delgado, DJU 13.10.2003; (...) EDREsp n. 463.536-RS, Rel. Min. Luiz Fux, DJU 1º.09.2003).

Submeto-me a jurisprudência pacificada desta Corte, embora entenda que a Lei Complementar n. 70/1991 pode ser alterada por lei ordinária, como é o caso da Medida Provisória n. 1.858-10/99, tendo em vista que, em matéria de isenção, aquela norma é materialmente ordinária, pelo que não se há de invocar o princípio da hierarquia das leis (fls. 185/187).

É inquestionável, assim, que o acórdão rescindendo claramente negou aplicação ao art. 23, II, **a**, da Medida Provisória n. 1.858-6, de 29.06.1999,

reproduzido por atos normativos subseqüentes, até o art. 93, II, **a**, da Medida Provisória n. 2.158-35, de 24.08.2001, sem declarar a sua inconstitucionalidade, na forma preceituada pelo art. 97 da CF, que, portanto, restou violado.

4. A situação é em tudo semelhante a outras recentemente apreciadas na 1ª Seção, de ações rescisórias propostas contra acórdãos desta Corte que decidiram, sem declaração de inconstitucionalidade pela Corte Especial, haver isenção das sociedades civis de prestação de serviços profissionais de recolhimento da Cofins, nos termos do mesmo art. 6º da LC n. 70/1991 (inciso II; no caso dos autos é o inciso III), sob o fundamento de que a revogação desse dispositivo pelo art. 56 da Lei n. 9.430/1996 ofenderia o princípio da hierarquia das leis. São os precedentes: AR n. 3.527-SP, Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 18.05.2009; AR n. 3.761-PR, Min. Eliana Calmon, DJe de 1º.12.2008, esse último restou assim ementado:

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. Cabimento. Violação do art. 97 da CF/1988: Súmula Vinculante n. 10-STF. Súmula n. 343-STF: inaplicabilidade. Cofins. Isenção concedida pela LC n. 70/1991. Revogação pela Lei n. 9.430/1996. Recurso especial. Descabimento.

(...)

2. Violação do art. 97 da CF/1988 porque o aresto rescindendo não submeteu a reserva de plenário a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei n. 9.430/1996, concluindo tão-somente por afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Aplicação da Súmula Vinculante n. 10-STF.

(...)

6. Ação rescisória julgada procedente.

5. Procede, em suma, o pedido de rescisão formulado na presente demanda, por literal ofensa ao art. 97 da CF, ficando prejudicado o exame dos demais fundamentos.

6. Nos precedentes relativos às sociedades civis de prestação de serviços profissionais, antes referidos, a Seção promoveu, desde logo, o novo julgamento da causa, uma vez que já havia pronunciamento do Supremo Tribunal Federal afastando a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei n. 9.430/1996 e, conseqüentemente, considerando legítima a revogação da isenção que beneficiava aquelas sociedades. No caso das cooperativas, não há, até o momento, precedente semelhante, sendo de observar que a inconstitucionalidade da

revogação vem sendo apontada, não apenas em face da alegada ofensa ao princípio da hierarquia da lei complementar em relação às medidas provisórias (inconstitucionalidade formal, tese já afastada pelo STF em casos análogos), mas também por incompatibilidade com art. 146, III, c, da CF, que assegura “adequado tratamento tributário ao ato cooperativo” (inconstitucionalidade material). Ora, sobre esse tema específico não há manifestação definitiva do STF. O que há é apenas apreciação de medida cautelar (MC n. 2.209, 2ª Turma, Min. Joaquim Barbosa, DJ de 25.03.2010), com juízo negativo de plausibilidade da tese da inconstitucionalidade. É de anotar que a matéria foi reconhecida pelo STF como de repercussão geral (RE n. 598.085 (DJe de 21.08.2009) e no STJ foi submetida à Seção pelo regime do art. 543-C do CPC (REsp n. 1.141.667 e REsp n. 1.164.716, ambos da relatoria do Ministro Luiz Fux), ainda pendentes de julgamento.

Essas circunstâncias não recomendam que a Seção promova, desde logo, novo julgamento da causa, até porque, se acolhida a alegação de inconstitucionalidade, seria indispensável a instauração do incidente do art. 97 da CF perante a Corte Especial. Não sendo possível rejulgar imediatamente a causa (CPC, art. 494), é de se acolher o pedido apenas para o efeito de rescindir o acórdão objeto da demanda (REsp n. 651.359-RS), pelo vício formal apontado (ofensa ao art. 97 da CF), determinando que os autos principais retornem à 2ª Turma, para que promova novo julgamento do recurso especial, como entender de direito, observado, se for o caso, o princípio da reserva de plenário.

7. Ante o exposto, julgo procedente o pedido, nos termos da fundamentação, condenando a parte demandada nos ônus sucumbenciais. À luz dos critérios previstos nos §§ 3º e 4º do art. 21 do CPC, fixo os honorários advocatícios em R\$ - 10.000,00 (dez mil reais). É o voto.

#### VOTO-REVISÃO

O Sr. Ministro Castro Meira: Cuida-se de ação rescisória ajuizada pela União, com fundamento no art. 485, II e V, do CPC, objetivando rescindir acórdão exarado pela 2ª Turma, proferido no Recurso Especial n. 651.359-RS, assim ementado:

Tributário. Princípio da hierarquia das leis. Cofins. Isenção. LC n. 70/1991. MP n. 1.858-10/99.

1. A revogação da isenção concedida pela Lei Complementar n. 70/1991 por lei ordinária fere o princípio da hierarquia das leis.

2. Ressalva do ponto de vista do relator cujo entendimento é que a Lei Complementar n. 70/1991 pode ser alterada mediante a edição de lei ordinária, como é o caso da Medida Provisória n. 1.858/1999, tendo em vista que, em matéria de isenção, aquela norma é materialmente ordinária, pelo que não se há de invocar o princípio da hierarquia das leis.

3. A isenção só abarca os atos tipicamente cooperativos, isto é, aqueles correspondentes à atividade fim das cooperativas.

4. Recurso especial provido.

A Fazenda Nacional alega que:

a) o acórdão violou os artigos 102, III e 105, III, da CF, ao revisar julgado solvido sob nítido enfoque constitucional;

b) a negativa de aplicação do art. 35, II, **a**, da MP n. 1.858-10/99 (atual art. 93, II, **a**, da MP n. 2.158-35/2001) sem declarar sua inconstitucionalidade ofendeu a cláusula de reserva de plenário inserta no artigo 97 da Constituição da República;

c) violação dos artigos 146, 195, I e 150, § 6º, da CF, porquanto a regra que concedia a isenção tinha natureza de lei ordinária, o que justificaria a sua revogação por norma de mesma espécie;

d) “o acórdão rescindendo acabou por infringir o princípio da diversidade da base de financiamento da seguridade social consagrada no art. 194, parágrafo, VI e art. 195, *caput*, da Constituição Federal” (fl. 21).

Em contestação, a ré alega que “o aresto rescindendo julgou o mérito da controvérsia, não podendo o juízo rescindendo afastar a discussão para nível distinto daquele apresentado no recurso” (fl. 407) e que, no mérito, o acórdão deve ser mantido em sua integralidade.

É o relatório.

À época do julgamento do acórdão rescindendo, a jurisprudência desta Corte era pacífica quanto ao entendimento de que a revogação da isenção concedida pela Lei Complementar n. 70/1991 por lei ordinária feriria o princípio da hierarquia das leis.

Entendia-se, portanto, que a questão se examinava sob o prisma infraconstitucional.

No acórdão rescindendo, ressalvei meu ponto de vista segundo o qual a Lei Complementar n. 70/1991 poderia ser alterada mediante a edição de lei

ordinária, como é o caso da Medida Provisória n. 1.858/1999, tendo em vista que, em matéria de isenção, aquela norma seria materialmente ordinária, pelo que não se haveria de invocar o princípio da hierarquia das leis.

Examino as questões suscitadas pelas partes.

Não se aplica o Enunciado da Súmula n. 343-STF às ações rescisórias fundadas em violação literal do art. 97 da Constituição da República, como é o caso, no qual se discute o afastamento do art. 35, II, **a**, da MP n. 1.858-10/99 (atual art. 93, II, **a**, da MP n. 2.158-35/2001) sem a utilização da cláusula de reserva de plenário.

No que é pertinente à causa, o acórdão efetivamente afastou a aplicação da referida norma legal ao decidir que “a revogação da isenção concedida pela Lei Complementar n. 70/1991 por lei ordinária fere o princípio da hierarquia das leis”, levando a concluir pela ocorrência da violação alegada, como vem sendo admitido por esta Seção em diversas oportunidades.

Nesse sentido, é o seguinte precedente:

Processual Civil e Tributário. Ação rescisória. Cabimento. Violação do art. 97 da CF/1988: Súmula Vinculante n. 10-STF. Súmula n. 343-STF: inaplicabilidade. Cofins. Isenção concedida pela LC n. 70/1991. Revogação pela Lei n. 9.430/1996. Recurso especial. Descabimento.

(...)

2. Violação do art. 97 da CF/1988 porque o aresto rescindendo não submeteu a reserva de plenário a inconstitucionalidade do art. 56 da Lei n. 9.430/1996, concluindo tão-somente por afastar a incidência deste dispositivo, sob o fundamento de que, em razão do princípio da hierarquia das leis, a isenção concedida por lei complementar não poderia ser revogada por lei ordinária. Aplicação da Súmula Vinculante n. 10-STF.

(...)

6. Ação rescisória julgada procedente (AR n. 3.761-PR, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 1º.12.2008).

Reconhecida a violação do artigo 97 da Constituição da República, ficam prejudicadas as demais razões trazidas na exordial, cabendo a devolução do julgamento do recurso especial ao órgão fracionário, conforme propôs o Sr. Ministro Teori Albino Zavascki em seu voto.

Ante o exposto, *acompanho o voto do Ministro Relator, julgando procedente a ação rescisória.*

É como voto.

---

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 449.679-RS  
(2010/0031018-7)**

---

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido  
Embargante: Bruning Tecnometal Ltda.  
Advogado: Claudio Merten e outro(s)  
Embargado: Fazenda Nacional  
Procurador: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

---

**EMENTA**

Embargos de divergência em recurso especial. Tributário. Suspensão da exigibilidade do crédito. Liminar em mandado de segurança. Denegação da ordem. Retomada do prazo prescricional.

1. Revogada, suspensa ou cassada a medida liminar ou denegada a ordem, pelo juiz ou pelo Tribunal, nada impede a Fazenda Nacional de obter a satisfação do crédito tributário, retomando-se o curso do lapso prescricional, ainda que penda de exame recurso desprovido de eficácia suspensiva ou de provimento acautelatório, se não concorre outra causa de suspensão prevista no artigo 151 do Código Tributário Nacional.

2. Embargos de divergência acolhidos.

---

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJe 1º.02.2011

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Embargos de divergência interpostos por Bruning Tecnometal Ltda. contra acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

Processual Civil. Nulidade. Negativa de prestação jurisdicional. Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Suspensão. Trânsito em julgado.

1. Tendo o acórdão proferido nos embargos declaratórios se pronunciado de forma clara e pormenorizada acerca de todas as questões suscitadas, afastando suposto vício de omissão ou contradição, não há por que falar em ofensa aos preceitos inscritos no art. 535, II, do CPC.

2. “Suspensa a exigibilidade da exação, não há falar em curso do prazo de prescrição, uma vez que o efeito desse provimento é justamente o de inibir a adoção de qualquer medida de cobrança por parte da Fazenda. Somente com o trânsito em julgado da sentença que denegou a ordem é que houve a retomada do curso do lapso prescricional” (REsp n. 542.975-SC, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 03.04.2006).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (fl. 410).

Alega a embargante divergência com acórdãos da Primeira Turma, assim sumariados:

Tributário e Processual Civil. Recurso especial. Prazo prescricional. Termo *a quo*. Art. 174 do CTN.

1. Na Declaração do Imposto de Renda, o prazo prescricional de cinco anos tem seu começo a partir da constituição definitiva do crédito tributário, isto é, da entrega da Declaração.

2. A prescrição tributária segue os termos do art. 174 do CTN, ou seja, tem o Fisco cinco anos para a cobrança do crédito tributário, a contar de sua constituição definitiva.

3. Precedentes do STJ. (REsp n. 413.457-RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 02.12.2003, DJ 19.12.2003, p. 323).

Sustenta a embargante, em suma, que, provida a apelação interposta pela Fazenda Nacional para denegar a ordem no mandado de segurança por ela impetrado, a medida liminar antes deferida restou revogada, reiniciando-se o curso da prescrição, que não permanece suspenso pela interposição dos recursos nas instâncias superiores.

Presentes os requisitos regimentais, os embargos foram admitidos para dirimir dissídio jurisprudencial relativamente à fluência do prazo prescricional e à suspensão da exigibilidade de crédito tributário quando da interposição de recurso sem efeito suspensivo.

Contrarrazões à fl. 507, em que se alega que o acórdão paradigma não reflete a atual jurisprudência desta Corte e que a exigibilidade do crédito tributário permanece suspensa até o trânsito em julgado.

O Ministério Público Federal veio pelo provimento dos embargos, em parecer assim sumariado:

Embargos de divergência em recurso especial. Crédito tributário. Prescrição. Discussão da dívida em mandado de segurança. Liminar concedida e confirmada pela sentença de procedência. Suspensão da exigibilidade. Decisão reformada no julgamento da apelação. Termo inicial. Interposição de recurso extraordinário. Irrelevância. Ausência de efeito suspensivo. Art. 542, § 2º do CPC. Art. 27, § 2º, da Lei n. 8.038/1990. Pelo conhecimento e provimento dos embargos. (fl. 515).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, cuida-se de embargos de divergência interpostos por Bruning Tecnometal Ltda. contra acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, assim ementado:

Processual Civil. Nulidade. Negativa de prestação jurisdicional. Tributário. Execução fiscal. Prescrição. Suspensão. Trânsito em julgado.

1. Tendo o acórdão proferido nos embargos declaratórios se pronunciado de forma clara e pormenorizada acerca de todas as questões suscitadas, afastando suposto vício de omissão ou contradição, não há por que falar em ofensa aos preceitos inscritos no art. 535, II, do CPC.

2. “Suspensa a exigibilidade da exação, não há falar em curso do prazo de prescrição, uma vez que o efeito desse provimento é justamente o de inibir a adoção de qualquer medida de cobrança por parte da Fazenda. Somente com o trânsito em julgado da sentença que denegou a ordem é que houve a retomada do curso do lapso prescricional” (REsp n. 542.975-SC, relator Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ de 03.04.2006).

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, improvido. (fl. 410).

Assim decidindo, alega a embargante, divergiu o acórdão embargado de aresto proferido pela Primeira Turma, assim sumariado:

Tributário e Processual Civil. Recurso especial. Prazo prescricional. Termo *a quo*. Art. 174 do CTN.

1. Na Declaração do Imposto de Renda, o prazo prescricional de cinco anos tem seu começo a partir da constituição definitiva do crédito tributário, isto é, da entrega da Declaração.

2. A prescrição tributária segue os termos do art. 174 do CTN, ou seja, tem o Fisco cinco anos para a cobrança do crédito tributário, a contar de sua constituição definitiva.

3. Precedentes do STJ. (REsp n. 413.457-RS, Rel. Ministro Humberto Gomes de Barros, Primeira Turma, julgado em 02.12.2003, DJ 19.12.2003, p. 323).

Esta, a sua motivação, no que interessa à espécie:

(...)

Sobre a matéria de fundo, isto é, a questão prescricional, estou em que não assiste razão ao aresto recorrido, ao adotar o posicionamento de que “é de acolher-se o entendimento da Fazenda Nacional para determinar que o prazo prescricional começa a correr a partir de 23.10.1995 quando do trânsito em julgado do RE n. 195.131-1-RS (fl. 537-538) e, portanto, plenamente exigível o tributo em discussão.” (fl. 661).

Com efeito, trata-se de trânsito em julgado em recurso extraordinário, recebido apenas no efeito devolutivo (art. 542, § 2º, do CPC).

A nota n. “16” ao art. 542, do CPC, Theotonio Negrão, 33ª edição, p. 618, esclarece: “Daí resulta que, enquanto permitida, é provisória a execução (art. 587, *in fine*) na pendência de recurso extraordinário ou especial, e assim também na de agravo de despacho denegatório de qualquer desses dois recursos.”

Desta forma, sendo permitida ao Fisco a execução provisória, antes do trânsito em julgado do recurso, não a tendo providenciado, permaneceria ele silente, dando ensejo ao reconhecimento de prescrição suscitada pelo devedor.

(...)

Enquanto a Segunda Turma afastou a prescrição alegada à motivação de que a concessão de medida liminar em mandado de segurança suspende a exigibilidade do crédito tributário até o trânsito em julgado, a Primeira Turma decidiu pela prescrição quando permitida ao Fisco a execução provisória antes do trânsito em julgado.

Manifesta a divergência entre julgados de Turmas da Primeira Seção, devidamente comprovada na forma do disposto no artigo 255, parágrafos 1º e 2º do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conheço dos presentes embargos de divergência.

Posto isso, não obstante o teor da alínea **b** do artigo 1º da Lei n. 4.348/1964, segundo o qual “(...) a medida liminar somente terá eficácia pelo prazo de (90) noventa dias a contar da data da respectiva concessão, prorrogável por (30) trinta dias quando provadamente o acúmulo de processos pendentes de julgamento.”, e do artigo 51 da Lei n. 4.862/1965, segundo o qual “Fica revogado o art. 39 da Lei n. 4.357, de 16 de julho de 1964, cessando os efeitos da medida liminar concedida em mandado de segurança contra a Fazenda Nacional, após o decurso do prazo de 60 (sessenta) dias contados da data da petição inicial ou quando determinada sua suspensão por Tribunal imediatamente superior.”, estabelecendo prazos de caducidade para a medida liminar, firmara-se a jurisprudência dos Tribunais Superiores no sentido de que os efeitos da medida liminar persistiam até a denegação da segurança, como ressoa do Enunciado n. 405 da Súmula do Supremo Tribunal Federal:

Denegado o mandado de segurança pela sentença, ou no julgamento do agravo, dela interposto, fica sem efeito a liminar concedida, retroagindo os efeitos da decisão contrária.

Com o advento do Código de Processo Civil de 1973, quando restaram ampliados os poderes jurisdicionais por meio do poder geral de cautela atribuído ao juiz na letra do seu artigo 798, segundo o qual “Além dos procedimentos cautelares específicos, que este Código regula no Capítulo II deste Livro, poderá o juiz determinar as medidas provisórias que julgar adequadas, quando houver fundado receio de que uma parte, antes do julgamento da lide, cause ao direito da outra lesão grave e de difícil reparação.”, a discussão acerca do prazo de duração dos efeitos da liminar ganhou novo fôlego, até a edição da Lei n. 12.016/2009, que, pondo fim às requisições doutrinárias e jurisprudenciais, dispôs em seu artigo 7º, parágrafo 3º, que “Os efeitos da medida liminar, salvo se revogada ou cassada, persistirão até a prolação da sentença.”, não havendo mais falar, de um lado, em caducidade por decurso de prazo, e fora da hipótese do artigo 8º (obstáculo criado pelo impetrante ou inércia/abandono da causa), tampouco, de outro lado, em extensão de seus efeitos após a sentença de mérito.

E, no período anterior à entrada em vigor da Lei n. 12.016/2009, quando não revogada ante o poder geral de cautela do juiz, cassada por força de agravo ou

suspensa pelo Presidente do Tribunal, tenho que o tempo da eficácia da liminar de urgência se extingue pela edição da sentença denegatória, independentemente de declaração expressa ou implícita de sua revogação ou cassação.

É que, entregue a prestação jurisdicional após cognição exauriente com a denegação da ordem, logicamente não persiste o *fumus boni juris* que autorizara o precário e provisório deferimento da medida liminar, cabendo ao relator do recurso decidir sobre eventual pedido de nova tutela de urgência para a prevenção de lesão grave e de difícil reparação.

Nesse sentido, confira-se, por todos, o seguinte precedente desta Primeira Seção:

Processual Civil e Administrativo. Embargos de declaração. Imóvel funcional. Liminar revogada pelo acórdão que denegou a segurança. Omissão. Inexistência. Prazo para desocupação do próprio nacional residencial ocupado por ministro aposentado do TST. Impossibilidade.

1. É decorrência lógica da denegação do mérito da segurança, quando não há ressalvas, a revogação da liminar anteriormente deferida: "O superveniente julgamento do feito, com a conseqüente análise de seu mérito, encerra os efeitos de anterior decisão interlocutória que apreciou o pedido liminar, tendo em vista que o *decisum*, o qual foi proferido depois de cognição exauriente, revoga, expressa ou implicitamente, a decisão liminar. Aplicável, *in casu*, o disposto na Súmula n. 405-STF". (RMS n. 20.924-RS, Rel. Min. Denise Arruda, Primeira Turma, DJ 02.08.2007).

2. A natureza dos embargos de declaração, recurso excepcional e de feição técnica, impede que se defira o pedido de assinação de prazo razoável para desocupação do imóvel funcional.

Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no MS n. 12.570-DF, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 24.09.2008, DJe 13.10.2008).

Isso estabelecido, a questão posta nos presentes autos cinge-se à extensão dos efeitos da liminar contra a Fazenda Nacional, após a sentença de mérito que denega a segurança no período anterior à Lei n. 12.016/2009, ante à letra do artigo 151 do Código Tributário Nacional, segundo o qual a concessão de medida liminar em mandado de segurança constitui causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, *verbis*:

151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento.

Ao que se tem, por força legal, concedida medida liminar em mandado de segurança, resta suspensa a exigibilidade do crédito tributário, não havendo falar em curso do prazo de prescrição enquanto perduram os efeitos da liminar deferida.

Vale averbar, nesse passo, que, diversamente do recurso administrativo que suspende a exigibilidade do crédito tributário enquanto persiste o contencioso administrativo (inciso III, artigo 151, CTN), não é a mera existência de discussão judicial sobre o crédito tributário que suspende a sua exigibilidade, mas a existência de medida liminar, durante o tempo de sua duração, ou a concessão da ordem, a inibir a adoção de qualquer medida visando à satisfação do crédito por parte da Fazenda Nacional.

De tanto resulta que, deferida a medida liminar e concedida a ordem, a exigibilidade do crédito tributário permanece suspensa até o trânsito em julgado da sentença concessiva.

No entanto, revogada, suspensa ou cassada a medida liminar, ou denegada a ordem, pelo juiz ou pelo Tribunal, nada mais impede a Fazenda Nacional de obter a satisfação de seu crédito, retomando-se o curso do lapso prescricional, ainda que penda de exame recurso desprovido de eficácia suspensiva ou de provimento acautelatório, se não concorre outra causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, como o depósito do montante integral (inciso III, artigo 151, CTN).

A propósito do tema, confira-se, ilustrativamente, o seguinte precedente:

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Mandado de segurança. Liminar. Suspensão da exigibilidade do crédito (art. 151 do CTN). Superveniência de sentença denegatória. Revogação da liminar pela sentença e restauração pelo acórdão. Atos praticados no interregno. Nova revogação. Efeito *ex tunc*. Súmula n. 405-STF.

1. A concessão de liminar em mandado de segurança é causa de suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, IV, do CTN). Todavia, revogada a

liminar pela sentença e considerando o efeito meramente devolutivo da apelação, nada impedia que a Fazenda promovesse, desde logo, as medidas tendentes a inscrever a dívida e promover sua execução judicial. A superveniência de acórdão do Tribunal, restaurando a liminar revogada, não é, portanto, causa de nulidade automática dos atos anteriores validamente praticados.

2. No caso, tendo sido proposta a execução em época em que não havia liminar em vigor, a superveniente restauração da medida fez ressurgir, em caráter provisório, a inexigibilidade da obrigação, cujo efeito, entretanto, não é o da automática nulidade dos atos processuais validamente praticados em data anterior, mas sim a suspensão do processo, até o julgamento definitivo do mandado de segurança. Adequado ao caso, portanto, o acolhimento do pedido subsidiário nesse sentido.

3. Ademais, houve nova circunstância superveniente: a denegação definitiva da ordem, com a revogação da liminar, que, nos termos da Súmula n. 405-STF, tem eficácia *ex tunc*.

4. Recurso especial provido. (REsp n. 707.342-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 20.05.2008, DJe 02.06.2008).

*In casu*, foi concedida a medida liminar, suspendendo-se a exigibilidade do crédito tributário e o curso do lapso prescricional, sobrevindo sentença de concessão da ordem.

No entanto, provido o recurso de apelação interposto pela Fazenda Nacional para denegar a ordem em acórdão mantido em sede de declaratórios rejeitados, o crédito tributário voltou a ser exigível, retomando-se o curso da prescrição.

Pelo exposto, acolho os embargos de divergência para decretar a extinção do crédito tributário em virtude de prescrição.

*É o voto.*

---

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL N. 662.844-SP  
(2009/0181521-3)**

---

Relator: Ministro Hamilton Carvalhido  
Embargante: Agenor Miguel da Silva e outros

Advogado: Allan Kardec Moris

Embargado: Ministério Público do Estado de São Paulo

---

### EMENTA

Embargos de divergência em recurso especial. Administrativo. Ação civil de ressarcimento de dano ao erário não decorrente de improbidade administrativa. Prescrição quinquenal.

1. A pretensão de ressarcimento de danos ao erário não decorrente de ato de improbidade prescreve em cinco anos.

2. Embargos de divergência acolhidos.

### ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer dos embargos e dar-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalhido, Relator

---

DJe 1º.02.2011

### RELATÓRIO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido: Embargos de divergência interpostos por Agenor Miguel da Silva e outros contra acórdão da Segunda Turma desta Corte de Justiça, assim ementado:

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Dano ao erário. Ressarcimento. Imprescritibilidade.

1. Hipótese em que o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública com o fito de reaver valores pagos em excesso a vereadores municipais.

2. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Precedentes do STJ e do STF.

3. Agravo Regimental não provido. (fl. 625).

Alegam os embargantes divergência com aresto da Primeira Turma, assim sumariado:

Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ressarcimento de danos ao patrimônio público. Prazo prescricional da ação popular. Analogia (*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*). Prescrição reconhecida.

1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade.

2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia *legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Precedentes do STJ: REsp n. 890.552-MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp n. 406.545-SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002.

3. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de ex-prefeito e co-réu, por ato de improbidade administrativa, causador de lesão ao erário público e atentatório dos princípios da Administração Pública, consistente na permuta de 04 (quatro) imóveis públicos, situados no perímetro central de São Bernardo do Campo-SP, por imóvel localizado na zona rural do mesmo município, de propriedade de do co-réu, objetivando a declaração de nulidade da mencionada permuta, bem como a condenação dos requeridos, de forma solidária, ao ressarcimento ao erário do prejuízo causado ao município no valor Cz\$ 114.425.391,01 (cento e quatorze milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil cruzeiros e trezentos e noventa e um centavos), que, atualizado pelo *Parquet* Estadual por ocasião do recurso de apelação, equivale a R\$ 1.760.448,32 (um milhão, setecentos e sessenta mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta e dois centavos) (fls. 1.121-1.135).

4. A Medida Provisória n. 2.180-35 editada em 24.08.2001, no afã de dirimir dúvidas sobre o tema, introduziu o art. 1º-C na Lei n. 9.494/1997 (que alterou a Lei n. 7.347/1985), estabelecendo o prazo prescricional de cinco anos para ações que visam a obter indenização por danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e privado prestadores de serviço público, senão vejamos: "Art. 4º. A Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos: 'Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.'" (NR).

5. A Lei n. 8.429/1992, que regula o ajuizamento das ações civis de improbidade administrativa em face de agentes públicos, dispõe em seu art. 23: "Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

6. A doutrina do tema assenta que: "Trata o art. 23 da prescrição das ações civis de improbidade administrativa.(...).O prazo prescricional é de 05 anos para serem ajuizadas contra agentes públicos eleitos ou ocupantes de cargo de comissão ou de função de confiança, contados a partir do término do mandato ou do exercício funcional (inciso I). O prazo prescricional em relação aos demais agentes públicos que exerçam cargo efetivo ou emprego público, é o estabelecido em lei específica para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (inciso II). No âmbito da União, é de 05 anos e começa a correr da data em que o fato tornou-se conhecido, não pendendo causa interruptiva ou suspensiva, e dos Estados ou Municípios, no prazo previsto nas leis por eles editadas sobre essa matéria. No caso de particulares acionados por ato de improbidade administrativa, por serem coniventes com o agente público improbo, tendo induzido-os ou concorrendo para a sua prática, entendo eu, que observa a regra dos incisos I ou II, conforme a qualificação do agente público envolvido. (...)". Marino Pazzagliani Filho, *in* Lei de Improbidade Administrativa Comentada, Atlas, 2007, p. 228-229.

7. Sob esse enfoque também é assente que: "(...) No entanto, não se pode deixar de trazer à baila, disposições a respeito da Ação Civil Pública trazidas pela Lei n. 8.429/1992, que visa o controle da probidade administrativa, quando o ato de improbidade é cometido por agente público que exerça mandato, ou cargo em comissão com atribuições de direção, chefia e assessoramento, ou função de confiança."

O art. 23 da Lei n. 8.429/1992 dispõe: "Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego."

Nota-se que simplesmente limitar-se a dizer que as ações civis públicas não prescrevem, não nos parece cientificamente correto afirmar, haja vista que o inc. I do art. 23 se refere ao prazo prescricional da Ação Civil Pública, quando o ato de improbidade administrativa tiver sido cometido por agente político, exercente dos cargos públicos e funções disciplinadas na citada lei.

Em relação aos casos não previstos no artigo acima citado, Mateus Eduardo Siqueira Nunes, citando Hely Lopes Meirelles, que entende que diante da ausência de previsão específica, estariam na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não

pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que “a regra é a da prescritibilidade”. Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. n. 20.910/1932), das punições dos profissionais liberais (Lei n. 6.838/1980 e para a cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)” Fábio Lemos Zanão *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, RT, 2006, p 33-34. 8. A exegese dos dispositivos legais atinentes à questão *sub examine* conduz à conclusão de que o ajuizamento das ações de improbidade em face de agentes públicos eleitos, ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança, submetem-se ao prazo prescricional de 05 anos, cujo termo *a quo* é o término do mandato ou do exercício funcional, consoante a *ratio essendi* do art. 23, inciso I, da Lei n. 8.429/1992.

9. *In casu*, o mandato do co-réu, à época Prefeito do Município de São Bernardo do Campo, expirou em 31.12.1988 (fl. 1.117), a lavratura da escritura pública relativa à permuta de 04 (quatro) imóveis públicos, situados no perímetro central de São Bernardo do Campo-SP, por imóvel localizado na zona rural do mesmo município, efetivou-se em 23.10.1988 (fls. 1.114) e Ação Civil Pública foi ajuizada em 28.05.1999 (fl. 33-56), o que revela a inarredável ocorrência da prescrição.

10. A conduta antijurídica imputada ao requerido, ora recorrente, foi examinada pelo Tribunal local, *litteris*: “Possível, desde já, o julgamento pelo mérito principal (§ 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, por aplicação analógica, já versar causa a não se trata de que exclusivamente questão de direito). É que a matéria de fato foi suficientemente discutida; desnecessária a prova requerida pelo réu Aron (ff. 1.000-1.001), além de que cabia a ele fazer a juntada do documento pretendido, que ele mesmo poderia ter requerido junto à Câmara (artigos 396 e 397, ambos do Código de Processo Civil) e o réu José Roberto requereu expressamente esse julgamento, com o que ficou sem efeito o pedido de prova pericial que anteriormente fizera (f. 998).

Ainda que a notícia do fato tenha sido levada ao conhecimento do Ministério Público por repulsivo espírito oportunismo e de vingança de lojistas prejudicados com a permuta, não se pode afastar a necessidade de se verificar se realmente houve dano também ao erário.

A prova não permite dúvida a respeito de que os réus causaram dano ao patrimônio de municipal e que a permuta decorreu de improbidade.

O laudo extrajudicial com que o autor instruiu a inicial foi elaborado mediante pesquisa de ofertas feitas em jornais da época da permuta (f. 520), o que não foi contraditado pelos réus, e mostrou o prejuízo sofrido pela Municipalidade.

Nem se pode falar em critérios de oportunidade e conveniência (artigo 2º da Constituição da República). O desvio de finalidade aparece cristalino quando se vê que a alegada justificativa para a permuta (um clube náutico para advogados,

que prestigiaria o Município) nem foi tentada, e que inicialmente outro seria o destino da gleba rural (f. 354: parque municipal do trabalhador), quando de primeira remessa de projeto de aprovação da permuta à Câmara Municipal. Nem afasta a certeza do desvio de finalidade, permuta no interesse do particular, a cópia de f. 388, que dá notícia de comparecimento da Dra. Presidente da 39ª Subsecção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil. Não aprovada a permuta em benefício do parque do trabalhador, tentou-se, com êxito, fazê-la para outro destino, mas que não foi dado à gleba, ocupada por arrendatários.

Todavia, declarada a nulidade da permuta, como pedido, o prejuízo do patrimônio público, em face do pedido, será só da quantia que a Municipalidade voltou ao particular, e não da soma dessa quantia mais a diferença de valor" (fls. 1.330-1.331)

11. O elemento subjetivo constante no dolo é imperioso nos delitos de improbidade, por isso que a autorização legislativa obtida, *in casu*, o afasta, conjurando *a fortiori* o ilícito imputado.

12. Recurso Especial provido para acolher a prescrição quinquenal da Ação Civil Pública, mercê da inexistência de prova de dolo, restando prejudicada a apreciação das demais questões suscitadas. (REsp n. 727.131-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 23.04.2008).

Sustentam os embargantes que:

(...)

Destarte, as ações de ressarcimento ao erário, onde não se discute da existência de ato de improbidade administrativa, possuem legislação própria, decorrente da aplicação dos art. 1º, Decreto n. 20.910/1932 c.c. art. 21, Lei n. 4.717/1965 c.c. art. 23, Lei n. 8.429/1992 c.c. art. 1º-C, Lei n. 9.494/1997.

(...)

É que a norma constitucional, inscrita no art. 37, § 5º, da CR, reservou a imprescritibilidade as ações de ressarcimento à Fazenda Pública, onde se discute a ocorrência de improbidade administrativa, e não a qualquer demanda.

(...)

Destarte, no caso dos autos não há tipificação pelo Ministério Público de ato de improbidade administrativa, e sim se discute sobre a legalidade ou ilegalidade de ato normativo municipal que fixou os subsídios, não de divisa, em ao menos dolo ou culpa.

Desta feita, as ações de ressarcimento, onde não de divisa a existência de ato de improbidade administrativa, restam afetas ao regime jurídico próprio, normatizado pela legislação infraconstitucional específica, nos termos do art. 1º, Decreto n. 20.910/1932 c.c. art. 21, Lei n. 4.717/1965 c.c. art. 23, Lei n. 8.429/1992 c.c. art. 1º-C, Lei n. 9.494/1997. (fls. 675-676).

Presentes os requisitos regimentais, os embargos foram admitidos para dirimir dissídio jurisprudencial acerca da prescritibilidade das ações civis públicas ajuizadas visando ao ressarcimento de dano ao erário.

O Ministério Público Federal, em contrarrazões, alegou o seguinte:

(...)

18. Com efeito, o artigo 23, I, da Lei n. 8.129/1992, estabelece o prazo prescricional de 05 (cinco) anos para a aplicação das penalidades nela previstas e, nesse contexto, verifica-se que esse prazo só se refere a essas ações sancionatórias e não àquelas que visam o ressarcimento do dano, pois este não se constitui sanção, mas um dever legal imposto a quem agindo contra o direito causa danos ao erário e que deve, por consequência, repará-los a qualquer tempo.

19. Ademais, revela-se estéril a discussão sobre a possibilidade de ocorrer a prescrição das ações de ressarcimento ao erário, haja vista que, conforme o art. 37, § 5º, da Carta Política, “a Lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízo ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento” (fl. 815).

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Hamilton Carvalhido (Relator): Senhor Presidente, embargos de divergência interpostos por Agenor Miguel da Silva e outros contra acórdão da Segunda Turma desta Corte de Justiça, assim ementado:

Processual Civil e Administrativo. Ação civil pública. Dano ao erário. Ressarcimento. Imprescritibilidade.

1. Hipótese em que o Ministério Público ajuizou Ação Civil Pública com o fito de reaver valores pagos em excesso a vereadores municipais.

2. A pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao Erário é imprescritível. Precedentes do STJ e do STF.

3. Agravo Regimental não provido. (fl. 625).

Assim decidindo, alegam os embargantes, divergiu o acórdão embargado do aresto da Primeira Turma, assim sumariado:

Processual Civil. Recurso especial. Ação civil pública. Ressarcimento de danos ao patrimônio público. Prazo prescricional da ação popular. Analogia (*ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*). Prescrição reconhecida.

1. A Ação Civil Pública e a Ação Popular veiculam pretensões relevantes para a coletividade.

2. Destarte, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia *legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Civis Públicas, tal como ocorre com a prescritibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*. Precedentes do STJ: REsp n. 890.552-MG, Relator Ministro José Delgado, DJ de 22.03.2007 e REsp n. 406.545-SP, Relator Ministro Luiz Fux, DJ 09.12.2002.

3. Ação Civil Pública ajuizada pelo Ministério Público Estadual em face de ex-prefeito e co-réu, por ato de improbidade administrativa, causador de lesão ao erário público e atentatório dos princípios da Administração Pública, consistente na permuta de 04 (quatro) imóveis públicos, situados no perímetro central de São Bernardo do Campo-SP, por imóvel localizado na zona rural do mesmo município, de propriedade de do co-réu, objetivando a declaração de nulidade da mencionada permuta, bem como a condenação dos requeridos, de forma solidária, ao ressarcimento ao erário do prejuízo causado ao município no valor Cz\$ 114.425.391,01 (cento e quatorze milhões, quatrocentos e vinte e cinco mil cruzeiros e trezentos e noventa e um centavos), que, atualizado pelo *Parquet* Estadual por ocasião do recurso de apelação, equivale a R\$ 1.760.448,32 (um milhão, setecentos e sessenta mil, quatrocentos e quarenta e oito reais e trinta e dois centavos) (fls. 1.121-1.135).

4. A Medida Provisória n. 2.180-35 editada em 24.08.2001, no afã de dirimir dúvidas sobre o tema, introduziu o art. 1º-C na Lei n. 9.494/1997 (que alterou a Lei n. 7.347/1985), estabelecendo o prazo prescricional de cinco anos para ações que visam a obter indenização por danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e privado prestadores de serviço público, senão vejamos: "Art. 4º. A Lei n. 9.494, de 10 de setembro de 1997, passa a vigorar acrescida dos seguintes artigos: 'Art. 1º-C. Prescreverá em cinco anos o direito de obter indenização dos danos causados por agentes de pessoas jurídicas de direito público e de pessoas jurídicas de direito privado prestadoras de serviços públicos.'" (NR)

5. A Lei n. 8.429/1992, que regula o ajuizamento das ações civis de improbidade administrativa em face de agentes públicos, dispõe em seu art. 23: "Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego."

6. A doutrina do tema assenta que: "Trata o art. 23 da prescrição das ações civis de improbidade administrativa(...). O prazo prescricional é de 05 anos para serem

ajuizadas contra agentes públicos eleitos ou ocupantes de cargo de comissão ou de função de confiança, contados a partir do término do mandato ou do exercício funcional (inciso I). O prazo prescricional em relação aos demais agentes públicos que exerçam cargo efetivo ou emprego público, é o estabelecido em lei específica para as faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público (inciso II). No âmbito da União, é de 05 anos e começa a correr da data em que o fato tornou-se conhecido, não pendendo causa interruptiva ou suspensiva, e dos Estados ou Municípios, no prazo previsto nas leis por eles editadas sobre essa matéria. No caso de particulares acionados por ato de improbidade administrativa, por serem coniventes com o agente público improbo, tendo induzido-os ou concorrendo para a sua prática, entendo eu, que observa a regra dos incisos I ou II, conforme a qualificação do agente público envolvido. (...)” Marino Pazzaglini Filho, *in* Lei de Improbidade Administrativa Comentada, Atlas, 2007, p. 228-229. 7. Sob esse enfoque também é assente que: “(...) No entanto, não se pode deixar de trazer à baila, disposições a respeito da Ação Civil Pública trazidas pela Lei n. 8.429/1992, que visa o controle da probidade administrativa, quando o ato de improbidade é cometido por agente público que exerça mandato, ou cargo em comissão com atribuições de direção, chefia e assessoramento, ou função de confiança.”

O art. 23 da Lei n. 8.429/1992 dispõe: “Art. 23. As ações destinadas a levar a efeitos as sanções previstas nesta lei podem ser propostas: I - até cinco anos após o término do exercício de mandato, de cargo em comissão ou de função de confiança; II - dentro do prazo prescricional previsto em lei específica para faltas disciplinares puníveis com demissão a bem do serviço público, nos casos de exercício de cargo efetivo ou emprego.

Nota-se que simplesmente limitar-se a dizer que as ações civis públicas não prescrevem, não nos parece cientificamente correto afirmar, haja vista que o inc. I do art. 23 se refere ao prazo prescricional da Ação Civil Pública, quando o ato de improbidade administrativa tiver sido cometido por agente político, exercente dos cargos públicos e funções disciplinadas na citada lei.

Em relação aos casos não previstos no artigo acima citado, Mateus Eduardo Siqueira Nunes, citando Hely Lopes Meirelles, que entende que diante da ausência de previsão específica, estariam na falta de lei fixadora do prazo prescricional, não pode o servidor público ou o particular ficar perpetuamente sujeito a sanção administrativa por ato ou fato praticado há muito tempo. A esse propósito, o STF já decidiu que “a regra é a da prescritibilidade”. Entendemos que, quando a lei não fixa o prazo da prescrição administrativa, esta deve ocorrer em cinco anos, à semelhança da prescrição das ações pessoais contra a Fazenda Pública (Dec. n. 20.910/1932), das punições dos profissionais liberais (Lei n. 6.838/1980 e para a cobrança do crédito tributário (CTN, art. 174)” Fábio Lemos Zanão *in* Revista do Instituto dos Advogados de São Paulo, RT, 2006, p 33-34. 8. A exegese dos dispositivos legais atinentes à questão *sub examine* conduz à conclusão de que o ajuizamento das ações de improbidade em face de agentes públicos eleitos,

ocupantes de cargo em comissão ou de função de confiança, submetem-se ao prazo prescricional de 05 anos, cujo termo *a quo* é o término do mandato ou do exercício funcional, consoante a *ratio essendi* do art. 23, inciso I, da Lei n. 8.429/1992.

9. *In casu*, o mandato do co-réu, à época Prefeito do Município de São Bernardo do Campo, expirou em 31.12.1988 (fl. 1.117), a lavratura da escritura pública relativa à permuta de 04 (quatro) imóveis públicos, situados no perímetro central de São Bernardo do Campo-SP, por imóvel localizado na zona rural do mesmo município, efetivou-se em 23.10.1988 (fls. 1.114) e Ação Civil Pública foi ajuizada em 28.05.1999 (fl. 33-56), o que revela a inarredável ocorrência da prescrição.

10. A conduta antijurídica imputada ao requerido, ora recorrente, foi examinada pelo Tribunal local, *litteris*: "Possível, desde já, o julgamento pelo mérito principal (§ 3º do artigo 515 do Código de Processo Civil, por aplicação analógica, já versar causa a não se trata de que exclusivamente questão de direito). É que a matéria de fato foi suficientemente discutida; desnecessária a prova requerida pelo réu Aron (ff. 1.000-1.001), além de que cabia a ele fazer a juntada do documento pretendido, que ele mesmo poderia ter requerido junto à Câmara (artigos 396 e 397, ambos do Código de Processo Civil) e o réu José Roberto requereu expressamente esse julgamento, com o que ficou sem efeito o pedido de prova pericial que anteriormente fizera (f. 998).

Ainda que a notícia do fato tenha sido levada ao conhecimento do Ministério Público por repulsivo espírito oportunismo e de vingança de lojistas prejudicados com a permuta, não se pode afastar a necessidade de se verificar se realmente houve dano também ao erário.

A prova não permite dúvida a respeito de que os réus causaram dano ao patrimônio de municipal e que a permuta decorreu de improbidade.

O laudo extrajudicial com que o autor instruiu a inicial foi elaborado mediante pesquisa de ofertas feitas em jornais da época da permuta (f. 520), o que não foi contraditado pelos réus, e mostrou o prejuízo sofrido pela Municipalidade.

Nem se pode falar em critérios de oportunidade e conveniência (artigo 2º da Constituição da República). O desvio de finalidade aparece cristalino quando se vê que a alegada justificativa para a permuta (um clube náutico para advogados, que prestigiaria o Município) nem foi tentada, e que inicialmente outro seria o destino da gleba rural (f. 354: parque municipal do trabalhador), quando de primeira remessa de projeto de aprovação da permuta à Câmara Municipal. Nem afasta a certeza do desvio de finalidade, permuta no interesse do particular, a cópia de f. 388, que dá notícia de comparecimento da Dra. Presidente da 39ª Subseção de São Paulo da Ordem dos Advogados do Brasil. Não aprovada a permuta em benefício do parque do trabalhador, tentou-se, com êxito, fazê-la para outro destino, mas que não foi dado à gleba, ocupada por arrendatários.

Todavia, declarada a nulidade da permuta, como pedido, o prejuízo do patrimônio público, em face do pedido, será só da quantia que a Municipalidade voltou ao particular, e não da soma dessa quantia mais a diferença de valor." (fls. 1.330-1.331)

11. O elemento subjetivo constante no dolo é imperioso nos delitos de improbidade, por isso que a autorização legislativa obtida, *in casu*, o afasta, conjurando *a fortiori* o ilícito imputado.

12. Recurso Especial provido para acolher a prescrição quinquenal da Ação Civil Pública, mercê da inexistência de prova de dolo, restando prejudicada a apreciação das demais questões suscitadas. (REsp n. 727.131-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 11.03.2008, DJe 23.04.2008).

Enquanto o acórdão embargado decidiu que a ação civil pública que busca ressarcimento de dano ao erário ainda que não decorrente de improbidade administrativa é imprescritível, o acórdão paradigma decidiu que, excluído o dolo à caracterizar a improbidade, ocorre em cinco anos a prescrição para as ações civis públicas de ressarcimento de danos ao erário.

Manifesta a divergência entre esses julgados, devidamente comprovada na forma do disposto no artigo 255, parágrafos 1º e 2º, do Regimento Interno do Superior Tribunal de Justiça, conhecimento dos presentes embargos de divergência.

Cuida-se de ação civil pública em que se busca o ressarcimento ao erário dos valores percebidos a mais por vereadores do Município de Oriente.

Por oportuno, é de se ter em conta a letra do mandamento constitucional que trata das ações de ressarcimento ao erário:

Art. 37 A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte:

(...)

§ 5º - A lei estabelecerá os prazos de prescrição para ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, que causem prejuízos ao erário, ressalvadas as respectivas ações de ressarcimento.

A prescritibilidade é regra geral do direito, corolário do princípio da segurança jurídica, ante a necessidade de certeza nas relações jurídicas. Desse modo, a Constituição excepcionalmente estabeleceu os casos em que não corre a prescrição. E, considerando-se que a prescrição é a regra no direito brasileiro, qualquer exceção deve ser interpretada restritivamente.

Assim, deve ocorrer, em regra, a prescrição para o Estado quando inerte na exigibilidade de seus direitos, sendo que as hipóteses de imprescritibilidade devem ser interpretadas em consonância com o princípio da segurança jurídica, corolário do Estado democrático de direito.

Portanto, a imprescritibilidade das ações de ressarcimento dos danos causados por ilícitos praticados por qualquer agente, servidor ou não, estabelecida no parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição, deve ser interpretada em conjunto com o capítulo da Carta Maior em que se insere tal dispositivo.

É de se ter em conta, pois, que, no dispositivo da Carta Política que trata dos princípios que devem reger a Administração Pública, são disciplinadas as sanções imponíveis aos atos de improbidade administrativa, que violam um dos princípios fundamentais à Administração, qual seja, o da moralidade. Nesse prisma, sendo os atos ímprobos de alto grau de reprovabilidade, o legislador deve estabelecer sanções equivalentes à gravidade das condutas.

E, embora corra prescrição para a apuração e aplicação de penalidades para esses ilícitos, hoje disciplinada no artigo 23 da Lei n. 8.429/1992, o ressarcimento relativo aos danos provocados por estes atos pode ser buscado a qualquer tempo, nos termos do parágrafo 5º do artigo 37 da Constituição Federal.

Ou seja, a insuscetibilidade aos prazos prescricionais da pretensão de ressarcimento de dano ao erário exclusivamente quando causado por ato de improbidade administrativa não se traduz em uma incompatibilidade com os princípios gerais do direito, uma vez que se trata de recomposição do dano causado por ato de alta reprovabilidade, e que é o interesse maior da Administração Pública, confundindo-se com o próprio interesse público.

E esta interpretação do dispositivo constitucional em questão garante que a excepcional hipótese de imprescritibilidade não seja aplicada a situações que não se configurem como causas de extrema gravidade a justificar a exceção à regra da prescritibilidade.

Nesse sentido vem se posicionando esta Corte Superior de Justiça:

Processual Civil e Administrativo. Argumento recursal de natureza constitucional. Recurso especial. Via inadequada. Competência do STF. Improbidade administrativa. Prejuízo ao erário. Pretensão ressarcitória. Imprescritibilidade.

1. Impossível conhecer do recurso especial no que tange à alegada violação ao art. 17, §§ 1º, 2º, 3º e 4º, da Lei n. 8.429/1992, pois o que pretende o recorrente, na verdade, é obter pronunciamento acerca da sistemática de vigência e revogação de medidas provisórias na forma como dispõem dispositivos constitucionais. Portanto, o argumento tem natureza constitucional, cuja competência para análise é do Supremo Tribunal Federal, constituindo o recurso especial via inadequada.

2. É pacífico o entendimento desta Corte Superior no sentido de que a pretensão de ressarcimento por prejuízo causado ao erário, manifestada na via da ação civil pública por improbidade administrativa, é imprescritível. Daí porque o art. 23 da Lei n. 8.429/1992 tem âmbito de aplicação restrito às demais sanções prevista no corpo do art. 12 do mesmo diploma normativo. Precedentes.

3. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido. (REsp n. 1.199.617-RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 16.09.2010, DJe 08.10.2010).

Administrativo. Ação de improbidade administrativa. Sanções aplicáveis. Ressarcimento de dano ao erário público. Prescrição.

1. As punições dos agentes públicos, nestes abrangidos o servidor público e o particular, por cometimento de ato de improbidade administrativa estão sujeitas à prescrição quinquenal (art. 23 da Lei n. 8.429/1992).

2. Diferentemente, a ação de ressarcimento dos prejuízos causados ao erário é imprescritível (art. 37, § 5º, da Constituição).

3. Recurso especial conhecido e provido. (REsp n. 1.067.561-AM, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 05.02.2009, DJe 27.02.2009).

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Prazo prescricional. Condenação do Ministério Público em honorários. Descabimento, salvo hipótese de atuação de má-fé.

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

2. Ressalvada a hipótese de ressarcimento de dano ao erário fundado em ato de improbidade, prescreve em cinco anos a ação civil pública disciplinada na Lei n. 7.347/1985, mormente quando, como no caso, deduz pretensão suscetível de ser formulada em ação popular. Aplicação, por analogia, do art. 21 da Lei n. 4.717/1965. Precedentes.

3. Em sede de ação civil pública, não cabe a condenação do Ministério Público em honorários advocatícios, salvo comprovada atuação de má-fé. Precedentes.

4. Recurso especial do réu parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, prejudicado o da Fazenda Pública. (REsp n. 764.278-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, DJe 28.05.2008).

Desse modo, não sendo o caso de dano causado por ato de improbidade administrativa, aplica-se à ação civil pública que visa ao ressarcimento de dano ao erário o prazo prescricional quinquenal, por analogia ao artigo 21 da Lei n. 4.717/1965, que estabelece este prazo para as pretensões veiculadas por meio de ação popular.

Nesse sentido:

Administrativo e Processual Civil. Ação civil pública. Prazo prescricional. Condenação do Ministério Público em honorários. Descabimento, salvo hipótese de atuação de má-fé.

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

2. Ressalvada a hipótese de ressarcimento de dano ao erário fundado em ato de improbidade, prescreve em cinco anos a ação civil pública disciplinada na Lei n. 7.347/1985, mormente quando, como no caso, deduz pretensão suscetível de ser formulada em ação popular. Aplicação, por analogia, do art. 21 da Lei n. 4.717/1965. Precedentes.

3. Em sede de ação civil pública, não cabe a condenação do Ministério Público em honorários advocatícios, salvo comprovada atuação de má-fé. Precedentes.

4. Recurso especial do réu parcialmente conhecido e, nessa parte, provido, prejudicado o da Fazenda Pública. (REsp n. 764.278-SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 22.04.2008, DJe 28.05.2008).

Ação civil pública. Ministério Público. Legitimidade. Prescrição. Cerceamento de defesa. Ausência.

1. O Ministério Público é parte legítima para promover Ação Civil Pública visando ao ressarcimento de dano ao erário público.

2. O Ministério Público, por força do art. 129, III, da CF/1988, é legitimado a promover qualquer espécie de ação na defesa do patrimônio público social, não se limitando à ação de reparação de danos. Destarte, nas hipóteses em que não atua na condição de autor, deve intervir como *custos legis* (LACP, art. 5º, § 1º; CDC, art. 92; ECA, art. 202 e LAP, art. 9º).

3. A carta de 1988, ao evidenciar a importância da cidadania no controle dos atos da administração, com a eleição dos valores imateriais do art. 37, da CF como tuteláveis judicialmente, coadjuvados por uma série de instrumentos processuais de defesa dos interesses transindividuais, criou um microssistema de tutela de interesses difusos referentes à probidade da administração pública, nele encartando-se a Ação Popular, a Ação Civil Pública e o Mandado de Segurança Coletivo, como instrumentos concorrentes na defesa desses direitos eclipsados por cláusulas pétreas.

4. Em conseqüência, legitima-se o Ministério Público a toda e qualquer demanda que vise à defesa do patrimônio público sob o ângulo material (perdas e danos) ou imaterial (lesão à moralidade).

5. A nova ordem constitucional erigiu um autêntico “concurso de ações” entre os instrumentos de tutela dos interesses transindividuais e, *a fortiori*, legitimou o Ministério Público para o manejo dos mesmos.

6. A Ação Civil Pública não veicula bem jurídico mais relevante para a coletividade do que a Ação Popular. Aliás, a bem da verdade, hodiernamente ambas as ações fazem parte de um microsistema de tutela dos direitos difusos onde se encartam a moralidade administrativa sob seus vários ângulos e facetas. Assim, à míngua de previsão do prazo prescricional para a propositura da Ação Civil Pública, inafastável a incidência da analogia *legis*, recomendando o prazo quinquenal para a prescrição das Ações Cíveis Públicas, tal como ocorre com a prescribibilidade da Ação Popular, porquanto *ubi eadem ratio ibi eadem legis dispositio*.

7. O STJ sedimentou o entendimento no sentido de que o julgamento antecipado da lide (art. 330, I, CPC), não implica cerceamento de defesa, se desnecessária a instrução probatória.

8. Recursos Especiais providos para acolher a prescrição quinquenal da ação civil pública. Recurso Especial da empresa à que se nega provimento. (REsp n. 406.545-SP, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 21.11.2002, DJ 09.12.2002, p. 292).

*In casu*, trata-se de dano ao erário ocorrido no ano de 1990, não decorrente de improbidade administrativa, ao qual se aplica, portanto, à respectiva ação de ressarcimento, proposta somente no ano de 1998, o prazo prescricional quinquenal, conforme assente nesta Corte Superior de Justiça.

Pelo exposto, *acolho* os embargos de divergência para negar provimento ao recurso especial.

*É o voto.*

---

**RECURSO ESPECIAL N. 993.164-MG (2007/0231187-3)**

---

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Exportadora Princesa do Sul Ltda.

Advogado: Adriano Ferreira Sodré e outro(s)  
Recorrente: Fazenda Nacional  
Procuradores: Claudio Xavier Seefelder Filho  
Everton Lopes Nunes e outro(s)  
Recorrido: Os mesmos

---

### EMENTA

Processual Civil. Recurso especial representativo de controvérsia. IPI. Crédito presumido para ressarcimento do valor do PIS/Pasep e da Cofins. Empresas produtoras e exportadoras de mercadorias nacionais. Lei n. 9.363/1996. Instrução Normativa SRF n. 23/97. Condicionamento do incentivo fiscal aos insumos adquiridos de fornecedores sujeitos à tributação pelo PIS e pela Cofins. Exorbitância dos limites impostos pela lei ordinária. Súmula Vinculante n. 10-STF. Observância. Instrução normativa (ato normativo secundário). Correção monetária. Incidência. Exercício do direito de crédito postergado pelo Fisco. Não caracterização de crédito escritural. Taxa Selic. Aplicação. Violação do artigo 535, do CPC. Inocorrência.

1. O crédito presumido de IPI, instituído pela Lei n. 9.363/1996, não poderia ter sua aplicação restringida por força da Instrução Normativa SRF n. 23/97, ato normativo secundário, que não pode inovar no ordenamento jurídico, subordinando-se aos limites do texto legal.

2. A Lei n. 9.363/1996 instituiu *crédito presumido de IPI para ressarcimento do valor do PIS/Pasep e Cofins*, ao dispor que:

Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a *crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados*, como *ressarcimento das contribuições* de que tratam as Leis Complementares n. 7, de 07 de setembro de 1970, n. 8, de 03 de dezembro de 1970, e de dezembro de 1991, *incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.*

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

3. O artigo 6º, do aludido diploma legal, determina, ainda, que “o Ministro de Estado da Fazenda expedirá as instruções necessárias ao cumprimento do disposto nesta Lei, inclusive quanto aos requisitos e periodicidade para apuração e para fruição do crédito presumido e respectivo ressarcimento, à definição de receita de exportação e aos documentos fiscais comprobatórios dos lançamentos, a esse título, efetuados pelo produtor exportador”.

4. O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições, expediu a *Portaria n. 38/97*, dispondo sobre o cálculo e a utilização do crédito presumido instituído pela Lei n. 9.363/1996 e autorizando o Secretário da Receita Federal a expedir normas complementares necessárias à implementação da aludida portaria (*artigo 12*).

5. Nesse segmento, o Secretário da Receita Federal expediu a *Instrução Normativa n. 23/97* (revogada, sem interrupção de sua força normativa, pela Instrução Normativa n. 313/2003, também revogada, nos mesmos termos, pela Instrução Normativa n. 419/2004), assim preceituando:

Art. 2º Fará jus ao crédito presumido a que se refere o artigo anterior a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais.

§ 1º O direito ao crédito presumido aplica-se inclusive:

I - Quando o produto fabricado goze do benefício da alíquota zero;

II - nas vendas a empresa comercial exportadora, com o fim específico de exportação.

§ 2º O crédito presumido relativo a produtos oriundos da atividade rural, conforme definida no art. 2º da Lei n. 8.023, de 12 de abril de 1990, utilizados como matéria-prima, produto intermediário ou embalagem, na produção bens exportados, será calculado, exclusivamente, em relação às aquisições, efetuadas de pessoas jurídicas, sujeitas às contribuições PIS/Pasep e Cofins.

6. Com efeito, o § 2º, do artigo 2º, da Instrução Normativa SRF n. 23/97, restringiu a dedução do crédito presumido do IPI (instituído pela Lei n. 9.363/1996), no que concerne às empresas produtoras e exportadoras de produtos oriundos de atividade rural, às aquisições, no mercado interno, efetuadas de pessoas jurídicas sujeitas às contribuições destinadas ao PIS/Pasep e à Cofins.

7. Como de sabença, a validade das instruções normativas (atos normativos secundários) pressupõe a estrita observância dos

*limites impostos pelos atos normativos primários a que se subordinam (leis, tratados, convenções internacionais, etc.), sendo certo que, se vierem a positivar em seu texto uma exegese que possa irromper a hierarquia normativa sobrejacente, viciar-se-ão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade (Precedentes do Supremo Tribunal Federal: ADI n. 531 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11.12.1991, DJ 03.04.1992; e ADI n. 365 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07.11.1990, DJ 15.03.1991).*

8. Conseqüentemente, sobressai a “ilegalidade” da instrução normativa que extrapolou os limites impostos pela Lei n. 9.363/1996, ao excluir, da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI, as aquisições (relativamente aos produtos oriundos de atividade rural) de matéria-prima e de insumos de fornecedores não sujeito à tributação pelo PIS/Pasep e pela Cofins (Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp n. 849.287-RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.08.2010, DJe 28.09.2010; AgRg no REsp n. 913.433-ES, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04.06.2009, DJe 25.06.2009; REsp n. 1.109.034-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16.04.2009, DJe 06.05.2009; REsp n. 1.008.021-CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.04.2008, DJe 11.04.2008; REsp n. 767.617-CE, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 15.02.2007; REsp n. 617.733-CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 24.08.2006; e REsp n. 586.392-RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.10.2004, DJ 06.12.2004).

9. É que: (i) “a Cofins e o PIS oneram em cascata o produto rural e, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-exportador, mesmo não havendo incidência na sua última aquisição”; (ii) “o Decreto n. 2.367/1998 - Regulamento do IPI -, posterior à Lei n. 9.363/1996, não fez restrição às aquisições de produtos rurais”; e (iii) “a base de cálculo do ressarcimento é o valor total das aquisições dos insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes” (REsp n. 586.392-RN).

10. A Súmula Vinculante n. 10-STF cristalizou o entendimento de que:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a

inconstitucionalidade de lei ou *ato normativo do poder público*, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

11. Entrementes, é certo que a exigência de observância à cláusula de reserva de plenário não abrange os atos normativos secundários do Poder Público, uma vez não estabelecido confronto *direto* com a Constituição, razão pela qual inaplicável a Súmula Vinculante n. 10-STF à espécie.

12. *A oposição constante de ato estatal*, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito de IPI (decorrente da aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade), *descaracteriza referido crédito como escritural* (assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil), *exurgindo legítima a incidência de correção monetária, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco* (*Aplicação analógica do precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp n. 1.035.847-RS*, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 24.06.2009, DJe 03.08.2009).

13. *A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção* (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) *autoriza a aplicação da Taxa Selic* (a partir de janeiro de 1996) *na correção monetária dos créditos extemporaneamente aproveitados por óbice do Fisco* (*REsp n. 1.150.188-SP*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.04.2010, DJe 03.05.2010).

14. Outrossim, a apontada ofensa ao artigo 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que 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, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

15. Recurso especial da empresa provido para reconhecer a incidência de correção monetária e a aplicação da Taxa Selic.

16. Recurso especial da Fazenda Nacional desprovido.

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

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso especial da Empresa e negar provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Cesar Asfor Rocha e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 13 de dezembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

---

DJe 17.12.2010

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recursos especiais interpostos pela *Fazenda Nacional*, com fulcro na alínea **a**, do permissivo constitucional, e por *Exportadora Princesa do Sul Ltda.*, com espeque nas alíneas **a** e **c**, no intuito de verem reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja ementa restou assim vazada:

Constitucional e Tributário. IPI. Prescrição. Crédito presumido de IPI. Lei n. 9.363/1996. Instrução Normativa n. 23/97. Direito de creditamento. Correção monetária. Selic.

I. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento de que, nas ações que visam ao reconhecimento do direito ao creditamento escritural de IPI, o prazo prescricional é de cinco anos, contados da data da propositura da ação.

II. Não subsiste qualquer condicionamento para fazer jus ao benefício fiscal do crédito presumido de IPI a não ser a comprovação de ser a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais, pois sendo um benefício que visa o incentivo à exportação, basta seja comprovada tal atividade pela empresa postulante.

III. O reconhecimento do direito ao crédito presumido de IPI depende da subsunção dos fatos trazidos pela empresa requerente ao disposto no art. 1º, da Lei n. 9.363/1996. A apuração dos valores, especialmente da base de cálculo, será definida no âmbito administrativo pelas autoridades competentes (SRF).

IV. Não poderia instrução normativa ir além das previsões contidas na Lei n. 9.363/1996, extrapolando os limites estabelecidos por esta lei, sob pena de ferir o princípio da hierarquia de normas jurídicas.

V. A IN n. 23/97, restringindo a dedução do crédito presumido do IPI somente às pessoas jurídicas contribuintes efetivas do PIS/Pasep e Cofins, fere o princípio da legalidade estrita, ao ultrapassar os limites impostos pela Lei n. 9.363/1996.

VI. Não cabe correção monetária na operação de simples escrituração.

VII. Apelação da União improvida.

VIII. Remessa oficial parcialmente provida, para excluir a aplicação da Taxa Selic.

Noticiam os autos que *Exportadora Princesa do Sul Ltda.*, pessoa jurídica destinada ao comércio, produção e exportação de café em grão, *ajuizou ação ordinária, com pedido de antecipação dos efeitos da tutela jurisdicional*, em desfavor da *Fazenda Nacional*, objetivando a declaração *incidenter tantum* da inconstitucionalidade da Instrução Normativa n. 23/97 e o reconhecimento de seu direito de usufruir do benefício fiscal advindo do crédito presumido de IPI, previsto na Medida Provisória n. 948/1995 (convertida na Lei n. 9.363/1996), “para ressarcimento de 5,37% sobre as bases de cálculo do PIS e da Cofins incidentes sobre os insumos destinados à produção do café cru adquirido de produtores rurais e suas cooperativas, e utilizado no processo de industrialização de que resultam os diversos tipos de cafés para exportação, podendo incluir na base de cálculo do incentivo fiscal a energia elétrica consumida pelas máquinas e equipamentos utilizados no processo produtivo, bem como o material de embalagem utilizado no acondicionamento do produto final exportado, em conformidade com a IN n. 21/97, na redação dada pela IN n. 73/97”.

O pedido de antecipação de tutela foi indeferido, por força da Súmula n. 212-STJ e do artigo 1º, § 5º, da Lei n. 8.437/1992, que vedam o deferimento de compensação via medida liminar.

O pedido de reconsideração formulado pela empresa autora também restou indeferido.

Sobreveio sentença que julgou procedente o pedido, “declarando inválida (porque inconstitucional) a IN-SRF n. 23/97, e reconhecendo à autora o direito de beneficiar-se do incentivo fiscal correspondente ao período compreendido entre a edição da MP n. 948/1995 (convertida na Lei n. 9.363/1996) e o advento da MP n. 1.807, aplicando-se a Taxa Referencial Selic na correção do crédito”.

O Tribunal de origem, nos termos da ementa anteriormente transcrita, negou provimento à apelação fazendária e deu parcial provimento à remessa oficial a fim de que excluída a aplicação da Taxa Selic na correção do crédito. No voto-condutor do acórdão recorrido, restou assente que:

A autora, Exportadora Princesa do Sul Ltda., sociedade comercial cujo objeto é a exploração de compra, venda, armazenagem, preparo e exportação de café, pleiteia, por meio desta ação ordinária, seja declarada a inconstitucionalidade da Instrução Normativa n. 23/97.

Requer, em antecipação dos efeitos da tutela, seja determinado à autoridade administrativa que conceda o benefício fiscal advindo do crédito presumido da MP n. 948/1995, convertida na Lei n. 9.363/1996, para ressarcimento dos 5,37% sobre as bases de cálculo do PIS e Cofins incidentes sobre os insumos destinados à produção de café cru adquirido de produtores rurais e suas cooperativas, e utilizado no processo de industrialização de que resultam os diversos tipos de café para exportação, podendo incluir na base de cálculo do incentivo fiscal a energia elétrica consumida pelas máquinas e equipamentos utilizados no processo produtivo, bem como o material de embalagem usada no acondicionamento do produto final exportado, nos termos da IN n. 21/97, na redação dada pela IN n. 73/97.

Em pedido final, pleiteia a procedência da ação, para declarar o direito desta Suplicante ao crédito presumido sobre exportação e condenar a suplicada a se abster de negar o direito ao aproveitamento perquirido.

A sentença julgou procedente o pedido, reconhecendo à autora o direito de beneficiar-se do incentivo fiscal correspondente ao período compreendido entre a edição da MP n. 948/1995 (convertida em Lei n. 9.363/1996) e o advento da MP n. 1.807, aplicando-se a Taxa Referencial Selic na correção do crédito.

Importante, assim, delinear tais aspectos para assentar que *a controvérsia gira em torno do reconhecimento quanto ao benefício fiscal advindo do crédito presumido de IPI, previsto na Lei n. 9.363/1996, e, conseqüentemente, de ter o direito de aproveitamento dos créditos fiscais pretéritos por meio da compensação, no âmbito administrativo.*

**PRELIMINAR – AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR:**

Em preliminar, a Fazenda suscita carência de interesse e direito de postular da autora, pois não seria ela contribuinte do IPI, não havendo crédito, por não ter havido pagamento nas operações anteriores ou comprovação de tais pagamentos e nem cascata que desaguasse nos custos da apelada; e também, não há como presumir crédito se não houve operações potencialmente tributáveis pelo IPI, não configurando, assim, o fato gerador e a base de cálculo.

Entendendo que tal preliminar se confunde com o próprio mérito da controvérsia, pelo que passo a examinar.

PREJUDICIAL – PRESCRIÇÃO:

O prazo prescricional, no tópico, conta-se na forma de créditos não-tributários sendo, portanto, quinquenal, nos termos de Decreto n. 20.910/1932. É que busca a Autora o reconhecimento do direito ao benefício fiscal advindo do crédito presumido de IPI e, não, de restituição de pagamento indevido ou a maior.

Assim, a meu ver, fica afastada a aplicação do art. 165 do CTN e, bem como, a prescrição contada do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter ocorrido.

(...)

Em que pese o argumento da apelante, tendo como termo inicial o ajuizamento da ação em 23.02.2000, e tratando-se de direito cujo período pleiteado se refere a 1995 até 1999, não há de se falar em prescrição do pleito quanto ao crédito presumido de IPI. Superada tal prejudicial, passo à análise do mérito.

MÉRITO:

Aprecio, inicialmente, a alegada necessidade de comprovação das operações internas, com a exibição das notas fiscais de cada operação e aquisição levada a efeito no mercado interno.

O crédito presumido de IPI, previsto na Lei n. 9.363/1996, benefício fiscal destinado ao incentivo da exportação, está delineado nos seguintes artigos, *verbis*:

*Art. 1º* A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como ressarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares n. 7, de 07 de setembro de 1970; n. 8, de 03 de dezembro de 1970; e n. 70, de 30 de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

*Art. 2º* A base de cálculo do crédito presumido será determinada mediante a aplicação, sobre o valor total das aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem referidos no artigo anterior, do percentual correspondente à relação entre a receita de exportação e a receita operacional bruta do produtor exportador.

§ 1º O crédito fiscal será o resultado da aplicação do percentual de 5,37% sobre a base de cálculo definida neste artigo.

Desde a Medida Provisória n. 905, de 21 de fevereiro de 1995, sucessivamente reeditada até a conversão na Lei n. 9.393/1996, não há a previsão contida na Medida Provisória n. 674/1994, na qual seu art. 5º dispunha que o benefício ora instituído é condicionado à apresentação, pelo exportador, das guias correspondentes ao recolhimento, pelo seu fornecedor imediato, das contribuições devidas nos termos das Leis Complementares n. 7 e n. 8, de 1970, e 70, de 1991.

O direito ao crédito presumido, em interpretação à citada legislação, tem como condição para seu reconhecimento ser a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais, sendo que a mesma Lei n. 9.363/1996 define como base de cálculo a aplicação, sobre o valor total das aquisições de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem referidos no artigo anterior, do percentual correspondente à relação entre a receita de exportação e a receita operacional bruta do produtor exportador (art. 2º).

Não subsiste, assim, qualquer condicionamento para fazer jus ao benefício fiscal do crédito presumido de IPI a não ser a comprovação de ser a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais (no caso, café), fato este que, pelos documentos acostados às fls. 97-113, está suficientemente demonstrado. Isto porque, sendo benefício que visa ao incentivo à exportação, basta que seja comprovada tal atividade pela empresa postulante.

Vale destacar, por oportuno, o teor da Exposição de Motivos n. 120, relativa à Medida Provisória n. 948/1995, que dispôs sobre a instituição do crédito presumido do IPI, esclarecendo o Ministro da Fazenda que sendo as contribuições da Cofins e PIS/Pasep incidentes em cascata, sobre todas as etapas do processo produtivo, parece mais razoável que a desoneração corresponda não apenas à última etapa do processo produtivo, mas sim às duas etapas antecedentes, o que revela que a alíquota a ser aplicada deve ser elevada para 5,37%, atenuando ainda mais a carga tributária incidente sobre os produtos exportados, e se revelando compatível com a necessidade de ajuste fiscal.

Cumpre-me analisar o direito ao crédito presumido, ou seja, a subsunção dos fatos trazidos pela Autora ao disposto no art. 1º, da Lei n. 9.363/1996, o que efetivamente restou demonstrado. Por outro lado, a apuração dos valores, especialmente da base de cálculo, será definida no âmbito administrativo pelas autoridades competentes (SRF).

A autora comprovou suficientemente, por documentos hábeis, ser produtora e exportadora de diversos tipos de café, conforme demonstram os registros de venda e exportação acostados às fls. 87-113. Evidentemente, na cadeia produtiva, a autora adquire matérias-primas, insumos, material de embalagem, energia, produtos intermediários, gerando, com isso, o efeito cascata sobre o produto, ainda que não tenha havido incidência na última aquisição.

Nesse sentido, a fim de afastar as alegações trazidas pela apelante, trago à colação trecho do voto da Ministra Eliana Calmon, proferido em caso análogo ao presente - REsp n. 586.392-RN, em que restou explanado que:

Muito poderei sobre o tema, especialmente diante de algumas reflexões trazidas nos memoriais, dentre as quais destaco:

1) a Cofins e o PIS oneram em cascata o produto rural e, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-exportador, mesmo não havendo incidência na sua última aquisição;

2) o Decreto n. 2.367/1998 - Regulamento do IPI -, posterior à Lei n. 9.363/1996, não fez restrição às aquisições de produtos rurais;

3) a base de cálculo de ressarcimento é o valor total das aquisições de insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes.

Depois de todas essas avaliações, concluí da seguinte maneira:

1º) o produtor-exportador adquire insumo, por exemplo, tecidos, linhas, agulhas, botões, etc, e em todas essas aquisições é ele contribuinte de fato da PIS/Cofins, paga pelo vendedor que, no preço, já embutiu a PIS/Cofins paga pelos seus insumos. Na hipótese, a lei permite o ressarcimento sobre o final da aquisição, o que leva também deduzir as antecedentes incidências da PIS/Cofins;

2º) mesmo quando o produtor-exportador adquire matéria-prima ou insumo agrícola diretamente do produtor rural pessoa física, paga, embutido no preço dessas mercadorias o tributo (PIS/Cofins) indiretamente em outros insumos ou produtos, tais como ferramentas, maquinário, adubos, etc., adquiridos no mercado e empregados no respectivo processo produtivo.

Parece-me, portanto, que razão assiste aos que entendem ter a instrução normativa aqui questionada extrapolado o conteúdo da lei.

Não vislumbro, destarte, que a exibição das notas fiscais referentes à aquisição de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagens, no mercado interno, seja pressuposto para reconhecimento do direito ao crédito, pois a apresentação destes é necessária para se perquirir a base de cálculo de tal benefício, para se apurar o montante do eventual crédito (como, inclusive, afirmado pela própria apelante), mas não para se constatar o direito ao crédito presumido de IPI, nos termos determinados pelo art. 1º, da Lei n. 9.363/1996.

Ultrapassadas tais assertivas, cabe, ainda, analisar a questão referente à Instrução Normativa n. 23/97. Novamente, não merecem guarida, as alegações trazidas pela apelante, devendo ser mantido o entendimento trazido pela sentença vergastada, no sentido de que não se apresenta válida a mencionada Instrução Normativa, porquanto esse ato da autoridade administrativa não apenas interpreta um diploma legal, mas altera a dimensão da lei. E o faz desapropriadamente.

*A IN n. 23/97, em seu art. 2º, trouxe uma restrição relativamente ao crédito presumido de IPI, delimitando que tal benefício seria, exclusivamente, em relação*

*às aquisições, efetuadas de pessoas jurídicas, sujeitas às contribuições PIS/Pasep e Cofins.*

*Não poderia instrução normativa ir além das previsões contidas na Lei n. 9.363/1996, extrapolando os limites estabelecidos por esta lei, sob pena de ferir o princípio da hierarquia de normas jurídicas. A IN n. 23/97, restringindo a dedução do crédito presumido do IPI somente às pessoas jurídicas contribuintes efetivas do PIS/Pasep e Cofins, fere, outrossim, o princípio da legalidade estrita, ao ultrapassar os limites impostos pela Lei n. 9.363/1996.*

Nesta linha, no recente julgamento do Recurso Especial n. 586.392-RN, a relatora Ministra Eliana Calmon assentou que desprezando-se a Instrução Normativa SRF n. 23/97 e interpretando-se o art. 1º da Lei n. 9.363/1996, pode-se perfeitamente contemplar como ressarcimento os produtos agrícolas adquiridos de pessoas físicas e assim favorecê-las na oferta de suas mercadorias, para que o produto exportado seja menos onerado.

(...)

Assim como delimitado pela sentença recorrida, convém ressaltar que a autora, ora apelada, faz jus ao crédito presumido do IPI, nos termos da Lei n. 9.363/1996, afastando-se a aplicação da IN n. 23/97, desde a edição da MP n. 948/1995 (convertida na Lei n. 9.363/1996) até o advento da MP n. 1.807, que suspendeu o crédito presumido do IPI.

Por fim, em sede de remessa oficial, merece análise a aplicação da Taxa Selic na correção dos créditos, conforme determinado pelo magistrado sentenciante. Isto porque, tenho entendimento de que não cabe correção monetária na operação de simples escrituração, isto é, meramente contábil.

Ademais, o provimento conferido nesta ação pelo rito ordinário contém carga eminentemente declaratória, pois, tão-somente, reconhece o direito ao creditamento relativo ao benefício fiscal previsto na Lei n. 9.363/1996.

Por oportuno, transcrevo excerto do voto condutor do acórdão proferido no julgamento do REsp n. 449.768-PR, DJ/I de 04.08.2003, p. 270:

Verifica-se que inexistente legislação autorizando a correção monetária, o que, aliás, nem poderia. Observe-se que a escrituração vai sendo feita de débitos e de créditos, nascidos em datas bem próximas uma da outra, de forma que, para que se fizesse a correção dos créditos do contribuinte, dever-se-ia também, atualizar os seus débitos, em simetria perfeita. Ora, após a escrituração pelo valor histórico, a correção de ambos em nada altera o resultado e se de um só desequilibraria uma das contas, de modo que o mais certo e justo é manter os valores históricos, sem correção.

Assim definido, verifico a necessidade de reforma parcial da sentença, a fim de que seja excluída a Taxa Selic na correção do crédito.

Com estas considerações, nego provimento à apelação da União.

Outrossim, dou parcial provimento à remessa oficial, tão-somente, para que seja excluída a aplicação da Taxa Selic na correção do crédito.

Mantenho, com base no parágrafo único do art. 21, do CPC, os honorários advocatícios fixados na sentença recorrida.

Os embargos de declaração opostos por ambas as partes foram rejeitados, uma vez não vislumbrados quaisquer dos vícios enumerados no artigo 535, do CPC.

Nas razões do especial da empresa, sustenta-se que o acórdão hostilizado incorreu em violação dos artigos 1º, da Lei n. 6.899/1981, e 884, do Código Civil de 2002, pugnano pela correção monetária dos créditos escriturais de IPI, uma vez que “não pôde utilizar-se do crédito presumido em virtude de ato administrativo editado pela Secretaria da Receita Federal (IN-SRF n. 23/97), o qual a impediu de escriturar os créditos em questão na sua escrita contábil”. Outrossim, aponta como contrariado o artigo 39, § 4º, da Lei n. 9.250/1995, ao argumento de que “no presente caso, o que se busca é o ressarcimento do crédito presumido de IPI, tal como previsto na Medida Provisória n. 948/1995 e na Lei n. 9.363/1996, e, sendo o ressarcimento espécie do gênero restituição, plenamente aplicável a Taxa Selic ao caso”. Ao final, traz arestos do STJ para confronto. Caso não sejam considerados prequestionados os dispositivos legais apontados como vulnerados, a despeito da oposição de embargos de declaração, alega ofensa ao artigo 535, do CPC.

Por seu turno, a Fazenda Nacional, em suas razões de recorrer, alega, preliminarmente, a nulidade do acórdão regional, por *ofensa aos artigos 458, II, e 535, do CPC*, “uma vez que não efetivou a prestação jurisdicional de forma completa, deixando de apresentar fundamentação e de corrigir vício de omissão, apesar da oportuna interposição de embargos de declaração”, *bem como dos artigos 480, 481 e 482, do CPC*, “ao deixar de observar a regra de reserva de Plenário para afastamento de um dispositivo de ato normativo do Poder Público por suposta inconstitucionalidade”. Meritoriamente, aduz *contrariedade aos artigos 1º, 2º, 3º, 4º e 5º, da Lei n. 9.363/1996, e 111, do CTN*, por ter o acórdão hostilizado assentado “que para fazer jus ao crédito presumido, o exportador/ produtor não precisa comprovar que o fornecedor dos insumos e matérias-primas contribuiu efetivamente para o PIS/Pasep e a Cofins”. De acordo com a recorrente:

(...) a Lei n. 9.363/1996 não conferiu ao produtor/exportador o direito ao crédito presumido quando o fornecedor não é contribuinte de PIS/Pasep e Cofins (por exemplo, pessoa física, cooperativa, etc.), assim, a IN SRF n. 23/97 não extrapolou os limites da lei.

Isto porque se trata de lei que prevê um incentivo fiscal, a qual, de acordo não só com o disposto pelo Código Tributário Nacional (art. 111, do CTN), mas com a doutrina e a jurisprudência, deve ser interpretada restritivamente. Ademais, o modo com que o “crédito presumido de IPI se encontra delineado pela Lei n. 9.363, de 1996, não permite ao intérprete concluir de outra forma, senão que o legislador condicionou a fruição do incentivo ao pagamento de PIS/Pasep e da Cofins pelo fornecedor do insumo adquirido pela beneficiário do crédito presumido.

(...)

Quando o PIS/Pasep e a Cofins oneram de forma indireta o produto final, isto significa que os tributos não “incidiram” sobre o insumo adquirido pelo beneficiário do crédito presumido (o fornecedor não é contribuinte de PIS/Pasep e da Cofins), mas nos produtos anteriores, que compõem este insumo. Ocorre que o legislador prevê, textualmente, que serão ressarcidas as contribuições “incidentes” sobre o insumo adquirido pelo produtor/exportador, e não sobre as aquisições de terceiros, que ocorreram em fases anteriores da cadeia produtiva.

Ao contrário, para admitir que o legislador teria previsto o crédito presumido como um ressarcimento dos tributos que oneraram toda a cadeia produtiva, seria necessária uma interpretação extensiva da norma legal, inadmitida, nessa específica hipótese, pela Constituição Federal de 1988 e pelo Código Tributário Nacional (art. 111).

(...)

Assim, a condição legalmente disposta para que o produtor exportador possa adicionar o valor do insumo à base de cálculo do crédito presumido, é a exigência de tributos ao fornecedor do insumo. Sem que tal condição seja cumprida, é inadmissível, ao contribuinte, benefício de crédito presumido.

Prova inequívoca de que o legislador condicionou a fruição do crédito presumido ao pagamento de PIS/Pasep e da Cofins pelo fornecedor do insumo é depreendida da leitura do artigo 5º, da Lei n. 9.363/1996:

Art. 5º A eventual restituição, ao fornecedor, das importâncias recolhidas em pagamento das contribuições referidas no art. 1º, bem assim a compensação mediante crédito, implica imediato estorno, pelo produtor exportador, do valor correspondente.

Ou seja, o tributo pago pelo fornecedor do insumo adquirido pelo beneficiário do crédito presumido, que for restituído ou compensado mediante crédito, será abatido do crédito presumido respectivo.

Apresentadas contra-razões por ambas as partes.

O recurso especial da empresa recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem.

Por sua vez, o apelo extremo fazendário restou inadmitido na instância ordinária, tendo sido provido o agravo de instrumento dirigido a esta Corte (convertido no Recurso Especial n. 1.111.372-MG).

Em 19.02.2010, o Recurso Especial n. 1.111.372-MG foi submetido ao regime do recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C, do CPC), tendo sido afetado à Primeira Seção desta Sodalício (artigo 2º, § 1º, da Resolução STJ n. 8/2008), uma vez vislumbrada a multiplicidade de recursos que versam sobre *a legalidade da Instrução Normativa n. 23/97 que restringiu o direito ao crédito presumido do IPI às pessoas jurídicas efetivamente sujeitas à incidência da contribuição destinada ao PIS/Pasep e da Cofins*, à luz do disposto na Lei n. 9.363/1996.

Em 02.08.2010, determinou-se a substituição do REsp n. 1.111.372-MG pelo REsp n. 993.164-MG (*autos principais do feito*).

O Ministério Público Federal opina pelo conhecimento parcial e provimento em parte do recurso especial empresarial e pelo desprovimento do recurso fazendário, nos termos da seguinte ementa:

Recurso especial, interposto pela referida empresa exportadora, com base nas alíneas **a** e **c** do inciso III do art. 105 da CF. Violação ao art. 535 inciso II do CPC não demonstrada. Súmula n. 284 do STF. Art. 884 do CC/2002; art. 108 inciso I e 161 do CTN. Não prequestionados. Súmula n. 211 do STJ. Crédito presumido de IPI. Lei n. 9.363/1996. Acórdão afastou a incidência da Instrução Normativa SRF n. 23/97 por ter ultrapassado os limites impostos pela lei. A referida instrução normativa implicou em procrastinação do crédito da recorrente. Necessidade de buscar o Poder Judiciário, fato que ocasiona a demora no reconhecimento do direito pleiteado, por força da tramitação normal dos feitos judiciais. Ação proposta em 23.02.2000, para declarar a inconstitucionalidade da IN n. 23/97. Cabimento da correção monetária. Precedentes do STJ. Valor do crédito a ser definido no âmbito administrativo. Correção monetária limitada à data do trânsito em julgado da decisão que afastou o óbice ao aproveitamento do crédito. Pelo conhecimento parcial e pelo provimento em parte do recurso especial, interposto pela Exportadora Princesa do Sul Ltda. e ratificado o Parecer n. 7.657/2010-FG (em anexo), pelo desprovimento do recurso especial interposto pela Fazenda Nacional.

No bojo do parecer apresentado nos autos do REsp n. 1.111.372-MG, o Ministério Público, com base na jurisprudência pacífica do STJ, pugnou pela ilegalidade do artigo 2º, § 2º, da Instrução Normativa n. 23/97, que erigiu restrição não prevista na Lei n. 9.363/1996.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, revelam-se cognoscíveis as insurgências especiais, uma vez prequestionadas as matérias federais ventiladas.

A controvérsia submetida ao rito do artigo 543-C, do CPC, cinge-se sobre *a legalidade da Instrução Normativa n. 23/97 que restringiu o direito ao crédito presumido do IPI às pessoas jurídicas efetivamente sujeitas à incidência da contribuição destinada ao PIS/Pasep e da Cofins*, à luz do disposto na Lei n. 9.363/1996.

A Lei n. 9.363/1996 instituiu *crédito presumido de IPI para ressarcimento do valor do PIS/Pasep e Cofins*, ao dispor que:

Art. 1º A empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais fará jus a crédito presumido do Imposto sobre Produtos Industrializados, como ressarcimento das contribuições de que tratam as Leis Complementares n. 7, de 07 de setembro de 1970, n. 8, de 03 de dezembro de 1970, e de dezembro de 1991, incidentes sobre as respectivas aquisições, no mercado interno, de matérias-primas, produtos intermediários e material de embalagem, para utilização no processo produtivo.

Parágrafo único. O disposto neste artigo aplica-se, inclusive, nos casos de venda a empresa comercial exportadora com o fim específico de exportação para o exterior.

O artigo 6º, do aludido diploma legal, determina, ainda, que “o Ministro de Estado da Fazenda expedirá as instruções necessárias ao cumprimento do disposto nesta Lei, inclusive quanto aos requisitos e periodicidade para apuração e para fruição do crédito presumido e respectivo ressarcimento, à definição de receita de exportação e aos documentos fiscais comprobatórios dos lançamentos, a esse título, efetuados pelo produtor exportador”.

O Ministro de Estado da Fazenda, no uso de suas atribuições, expediu a Portaria n. 38/97, dispondo sobre o cálculo e a utilização do crédito presumido

instituído pela Lei n. 9.363/1996 e autorizando o Secretário da Receita Federal a expedir normas complementares necessárias à implementação da aludida portaria (*artigo 12*).

Nesse segmento, o Secretário da Receita Federal expediu a *Instrução Normativa n. 23/97* (revogada, sem interrupção de sua força normativa, pela Instrução Normativa n. 313/2003, também revogada, nos mesmos termos, pela Instrução Normativa n. 419/2004), assim preceituando:

Art. 2º Fará jus ao crédito presumido a que se refere o artigo anterior a empresa produtora e exportadora de mercadorias nacionais.

§ 1º O direito ao crédito presumido aplica-se inclusive:

I - Quando o produto fabricado goze do benefício da alíquota zero;

II - nas vendas a empresa comercial exportadora, com o fim específico de exportação.

§ 2º O crédito presumido relativo a produtos oriundos da atividade rural, conforme definida no art. 2º da Lei n. 8.023, de 12 de abril de 1990, utilizados como matéria-prima, produto intermediário ou embalagem, na produção bens exportados, será calculado, exclusivamente, em relação às aquisições, efetuadas de pessoas jurídicas, sujeitas às contribuições PIS/Pasep e Cofins.

Com efeito, o § 2º, do artigo 2º, da Instrução Normativa SRF n. 23/97, restringiu a dedução do crédito presumido do IPI (instituído pela Lei n. 9.363/1996), no que concerne às empresas produtoras e exportadoras de produtos oriundos de atividade rural, às aquisições, no mercado interno, efetuadas de pessoas jurídicas sujeitas às contribuições destinadas ao PIS/Pasep e à Cofins.

Como de sabinça, a validade das instruções normativas (atos normativos secundários) pressupõe a estrita observância dos limites impostos pelos atos normativos primários a que se subordinam (leis, tratados, convenções internacionais, etc.), sendo certo que, se vierem a positivar em seu texto uma exegese que possa irromper a hierarquia normativa sobrejacente, viciar-se-ão de ilegalidade e não de inconstitucionalidade.

No mesmo diapasão, confirmam-se as ementas dos seguintes julgados oriundos do Supremo Tribunal Federal:

Ação direta de inconstitucionalidade. Instrução Normativa n. 62, do Departamento da Receita Federal. Sua natureza regulamentar. Impossibilidade de controle concentrado de constitucionalidade. Seguimento negado por decisão singular. Competência do relator (RISTF, art. 21, par. 1.; Lei n. 8.038, art. 38).

Princípio da reserva de plenário preservado (CF, art. 97). Agravo regimental improvido. E inquestionável que assiste a Suprema Corte, em sua composição plenária, a competência exclusiva para julgar o processo de controle concentrado de constitucionalidade e, pelo voto da maioria absoluta dos seus membros, declarar a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do Poder Público (CF, art. 97; RISTF, art. 5., VII e art. 173). Essa regra de competência, no entanto, muito embora de observância indeclinável por qualquer órgão judiciário colegiado, não subtrai ao Relator da causa o poder de efetuar - enquanto responsável pela ordenação e direção do processo (RISTF, art. 21, I) - o controle "prévio" dos requisitos formais da fiscalização normativa abstrata, o que inclui, dentre outras atribuições, o exame dos pressupostos processuais e das condições da própria ação direta. A possibilidade de controle recursal, *a posteriori*, dos atos decisórios que o Relator pratica, no desempenho de sua competência monocrática, da concreção, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, ao "princípio da reserva de Plenário", inscrito no art. 97 da Lei Fundamental da República. - As Instruções Normativas, editadas por Órgão competente da Administração Tributária, constituem espécies jurídicas de carácter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares. Não se revelam, por isso mesmo, aptas a sofrerem o controle concentrado de constitucionalidade, que pressupõe o confronto "direto" do ato impugnado com a Lei Fundamental. (ADI n. 531 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 11.12.1991, DJ 03.04.1992)

Ação direta de inconstitucionalidade. Agravo regimental. Impugnação de instrução normativa do Departamento da Receita Federal. Alegada vulneração de princípios constitucionais tributários. Seguimento negado. Natureza das instruções normativas. Caráter acessório do ato impugnado. Juízo prévio de legalidade. Matéria estranha ao controle concentrado de constitucionalidade. Medida provisória. Disciplina constitucional das relações jurídicas fundadas em medida provisória não convertida em lei. Efeitos radicais da ausência de conversão legislativa. Insubsistência dos atos regulamentares fundados em medida provisória não-convertida. Agravo não provido. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal tem-se - orientado no sentido de repelir a possibilidade de controle de constitucionalidade, por via de ação, nas situações em que a impugnação *in abstracto* incide sobre atos que, inobstante veiculadores de conteúdo normativo, ostentam carácter meramente ancilar ou secundário, em função das leis, ou das medidas provisórias, a que aderem e cujo texto pretendem regulamentar. em tais casos, o eventual extravasamento dos limites impostos pela lei, ou pela medida provisória, caracterizara situação de mera ilegalidade, inapreciável em sede de controle de constitucionalidade. - A crises de legalidade, que irrompem no âmbito do sistema de direito positivo, caracterizadas por inobservância, pela autoridade administrativa, do seu dever jurídico de subordinação a lei, revelam-se, por sua natureza mesma, insuscetíveis do controle

jurisdicional concentrado, cuja finalidade exclusiva restringe-o, tão-somente, a aferição de situações configuradoras de inconstitucionalidade. - As instruções normativas, editadas por órgão competente da administração tributária, constituem espécies jurídicas de caráter secundário. cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis, tratados, convenções internacionais, ou decretos presidenciais, de que devem constituir normas complementares. Essas instruções nada mais são, em sua configuração jurídico-formal, do que provimentos executivos cuja normatividade esta diretamente subordinada aos atos de natureza primária, como as leis e as medidas provisórias, a que se vinculam por um claro nexos de acessoriedade e de dependência. Se a instrução normativa, editada com fundamento no art. 100, I, do Código Tributário Nacional, vem a positivar em seu texto, em decorrência de uma interpretação de lei ou medida provisória, uma exegese que possa romper a hierarquia normativa que deve manter com estes atos primários, viciar-se-á de ilegalidade e não de inconstitucionalidade. - Medidas provisórias. A rejeição da medida provisória despoja-a de eficácia jurídica desde o momento de sua edição, destituindo de validade todos os atos praticados com fundamento nela. Essa mesma consequência de ordem constitucional deriva do decurso *in albis* do prazo de 30 (trinta) dias, sem que, nele, tenha havido qualquer expressa manifestação decisória do congresso nacional. A disciplina das relações jurídicas formadas com base no ato cautelar não convertido em lei constitui obrigação indeclinável do poder legislativo da União, que devera reger-las mediante procedimento legislativo adequado. O exercício dessa prerrogativa congressional decorre, fundamentalmente, de um princípio essencial de nosso sistema constitucional: o princípio da reserva de competência do Congresso Nacional. A disciplina a que se refere a Carta Política em seu art. 62, parágrafo único, tem, na lei formal, de exclusiva atribuição do Congresso Nacional, seu instrumento jurídico idôneo. - Os atos regulamentares de medidas provisórias não-convertidas em lei não subsistem autonomamente, eis que nelas reside, de modo direto e imediato, o seu próprio fundamento de validade e de eficácia. a ausência de conversão legislativa opera efeitos extintivos radicais e genéricos, de modo a afetar todos os atos que estejam, de qualquer modo, causalmente vinculados a medida provisória rejeitada ou não-transformada em lei, especialmente aqueles que, editados pelo próprio poder público, com ela mantinham - ou deveriam manter - estrita relação de dependência normativa e de acessoriedade jurídica, tais como as instruções normativas. (ADI n. 365 AgR, Rel. Ministro Celso de Mello, Tribunal Pleno, julgado em 07.11.1990, DJ 15.03.1991).

Conseqüentemente, *sobressai a “ilegalidade” da instrução normativa que extrapolou os limites impostos pela Lei n. 9.363/1996, ao excluir, da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI, as aquisições (relativamente aos produtos oriundos de atividade rural) de matéria-prima e de insumos de fornecedores não sujeito à tributação pelo PIS/Pasep e pela Cofins.*

É que: (i) “a Cofins e o PIS oneram em cascata o produto rural e, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-exportador, mesmo não havendo incidência na sua última aquisição”; (ii) “o Decreto n. 2.367/1998 - Regulamento do IPI -, posterior à Lei n. 9.363/1996, não fez restrição às aquisições de produtos rurais”; e (iii) “a base de cálculo do ressarcimento é o valor total das aquisições dos insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes” (*REsp n. 586.392-RN*).

À guisa de exemplos, destacam-se as ementas dos seguintes julgados oriundos das Turmas de Direito Público:

Tributário. Crédito presumido de IPI. Art. 1º da Lei n. 9.363/1996. Ilegalidade da IN SRF n. 23/1997. Precedentes.

1. A jurisprudência desta Corte já pacificou entendimento no sentido de que a IN-SRF n. 23/1997, por se tratar de norma hierarquicamente inferior, extrapolou os limites do art. 1º da Lei n. 9.363/1996 ao excluir da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI as aquisições relativas aos produtos da atividade rural, de matéria-prima e de insumos de pessoas físicas, haja vista não serem contribuintes diretos do PIS/Pasep e da Cofins.

2. O acórdão recorrido se orientou no mesmo sentido da jurisprudência desta Corte. Incidência da Súmula n. 83-STJ.

3. Recurso especial não provido. (*REsp n. 849.287-RS*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 19.08.2010, DJe 28.09.2010).

Agravo regimental da Fazenda Nacional. Tributário. Crédito presumido de IPI. Ressarcimento de PIS/Cofins. Art. 1º da Lei n. 9.363/1996. Restrição pela Instrução Normativa n. 23/1997. Ilegalidade.

É pacífico no STJ que a IN-SRF n. 23/1997, por se tratar de norma hierarquicamente inferior, extrapolou os limites do art. 1º, da Lei n. 9.363/1996 ao excluir da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI as aquisições relativamente aos produtos da atividade rural, de matéria-prima e de insumos de pessoas físicas, que, naturalmente, não são contribuintes diretos do PIS/Pasep e da Cofins.

Agravo regimental da Fazenda Nacional improvido.

(...) (*AgRg no REsp n. 913.433-ES*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 04.06.2009, DJe 25.06.2009)

Tributário. Recurso especial em mandado de segurança. Base de cálculo do crédito presumido de IPI. Lei n. 9.363/1996. Aquisição de insumos de pessoas físicas e/ou cooperativas. Possibilidade. Princípio da hierarquia normativa. Interpretação literal da legislação tributária. Art. 111 do CTN. Jurisprudência pacífica do STJ.

1. “Não consubstancia fundamento de natureza constitucional, a exigir a interposição de recurso extraordinário, a afirmação de que instrução normativa extrapolou os limites da lei que pretendia regulamentar. Trata-se de mero juízo de legalidade, para cuja formulação é indispensável a investigação da interpretação dada pelo acórdão recorrido aos dispositivos cotejados, incidindo, portanto, a orientação expressa na Súmula n. 636-STF, segundo a qual ‘não cabe recurso extraordinário por contrariedade ao princípio constitucional da legalidade, quando a sua verificação pressuponha rever a interpretação dada a normas infraconstitucionais pela decisão recorrida’” (REsp n. 509.963-BA, Rel. Ministro Luiz Fux, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18.08.2005, DJ 03.10.2005 p. 122).

2. No caso, interpretar-se a Lei n. 9.363/1996 com a exclusão das aquisições de insumos de pessoas físicas e/ou cooperativas da base de cálculo do crédito presumido do IPI é fazer distinção onde a lei não a fez. Não há como, numa interpretação literal do citado art. 1º, chegar-se à conclusão de que os insumos adquiridos de pessoas físicas ou cooperativas não podem compor a base de cálculo do crédito presumido do IPI. É certo que a interpretação literal preconizada pela lei tributária objetiva evitar interpretações ampliativas ou analógicas (v.g.: REsp n. 62.436-SP, Min. Francisco Peçanha Martins), mas também não pode levar a interpretações que restrinjam mais do que a lei quis.

3. Com efeito, Instruções Normativas constituem espécies jurídicas de caráter secundário, cuja validade e eficácia resultam, imediatamente, de sua estrita observância dos limites impostos pelas leis. De consequência, à luz dos art. 97 e 99 do Código Tributário Nacional, Instruções Normativas não podem modificar Lei a pretexto de estarem regulando o aproveitamento do crédito presumido do IPI.

4. O acórdão recorrido está em perfeita sintonia com a jurisprudência desta Corte Superior de Justiça, que tem entre suas atribuições constitucionais a de uniformizar a jurisprudência infraconstitucional.

5. Recurso especial não provido. (REsp n. 1.109.034-PR, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 16.04.2009, DJe 06.05.2009).

Tributário. Crédito presumido do IPI. Aquisição de matérias-primas e insumos de pessoa física. Lei n. 9.363/1996 e IN-SRF n. 23/97. Legalidade. Precedentes desta corte.

1. A IN-SRF n. 23/97 extrapolou a regra prevista no art. 1º, da Lei n. 9.363/1996 ao excluir da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI as aquisições, relativamente aos produtos da atividade rural, de matéria-prima e de insumos de pessoas físicas, que, naturalmente, não são contribuintes diretos do PIS/Pasep e da Cofins.

2. Entendimento que se baseia nas seguintes premissas:

a) a Cofins e o PIS oneram em cascata o produto rural e, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-exportador, mesmo não havendo incidência na sua última aquisição;

b) o Decreto n. 2.367/1998 - Regulamento do IPI -, posterior à Lei n. 9.363/1996, não fez restrição às aquisições de produtos rurais;

c) a base cálculo do ressarcimento é o valor total das aquisições dos insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes.

3. Regra que tentou resgatar exigência prevista na MP n. 674/1994 quanto à apresentação das guias de recolhimentos das contribuições do PIS e da Cofins, mas que, diante de sua caducidade, não foi renovada pela MP n. 948/1995 e nem na Lei n. 9.363/1996.

4. Inúmeros precedentes desta Corte.

5. Recurso especial provido. (*REsp n. 1.008.021-CE*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 1º.04.2008, DJe 11.04.2008).

Processual Civil. Tributário. Recurso especial. Violação ao art. 535 do CPC. Não-ocorrência. IPI. Crédito presumido. Lei n. 9.363/1996. Instrução Normativa SRF n. 23/97. Ilegalidade.

1. O incentivo cognominado crédito presumido de IPI, instituído pela Lei n. 9.363/1996, revela como *ratio essendi*, desonerar as exportações do valor do PIS/Pasep e da Cofins incidentes ao longo de toda a cadeia produtiva, independentemente do fato de estar ou não o fornecedor direto do exportador sujeito ao pagamento destas contribuições.

2. Conseqüentemente, o não pagamento do PIS e da Cofins pelo fornecedor dos insumos não pode impedir o nascimento do crédito presumido.

3. Deveras, este ressarcimento, que por ser presumido e estimado na forma da lei, refere-se às possíveis incidências das contribuições em todas as etapas anteriores à aquisição dos insumos e à exportação.

3. Referida sistemática deve, destarte, ser aplicada também para o cálculo do crédito quanto a insumos adquiridos de não-contribuintes (Precedentes: *REsp n. 617.733-CE*, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJU de 24.08.2006; *REsp n. 813.280-SC*, Re. Min. José Delgado, DJU de 02.05.2006; *REsp n. 529.758-SC*, Rel. Min. Eliana Calmon, DJU de 20.02.2006; e *REsp n. 699.898-PR*, Rel. Min. Castro Meira, DJU de 03.10.2005).

(...)

5. Recurso especial desprovido. (*REsp n. 767.617-CE*, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 12.12.2006, DJ 15.02.2007)

Tributário. IPI. Crédito presumido. IN-SRF n. 23/97 ilegalidade.

1. O crédito presumido de IPI instituído pela Lei n. 9.363/1996 teve por objetivo desonerar as exportações do valor do PIS/Pasep e da Cofins incidentes ao longo de toda a cadeia produtiva, independentemente de estar ou não o fornecedor direto do exportador sujeito ao pagamento dessas contribuições. Por isso mesmo,

é ilegítima a limitação constante do art. 2º, § 2º da IN SRF n. 23/97, segundo o qual “o crédito presumido relativo a produtos oriundos da atividade rural, conforme definida no art. 2º da Lei n. 8.023, de 12 de abril de 1990, utilizados como matéria-prima, produto intermediário ou embalagem, na produção de bens exportados, será calculado, exclusivamente, em relação às aquisições efetuadas de pessoas jurídicas sujeitas às contribuições PIS/Pasep e Cofins”. Precedente: REsp n. 586.392-RN, 2ª Turma, Min. Eliana Calmon, DJ de 06.12.2004.

2. Recurso especial a que se nega provimento. (REsp n. 617.733-CE, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 03.08.2006, DJ 24.08.2006).

Tributário. Crédito presumido do IPI. Aquisição de matérias-primas e insumos de pessoa física. Lei n. 9.363/1996 e IN-SRF n. 23/97. Legalidade.

1. A IN-SRF n. 23/97 extrapolou a regra prevista no art. 1º, da Lei n. 9.363/1996 ao excluir da base de cálculo do benefício do crédito presumido do IPI as aquisições, relativamente aos produtos da atividade rural, de matéria-prima e de insumos de pessoas físicas, que, naturalmente, não são contribuintes diretos do PIS/Pasep e da Cofins.

2. Entendimento que se baseia nas seguintes premissas: a) a Cofins e o PIS oneram em cascata o produto rural e, por isso, estão embutidos no valor do produto final adquirido pelo produtor-exportador, mesmo não havendo incidência na sua última aquisição;

b) o Decreto n. 2.367/1998 - Regulamento do IPI -, posterior à Lei n. 9.363/1996, não fez restrição às aquisições de produtos rurais;

c) a base cálculo do ressarcimento é o valor total das aquisições dos insumos utilizados no processo produtivo (art. 2º), sem condicionantes.

3. Regra que tentou resgatar exigência prevista na MP n. 674/1994 quanto à apresentação das guias de recolhimentos das contribuições do PIS e da Cofins, mas que, diante de sua caducidade, não foi renovada pela MP n. 948/1995 e nem na Lei n. 9.363/1996.

4. Recurso especial improvido. (REsp n. 586.392-RN, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 19.10.2004, DJ 06.12.2004).

*A Súmula Vinculante n. 10-STF* cristalizou o entendimento de que:

Viola a cláusula de reserva de plenário (CF, artigo 97) a decisão de órgão fracionário de Tribunal que, embora não declare expressamente a inconstitucionalidade de lei ou ato normativo do poder público, afasta sua incidência, no todo ou em parte.

Entretantes, é certo que a exigência de observância à cláusula de reserva de plenário não abrange os atos normativos secundários do Poder Público,

uma vez não estabelecido confronto *direto* com a Constituição, razão pela qual inaplicável a Súmula Vinculante n. 10-STF à espécie.

Assim é que o crédito presumido de IPI, instituído pela Lei n. 9.363/1996, não poderia ter sua aplicação restringida por força da Instrução Normativa SRF n. 23/97, ato normativo secundário, que não pode inovar no ordenamento jurídico, subordinando-se aos limites do texto legal, não merecendo reforma o acórdão regional no particular.

*Merece prosperar a pretensão recursal da empresa.*

Com efeito, a *oposição constante de ato estatal*, administrativo ou normativo, impedindo a utilização do direito de crédito de IPI (decorrente da aplicação do princípio constitucional da não-cumulatividade), *descaracteriza referido crédito como escritural* (assim considerado aquele oportunamente lançado pelo contribuinte em sua escrita contábil), *exurgindo legítima a incidência de correção monetária, sob pena de enriquecimento sem causa do Fisco* (Aplicação analógica do precedente da Primeira Seção submetido ao rito do artigo 543-C, do CPC: REsp n. 1.035.847-RS, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 24.06.2009, DJe 03.08.2009).

*A Tabela Única aprovada pela Primeira Seção* (que agrega o Manual de Cálculos da Justiça Federal e a jurisprudência do STJ) *autoriza a aplicação da Taxa Selic* (a partir de janeiro de 1996) *na correção monetária dos créditos extemporaneamente aproveitados por óbice do Fisco* (REsp n. 1.150.188-SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 20.04.2010, DJe 03.05.2010).

Outrossim, a apontada ofensa ao artigo 535, do CPC, não restou configurada, uma vez que o acórdão recorrido pronunciou-se de forma clara e suficiente sobre a questão posta nos autos. Saliente-se, ademais, que 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, como de fato ocorreu na hipótese dos autos.

Com essas considerações, *dou provimento ao recurso especial da empresa*, para reconhecer a incidência de correção monetária e a aplicação da Taxa Selic, e *nego provimento ao recurso especial da Fazenda Nacional*.

O presente é recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do CPC, por isso que se impõe, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência do STJ, aos Ministros dessa Colenda Primeira

Seção, aos Tribunais Regionais Federais, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do CPC (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 8/2008). disposto no § 7º, do artigo 543-C, do CPC (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 8/2008).

---

**RECURSO ESPECIAL N. 1.184.765-PA (2010/0042226-4)**

---

Relator: Ministro Luiz Fux

Recorrente: Fazenda Nacional

Advogado: Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional

Recorrido: Correa Sobrinho Importação Exportação e Navegação Ltda. e outros

Advogado: Breno Lobato Cardoso e outro(s)

Interessado: Banco Central do Brasil - *amicus curiae*

Advogado: Procuradoria-Geral do Banco Central

---

**EMENTA**

Recurso especial representativo de controvérsia. Artigo 543-C, do CPC. Processo judicial tributário. Execução fiscal. Penhora eletrônica. Sistema Bacen-Jud. Esgotamento das vias ordinárias para a localização de bens passíveis de penhora. Artigo 11, da Lei n. 6.830/1980. Artigo 185-A, do CTN. Código de Processo Civil. Inovação introduzida pela Lei n. 11.382/2006. Artigos 655, I, e 655-A, do CPC. Interpretação sistemática das leis. Teoria do diálogo das fontes. Aplicação imediata da lei de índole processual.

1. A utilização do Sistema Bacen-Jud, *no período posterior à vacatio legis da Lei n. 11.382/2006 (21.01.2007)*, prescinde do exaurimento de diligências extrajudiciais, por parte do exequente, a fim de se autorizar o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (*Precedente da Primeira Seção: EREsp n. 1.052.081-RS*, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em

12.05.2010, DJe 26.05.2010. *Precedentes das Turmas de Direito Público: REsp n. 1.194.067-PR*, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 22.06.2010, DJe 1º.07.2010; *AgRg no REsp n. 1.143.806-SP*, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 21.06.2010; *REsp n. 1.101.288-RS*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02.04.2009, DJe 20.04.2009; e *REsp n. 1.074.228-MG*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008. *Precedente da Corte Especial que adotou a mesma exegese para a execução civil: REsp n. 1.112.943-MA*, Rel. Ministra Nancy Andrichi, julgado em 15.09.2010).

2. A execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias é regida pela Lei n. 6.830/1980 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil.

3. A Lei n. 6.830/1980, em seu artigo 9º, determina que, em garantia da execução, o executado poderá, entre outros, nomear bens à penhora, observada a ordem prevista no artigo 11, na qual o “dinheiro” exsurge com primazia.

4. Por seu turno, o artigo 655, do CPC, em sua redação primitiva, dispunha que incumbia ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a ordem de penhora, cujo inciso I fazia referência genérica a “dinheiro”.

5. Entrementes, em 06 de dezembro de 2006, sobreveio a *Lei n. 11.382*, que alterou o artigo 655 e inseriu o artigo 655-A ao Código de Processo Civil, *verbis*:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - veículos de via terrestre;

III - bens móveis em geral;

IV - bens imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - ações e quotas de sociedades empresárias;

VII - percentual do faturamento de empresa devedora;

VIII - pedras e metais preciosos;

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

XI - outros direitos.

(...)

Art. 655-A. *Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.*

§ 1º *As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.*

(...)

6. Deveras, *antes da vigência da Lei n. 11.382/2006*, encontravam-se consolidados, no Superior Tribunal de Justiça, os entendimentos jurisprudenciais no sentido da *relativização da ordem legal de penhora prevista nos artigos 11, da Lei de Execução Fiscal, e 655, do CPC (EDcl nos EREsp n. 819.052-RS, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 08.08.2007, DJ 20.08.2007; e EREsp n. 662.349-RJ, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 10.05.2006, DJ 09.10.2006)*, e de que o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (*mediante a expedição de ofício à Receita Federal e ao Bacen*) *pressupunha o esgotamento, pelo exequente, de todos os meios de obtenção de informações sobre o executado e seus bens e que as diligências restassem infrutíferas (REsp n. 144.823-PR, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.10.1997, DJ 17.11.1997; AgRg no Ag n. 202.783-PR, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17.12.1998, DJ 22.03.1999; AgRg no REsp n. 644.456-SC, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.02.2005, DJ 04.04.2005; REsp n. 771.838-SP, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 03.10.2005; e REsp n. 796.485-PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 02.02.2006, DJ 13.03.2006).*

7. A introdução do artigo 185-A no Código Tributário Nacional, promovida pela Lei Complementar n. 118, de 09 de fevereiro de

2005, corroborou a tese da necessidade de exaurimento das diligências conducentes à localização de bens passíveis de penhora antes da decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado, *verbis*:

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

§ 1º A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

8. Nada obstante, a partir da vigência da Lei n. 11.382/2006, os depósitos e as aplicações em instituições financeiras passaram a ser considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora *on line* (artigo 655-A, do CPC).

9. A antinomia aparente entre o artigo 185-A, do CTN (que cuida da decretação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A, do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da Teoria pós-moderna do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil.

10. Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.

11. Deveras, a *ratio essendi* do artigo 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente “colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)” (*REsp n. 1.074.228-MG*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008).

12. Assim, a interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei n. 6.830/1980 e 655 e 655-A, do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente.

13. À luz da regra de direito intertemporal que preconiza a aplicação imediata da lei nova de índole processual, infere-se a existência de dois regimes normativos no que concerne à penhora eletrônica de dinheiro em depósito ou aplicação financeira:

(i) período anterior à vigência da Lei n. 11.382, de 06 de dezembro de 2006 (que obedeceu a *vacatio legis* de 45 dias após a publicação), no qual a utilização do Sistema Bacen-Jud pressupunha a demonstração de que o exequente não lograra êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens; e

(ii) período posterior à *vacatio legis* da Lei n. 11.382/2006 (21.01.2007), a partir do qual se revela prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras.

14. *In casu*, a decisão proferida pelo Juízo Singular em 30.01.2008 determinou, com base no poder geral de cautela, o “arresto prévio” (mediante bloqueio eletrônico pelo sistema Bacenjud) dos valores existentes em contas bancárias da empresa executada e dos co-responsáveis (até o limite do valor exequendo), sob o fundamento de que “nos processos de execução fiscal que tramitam nesta vara, tradicionalmente, os executados têm se desfeito de bens e valores depositados em instituições bancárias após o recebimento da carta da citação”.

15. Consectariamente, a argumentação empresarial de que o bloqueio eletrônico dera-se antes da regular citação esbarra na existência ou não dos

*requisitos autorizadores da medida provisória* (em tese, apta a evitar lesão grave e de difícil reparação, *ex vi* do disposto nos artigos 798 e 799, do CPC), cuja análise impõe o reexame do contexto fático-probatório valorado pelo Juízo Singular, providência obstada pela Súmula n. 7-STJ.

16. Destarte, o bloqueio eletrônico dos depósitos e aplicações financeiras dos executados, determinado em 2008 (período posterior à vigência da Lei n. 11.382/2006), não se condicionava à demonstração da realização de todas as diligências possíveis para encontrar bens do devedor.

17. Contudo, impende ressaltar que a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descuidar-se da norma inserta no artigo 649, IV, do CPC (com a redação dada pela Lei n. 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

18. As questões atinentes à prescrição dos créditos tributários executados e à ilegitimidade dos sócios da empresa (suscitadas no agravo de instrumento empresarial) deverão ser objeto de discussão na instância ordinária, no âmbito do meio processual adequado, sendo certo que o requisito do prequestionamento torna inviável a discussão, pela vez primeira, em sede de recurso especial, de matéria não debatida na origem.

19. Recurso especial fazendário provido, declarando-se a legalidade da ordem judicial que importou no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ n. 8/2008.

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, os Ministros da Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça acordam, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, dar provimento ao recurso

especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Castro Meira, Arnaldo Esteves Lima, Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves e Hamilton Carvalhido votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Cesar Asfor Rocha.

Sustentaram, oralmente, os Drs. Breno Lobato Cardoso, pela recorrida e Erasto Villa Verde de Carvalho Filho, pelo interessado.

Brasília (DF), 24 de novembro de 2010 (data do julgamento).

Ministro Luiz Fux, Relator

---

DJe 03.12.2010

## RELATÓRIO

O Sr. Ministro Luiz Fux: Trata-se de recurso especial interposto pela *Fazenda Nacional*, com fulcro nas alíneas **a** e **c**, do permissivo constitucional, no intuito de ver reformado acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 1ª Região, cuja ementa restou assim vazada:

Processual Civil. Tributário. Agravo regimental. Execução fiscal. Bloqueio de ativos via Sistema Bacen Jud. Art. 655-A do CPC. Não comprovação de diligências necessárias à localização de bens passíveis de penhora. Impossibilidade.

I. A ordem estabelecida no art. 11, I, da Lei de Execução Fiscal, bem como o art. 655-A do CPC, que preveem a constrição preferencial, via eletrônica, de dinheiro depositado em conta corrente do devedor tributário, tem caráter relativo. Deve ser interpretada em consonância com os valores albergados pela Constituição Federal e legislação processual civil.

II. O bloqueio de importância em dinheiro, via sistema Bacen Jud, é medida extrema e somente deve ser deferida após a demonstração pela parte requerente da realização de todas as diligências possíveis a fim de encontrar bens do devedor passíveis de garantir a execução fiscal ajuizada.

Agravo regimental a que se nega provimento.

Noticiam os autos que *Correa Sobrinho Importação Exportação e Navegação Ltda.* interpôs agravo de instrumento em face de *decisão interlocutória*, proferida em sede de execução fiscal, *que*, inaudita altera pars, *deferiu o bloqueio das contas bancárias dos sócios da empresa, mediante penhora on line*. Alegou, em síntese, que

“para a realização de qualquer constrição aos bens do contribuinte, através do executivo fiscal, é indispensável que seja precedida da formação de relação processual, com a citação do suposto devedor, o que não ocorreu no caso concreto, em nítida afronta ao estado democrático de direito”. Pugnou pela inobservância dos requisitos previstos no artigo 185-A, do CTN, quais sejam, “citação, ausência de nomeação de bem à penhora e não localização de bens”. Assinalou a ilegitimidade dos sócios das empresas, uma vez não demonstrado, no executivo fiscal, qualquer “ato ilícito por parte desses que ensejasse a sua responsabilização pela dívida social”, máxime tendo em vista a inconstitucionalidade do artigo 13, da Lei n. 8.620/1993, que instituiu “hipótese de responsabilidade solidária objetiva, que é matéria de lei complementar”, tramitando no Supremo Tribunal Federal a Ação Direta de Inconstitucionalidade n. 3.672. Aduziu, ainda, que “os sócios que não exercem poder de gerência não podem ser responsabilizados por dívida da empresa, mesmo que caracterizado as hipóteses do art. 135, do CTN”. Outrossim, suscitou a prescrição da pretensão executiva, uma vez que, “no caso concreto, embora o crédito tributário tenha se constituído, respectivamente, em 18.12.2002, 15.01.2003 e 08.02.2004, o executivo fiscal só foi ajuizado em 04.12.2007, quando o crédito já se encontrava extinto pela prescrição, nos moldes do art. 156, V, do CTN”.

A decisão interlocutória agravada de instrumento, proferida em 30.01.2008, ostenta o seguinte teor:

1. Considerando que nos processos de execução fiscal que tramitam nesta vara, tradicionalmente, os executados têm se desfeito de bens e valores depositados em instituições bancárias após o recebimento da carta da citação, determino o *arresto* prévio de valores existentes em contas bancárias de **Correa Sobrinho Importação Export. e Navegação Ltda.** e seus co-responsáveis **Paulo Campos Correa, Ubaldo Campos Correa, Terezinha Campos Correa e Maria de Lurdes Correa**, até o limite do valor exequendo atualizado, através de bloqueio eletrônico pelo sistema Bacenjud.
2. Cumprido o *arresto*, inclusive com a transferência dos valores bloqueados para conta remunerada à disposição deste juízo, cite-se a parte devedora, pelos correios (art. 7º, I, da Lei n. 6.830/1980).
3. Converta-se o *arresto* em penhora e intime-se a parte devedora para fins de oposição de embargos.

Sobreveio decisão monocrática que deu parcial provimento ao agravo de instrumento, para determinar o desbloqueio das contas bancárias e aplicações financeiras da empresa executada, *Correa Sobrinho Importação Exportação e*

*Navegação Ltda.* e dos sócios, *Paulo Campos Correa e Teresinha Campos Correa*. Na oportunidade, o desembargador relator consignou que “a decisão agravada está em confronto com determinação legal, diante não só da inobservância do inciso I, do art. 7º, da LEF, como pelo fato de ter sido determinada a penhora *on line* independentemente da prévia citação e de se conferir a devida oportunidade aos executados de pagarem a dívida ou oferecerem bens à penhora”. Assinalou ainda que “claramente inviável a determinação de arresto, pois não está se tratando de hipótese de executado que não tenha domicílio ou que dele está se ocultando”. De acordo com o relator, “mesmo que a aludida medida não atente diretamente contra o sigilo bancário, implica, de forma contundente, a invasão na esfera patrimonial dos executados, ferindo de morte o princípio de que a execução deve processar-se da forma menos onerosa ao executado”. Concluiu que “no que se refere à questões relativas à ilegitimidade passiva dos sócios e prescrição do crédito executado, entendo não ser esta a via adequada nem o momento processual apropriado para tal exame”.

Interposto agravo regimental pela Fazenda Nacional, o TRF da 1ª Região negou provimento ao recurso, nos termos da ementa anteriormente reproduzida. No voto-condutor do acórdão recorrido, restou assente que:

Não há plausibilidade jurídica na tese de que o art. 11, I, da Lei de Execução Fiscal, bem como o art. 655-A do CPC impõem a constrição preferencial, via eletrônica, do dinheiro depositado em conta-corrente do devedor tributário, quando não há pagamento ou nomeação de bens à penhora após a citação da executada.

Apesar dos argumentos da agravante, mesmo que a aludida medida não atente diretamente contra o sigilo bancário, implica, de forma contundente, a invasão na esfera patrimonial da executada antes de esgotamento de outras formas menos interventivas, ferindo o princípio de que a execução deve processar-se da forma menos onerosa ao executado.

*Não pode a exequente, pretendendo eximir-se de ônus que é seu, requerer a medida extrema de bloqueio de valores, dos quais não sabe sequer a origem ou destinação, sem antes demonstrar, nos autos da ação de execução, a adoção de medidas menos interventivas.* Os aludidos valores podem ser impenhoráveis (a exemplo dos incisos II e IV do art. 649 do CPC), destinados ao pagamento de salários dos empregados de pessoa jurídica, ou, ainda, no caso de pessoa física, podem ter natureza alimentar.

Apesar de o art. 655-A do CPC, dispõe que para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exequente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por

meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

A ordem estabelecida no art. 11 da Lei n. 6.830/1980 e no art. 655 do Código de Processo Civil, que conferem prioridade ao dinheiro para fins de penhora, tem caráter relativo, devendo ser interpretada em consonância com os demais valores albergados pela legislação processual civil, entre os quais o princípio de que a execução deve processar-se da maneira menos gravosa para o devedor.

A jurisprudência majoritária exige que a utilização do sistema Bacen Jud na execução se dê no interesse da Justiça, não no interesse exclusivo do credor. Isso porque o Estado-Juiz, na qualidade de condutor do processo de execução, deve viabilizar a efetividade do processo de modo a satisfazer o direito do credor.

Todavia, não se pode autorizar que a parte exequente se desonere de obrigação que é dela como responsável pela indicação de bens passíveis de penhora, sob o grave risco de instaurar desequilíbrio de forças perante o processo judicial, mormente quando a parte não demonstrou, em nenhum momento, que esgotou os meios de que dispunha para a localização dos aludidos bens.

(...)

No caso, a exequente não comprovou a realização das devidas diligências tendentes à obtenção das informações necessárias à indicação de bens da executada passíveis de penhora, sendo incabível a utilização do Bacen Jud.

Os embargos de declaração opostos pela Fazenda Nacional foram rejeitados, uma vez não vislumbrados quaisquer dos vícios enumerados no artigo 535, do CPC.

Nas razões do especial, sustenta a Fazenda Nacional que o acórdão hostilizado incorreu em violação dos *artigos 10 e 11, da Lei n. 6.830/1980, 655, 655-A e 656, do CPC, e 185-A, do CTN*. De acordo com a recorrente: *(i)* “em razão da omissão do devedor em efetuar o pagamento devido ou em garantir a execução, nos termos da lei, qualquer bem do executado poderá ser penhorado”; *(ii)* “o dinheiro é o bem de maior liquidez e, portanto, o mais adequado para garantir a execução de crédito líquido e certo da Fazenda Nacional”; *(iii)* “não tem qualquer sentido o argumento de que a Fazenda Nacional deve diligenciar para localização de outros bens, já que o primeiro item da ordem legal de penhora é o *dinheiro*, que, nestes tempos, encontra-se obrigatoriamente depositado em contas bancárias”; *(iv)* a Resolução CJF n. 524/2006, “que institucionalizou a utilização do Sistema Bacenjud no âmbito da Justiça Federal de Primeiro e Segundo graus”, “veio a respaldar o art. 185-A,

do CTN, estabelecendo inclusive que a utilização do bloqueio de ativos através do Bacenjud possui precedência sobre as outras modalidades de constrição judicial”. Ao final, aduz que “o entendimento esposado pelo r. julgado regional implica em situação de extrema gravidade, posto que os inadimplentes perante o Fisco estarão se privilegiando do sigilo bancário, ficando a Fazenda Pública - cuja atuação é pautada pelo interesse público - submetida a tantas e tão onerosas exigências para ver realizado o crédito líquido e certo inscrito em Dívida Ativa da União, que os valores estarão invertidos, com a preponderância do interesse individual sobre o coletivo”. Caso não considerados prequestionados quaisquer dos dispositivos legais apontados como violados, aponta a recorrente ofensa ao artigo 535, do CPC, uma vez não suprida a omissão ventilada nos embargos de declaração opostos.

Pela alínea c, do permissivo constitucional, a recorrente traz para confronto o seguinte julgado do STJ:

Execução fiscal. Esgotamento dos meios para localização de bens penhoráveis. Prescindibilidade. Quebra do sigilo bancário. Sistema Bacen Jud. Penhora de dinheiro. Ordem legal de preferência. Lei n. 6.830/1980.

I - A despeito de não terem sido esgotados todos os meios para que a Fazenda obtenha informações sobre bens penhoráveis, faz-se impositiva a obediência à ordem de preferência estabelecida no artigo 11 da Lei n. 6.830/1980, que indica o dinheiro como o primeiro bem a ser objeto de penhora.

II - Nesse panorama, objetivando cumprir a lei de execuções fiscais, é válida a utilização do sistema Bacen Jud para viabilizar a localização do bem (dinheiro) em instituição financeira.

III - Observe-se ademais que, de acordo com o artigo 15 da Lei de Execuções Fiscais, a Fazenda Pública pode a qualquer tempo substituir os bens penhorados por outros, não sendo obrigada a preferir imóveis, veículos ou outros bens, o que realça o pedido de quebra de sigilo, indo ao encontro do princípio da celeridade processual.

IV - Agravo regimental provido. (AgRg no REsp n. 959.836-RS, Rel. Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, julgado em 09.10.2007, DJ 12.11.2007, p. 191).

Apresentadas contra-razões, nas quais, entre outros argumentos, a recorrida reiterou que “a penhora *on line* no caso concreto foi determinada antes da ocorrência da citação, do esgotamento do prazo para oferecimento de bem à penhora e sem que fossem diligenciados outros bens passíveis de penhora, de modo que não se respeitou nenhum dos requisitos do art. 185-A, do CTN”.

O recurso especial recebeu crivo positivo de admissibilidade na origem.

Em 07.06.2010, o presente recurso especial foi submetido ao regime do recurso representativo de controvérsia (artigo 543-C, do CPC), ante a multiplicidade de recursos que versam sobre *possibilidade ou não de quebra do sigilo bancário em execução fiscal, por meio do sistema Bacen-Jud, o qual viabiliza o bloqueio de ativos financeiros do executado (Lei Complementar n. 105/2001)*.

O Ministério Público Federal emitiu parecer no sentido do provimento do recurso especial, pelos seguintes fundamentos:

Tributário. Execução fiscal. Penhora em dinheiro. Sistema BacenJud. 1 - A alegação genérica de omissão do julgado, sem especifica objetivamente o ponto omissivo, não configura violação ao artigo 535, do CPC (Súmula n. 284-STF). 2 - A Lei n. 11.382/2006 colocou na mesma ordem de preferência de penhora “dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira”, permitindo a realização da constrição, preferencialmente, por meio eletrônico e independente da demonstração acerca da inexistência de outros bens penhoráveis. Precedentes. 3 - Parecer pelo provimento do recurso especial.

Consta, ainda, do parecer ministerial que, “no caso, tanto a decisão que determinou o arresto prévio dos valores existentes em conta bancária (fl. 49) quanto o acórdão recorrido (fl. 143) são posteriores à vigência da Lei n. 11.382/2006”, razão pela qual “possível a aplicação imediata do artigo 655-A, do CPC”.

Às fls. e-STJ 232-272, o Banco Central do Brasil, na qualidade de *amicus curiae*, conclui que:

a) a implantação do sistema informatizado BacenJud não implicou a alteração das regras processuais preexistentes, mas apenas informatizou um procedimento antes utilizados pelos magistrados por meio de ofício em papel:

b) a positivação do sistema BacenJud em nível legal (arts. 185-A, do Código Tributário Nacional e 655-A, do Código de Processo Civil) não modificou em nada o papel desde o início desempenhado pelo Banco Central. A Autarquia apenas realiza a função de mensageiro das ordens judiciais, sem responsabilidade alguma, portanto, pelo seu cumprimento pelas destinatárias - as instituições financeiras;

c) as alterações promovidas pelos citados dispositivos de lei deram causa a conflito aparente de normas, no âmbito da execução fiscal de tributos: no Código Tributário Nacional, há regra que condiciona o uso do BacenJud ao esgotamento de outras diligências; no Código de Processo Civil, institui-se que o bloqueio de ativos financeiros por meio do BacenJud é a diligência prioritária;

d) o emprego das regras clássicas de solução de antinomias (no caso concreto, a regra da especialidade), resultaria no absurdo lógico de colocar o credor privado em situação mais vantajosa que o credor público, mesmo quando este fosse cobrar créditos tributários - derivados do dever fundamental de pagar tributos;

e) o Superior Tribunal de Justiça tem utilizado os critérios hermenêuticos apregoados pela Teoria do Diálogo das Fontes, a fim de solucionar impasses como o descrito. Com base nesses critérios, capazes de fornecer respostas coerentes com o ordenamento jurídico, já se pacificou, no Superior Tribunal de Justiça, entendimento no sentido da "possibilidade do uso da ferramenta BacenJud para efetuar o bloqueio de ativos financeiros, em interpretação conjugada dos artigos 185-A, do CTN, 11, da Lei n. 6.830/1980, e 655 e 655-A, do CPC;

f) embora o *caput* do art. 655-A estabeleça regra geral, segundo a qual o juiz só pode bloquear ativos financeiros, por meio do BacenJud, quando instado pela parte, a interpretação sistemática daquele dispositivo com outros do Código, mormente com o art. 797, que outorga aos magistrados poder geral de cautela, permite concluir pela possibilidade de se decretar *ex officio* a indisponibilidade, diante de casos excepcionais.

É o relatório.

## VOTO

O Sr. Ministro Luiz Fux (Relator): Preliminarmente, revela-se cognoscível a insurgência especial, uma vez prequestionada a matéria federal ventilada.

Cinge-se a controvérsia a *possibilidade ou não de quebra do sigilo bancário em execução fiscal, por meio do sistema Bacen-Jud, o qual viabiliza o bloqueio de ativos financeiros do executado (Lei Complementar n. 105/2001)*.

O dever de sigilo das operações de instituições financeiras, extensivo ao Banco Central do Brasil, encontra-se hodiernamente regulado pela Lei Complementar n. 105/2001 (que revogou o artigo 38, da Lei n. 4.595/1964), que assim dispõe:

Art. 1º As instituições financeiras conservarão sigilo em suas operações ativas e passivas e serviços prestados.

(...)

§ 3º Não constitui violação do dever de sigilo:

(...)

VI - a prestação de informações nos termos e condições estabelecidos nos artigos 2º, 3º, 4º, 5º, 6º, 7º e 9º, desta Lei Complementar.

(...)

Art. 2º O dever de sigilo é extensivo ao Banco Central do Brasil, em relação às operações que realizar e às informações que obtiver no exercício de suas atribuições.

§ 1º O sigilo, inclusive quanto a contas de depósitos, aplicações e investimentos mantidos em instituições financeiras, não pode ser oposto ao Banco Central do Brasil:

I - no desempenho de suas funções de fiscalização, compreendendo a apuração, a qualquer tempo, de ilícitos praticados por controladores, administradores, membros de conselhos estatutários, gerentes, mandatários e prepostos de instituições financeiras;

II - ao proceder a inquérito em instituição financeira submetida a regime especial.

(...)

Art. 3º *Serão prestadas pelo Banco Central do Brasil, pela Comissão de Valores Mobiliários e pelas instituições financeiras as informações ordenadas pelo Poder Judiciário, preservado o seu caráter sigiloso mediante acesso restrito às partes, que delas não poderão servir-se para fins estranhos à lide.*

§ 1º Dependem de prévia autorização do Poder Judiciário a prestação de informações e o fornecimento de documentos sigilosos solicitados por comissão de inquérito administrativo destinada a apurar responsabilidade de servidor público por infração praticada no exercício de suas atribuições, ou que tenha relação com as atribuições do cargo em que se encontre investido.

§ 2º Nas hipóteses do § 1º, o requerimento de quebra de sigilo independe da existência de processo judicial em curso.

§ 3º Além dos casos previstos neste artigo o Banco Central do Brasil e a Comissão de Valores Mobiliários fornecerão à Advocacia-Geral da União as informações e os documentos necessários à defesa da União nas ações em que seja parte.

Destarte, afigura-se legítima a quebra do sigilo bancário, pela Banco Central do Brasil ou pelas instituições financeiras, a fim do cumprimento do dever de prestar informações requeridas pelo Poder Judiciário, observado o acesso restrito às partes e a utilização limitada dos dados ao processo judicial em curso.

*Por intermédio do Sistema Bacen-Jud, instrumento de comunicação eletrônica desenvolvido e gerenciado pelo Banco Central do Brasil, agilizou-se a consecução dos fins do processo executivo, viabilizando o acesso do Poder Judiciário às*

*informações sobre a existência de contas e aplicações financeiras de clientes do Sistema Financeiro Nacional, e respectivos saldos, extratos, endereços, bem como se permitiu a determinação de bloqueio e desbloqueio de valores (penhora on line).*

Como de sabença, a execução judicial para a cobrança da Dívida Ativa da União, dos Estados, do Distrito Federal, dos Municípios e respectivas autarquias é regida pela Lei n. 6.830/1980 e, subsidiariamente, pelo Código de Processo Civil, obedecido o cânone de que *a penhora de bens deve ser suficiente à garantia da execução fiscal, nos termos do artigo 11, da Lei n. 6.830/1980*, que estabelece a seguinte gradação:

Art. 11 - A penhora ou arresto de bens obedecerá à seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - título da dívida pública, bem como título de crédito, que tenham cotação em bolsa;

III - pedras e metais preciosos;

IV - imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - veículos;

VII - móveis ou semoventes; e

VIII - direitos e ações.

§ 1º - Excepcionalmente, a penhora poderá recair sobre estabelecimento comercial, industrial ou agrícola, bem como em plantações ou edifícios em construção.

§ 2º - A penhora efetuada em dinheiro será convertida no depósito de que trata o inciso I do artigo 9º.

§ 3º - O Juiz ordenará a remoção do bem penhorado para depósito judicial, particular ou da Fazenda Pública exeqüente, sempre que esta o requerer, em qualquer fase do processo.

Por seu turno, o *artigo 655, do Código de Processo Civil*, antes da alteração promovida pela Lei n. 11.382/2006, preceituava que:

Art. 655. Incumbe ao devedor, ao fazer a nomeação de bens, observar a seguinte ordem:

I - dinheiro;

II - pedras e metais preciosos;

III - títulos da dívida pública da União ou dos Estados;

IV - títulos de crédito, que tenham cotação em bolsa;

V - móveis;

VI - veículos;

VII - semoventes;

VIII - imóveis;

IX - navios e aeronaves;

X - direitos e ações.

§ 1º Incumbe também ao devedor:

I - quanto aos bens imóveis, indicar-lhes as transcrições aquisitivas, situá-los e mencionar as divisas e confrontações;

II - quanto aos móveis, particularizar-lhes o estado e o lugar em que se encontram;

III - quanto aos semoventes, especificá-los, indicando o número de cabeças e o imóvel em que se acham;

IV - quanto aos créditos, identificar o devedor e qualificá-lo, descrevendo a origem da dívida, o título que a representa e a data do vencimento;

V - atribuir valor aos bens nomeados à penhora. (Incluído pela Lei n. 8.953, de 13.12.1994)

§ 2º Na execução de crédito pignoratício, anticrético ou hipotecário, a penhora, independentemente de nomeação, recairá sobre a coisa dada em garantia.

*Antes da égide da Lei n. 11.382/2006, encontrava-se consolidado o entendimento jurisprudencial no sentido da relativização da ordem legal de penhora prevista nos artigos 11, da Lei de Execução Fiscal, e 655, do CPC (EREsp n. 399.557-PR, Rel. Ministro Franciulli Netto, Primeira Seção, julgado em 08.10.2003, DJ 03.11.2003; EREsp n. 662.349-RJ, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 10.05.2006, DJ 09.10.2006; e EAg n. 746.184-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Primeira Seção, julgado em 27.06.2007, DJ 06.08.2007).*

Outrossim, no mesmo íterim, o Superior Tribunal de Justiça consagrava a tese de que *o bloqueio eletrônico de depósitos ou aplicações financeiras (mediante a expedição de ofício à Receita Federal e ao Bacen) pressupunha o esgotamento, pelo exequente, de todos os meios de obtenção de informações sobre o executado e seus bens e que as diligências restassem infrutíferas. É o que se depreende da leitura das ementas dos seguintes julgados:*

Execução. Bens do devedor. Informações. Banco Central.

1 - Em face do interesse da Justiça na efetivação da penhora e restando comprovado que foram esgotados os demais meios a disposição da credora, admitir-se-á a requisição de informações ao Banco Central pelo Juízo sobre a existência de contas bancárias do devedor.

2 - Precedentes.

3 - Recurso provido. (*REsp n. 144.823-PR*, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 02.10.1997, DJ 17.11.1997).

Execução. Bens do devedor. Requisição de informações. CRT. Bacen. Fisco.

- Somente em casos especiais, demonstrado o esgotamento das possibilidades colocadas à disposição do credor, caberá a requisição judicial. Ressalva da posição do Relator.

Recurso não conhecido. (*REsp n. 177.906-RS*, Rel. Ministro Ruy Rosado de Aguiar, Quarta Turma, julgado em 29.10.1998, DJ 1º.02.1999).

Agravo regimental. Recurso especial não admitido. Diligências solicitadas pelo Juiz. Súmula n. 182-STJ.

1. A recorrente não infirmou um fundamento suficiente a manter a decisão ora agravada, qual seja o de que "somente se poderia verificar se a CEF esgotou todos os esforços para a localização de bens penhoráveis com o revolvimento do conjunto fático e probatório, o que não é viável em sede de recurso especial". Súmula n. 182-STJ.

2. Vale o entendimento jurisprudencial desta Corte, considerando-se que a localização de bens penhoráveis é tarefa do exequente, que deve envidar todos os esforços nesse sentido e, somente em caráter excepcional, cabe a interferência do Judiciário por meio de requisição a entidades da Administração Pública.

3. Dissídio jurisprudencial não caracterizado ante a ausência de semelhança fática entre os arestos, sendo certo que a simples transcrição de ementas em hipóteses como a presente não é o suficiente.

4. Agravo regimental improvido. (*AgRg no Ag n. 202.783-PR*, Rel. Ministro Carlos Alberto Menezes Direito, Terceira Turma, julgado em 17.12.1998, DJ 22.03.1999).

Processual Civil. Locação. Execução. Solicitação de informações a entidades governamentais. Excepcionalidade da medida. Esgotamento dos meios possíveis para a localização de bens. Precedentes. Recurso conhecido e provido.

I - O Superior Tribunal de Justiça já se manifestou no sentido de que a solicitação de informações a entidades governamentais, com a finalidade de fornecer elementos úteis à localização de bens de devedor inadimplente para a penhora, somente se justifica em hipóteses excepcionais, após o exaurimento de

todos os demais meios possíveis realizados pelo credor, sendo, ainda, necessária a presença de motivos relevantes, bem como a existência de ordem judicial devidamente fundamentada. Precedentes.

II - Recurso conhecido e provido. (*REsp n. 659.127-SP*, Rel. Ministro José Arnaldo da Fonseca, Rel. p/ Acórdão Ministro Gilson Dipp, Quinta Turma, julgado em 23.11.2004, DJ 21.02.2005).

Execução fiscal. Localização de bens. Quebra de sigilo bancário. Expedição de ofício ao Bacen.

1. 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.

2. No caso concreto, o acórdão reconheceu a impossibilidade de obtenção dos dados pela via extrajudicial.

3. Agravo regimental provido. (*AgRg no REsp n. 644.456-SC*, Rel. Ministro José Delgado, Rel. p/ Acórdão Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 15.02.2005, DJ 04.04.2005).

Processual Civil e Tributário. Falta. Prequestionamento. Tese recursal. Penhora sobre o faturamento da empresa. Súmulas n. 282 e n. 356-STF. Execução fiscal. Requisição. Ofício. Bacen. Localização, contas-correntes. Falta. Comprovação. Esgotamento. Meios administrativos.

1. A tese recursal relativa à impossibilidade de penhora sobre o faturamento da empresa não enseja cognição, pois sequer foi objeto de debate pela Instância *a quo*. Incidência das Súmulas n. 282 e n. 356 do Pretório Excelso.

2. Esta Corte entende ser cabível a ordem para a expedição de ofício ao Banco Central do Brasil - Bacen, a fim de serem obtidas informações sobre a existência de ativos financeiros dos devedores para garantia do juízo executório, desde que a exequente comprove ter exaurido todos os meios de levantamento de dados na via extrajudicial. Precedentes.

3. Recurso especial conhecido em parte e provido. (*REsp n. 771.838-SP*, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 13.09.2005, DJ 03.10.2005).

Execução fiscal. Artigo 557 do Código de Processo Civil. Quebra de sigilo bancário. Sistema Bacen Jud. Esgotamento da via extrajudicial. Aferição. Impossibilidade. Súmula n. 7-STJ.

1. Não há violação ao artigo 557 do Código de Processo Civil quando o Relator se utiliza da permissão dada pelo legislador para negar seguimento a recurso interposto em frontal oposição à jurisprudência dominante no respectivo Tribunal ou nos Tribunais Superiores.

2. Admite-se a quebra do sigilo fiscal ou bancário do executado para que a Fazenda Pública obtenha informações sobre a existência de bens do devedor inadimplente, mas somente após restarem esgotadas todas as tentativas de obtenção dos dados pela via extrajudicial.

3. Infirmar as conclusões a que chegou o acórdão recorrido de que não foram esgotados todos os meios extrajudiciais para obtenção de informações para justificar a utilização do sistema Bacen Jud, demandaria a incursão na seara fático-probatória dos autos, tarefa essa soberana às Instâncias ordinárias, o que impede a cognição da pretensão recursal, ante o óbice da Súmula n. 7 deste Tribunal.

4. O artigo 185-A do Código Tributário Nacional, acrescentado pela Lei Complementar n. 118/2005, também corrobora a necessidade de exaurimento das diligências para localização dos bens penhoráveis, pressupondo um esforço prévio do credor na identificação do patrimônio do devedor, quando assim dispõe: "Art. 185-A. Na hipótese de o devedor tributário, devidamente citado, não pagar nem apresentar bens à penhora no prazo legal e não forem encontrados bens penhoráveis, o juiz determinará a indisponibilidade de seus direitos, comunicando a decisão, preferencialmente por meio eletrônico, aos órgãos e entidades que promovem registros de transferência de bens, especialmente ao registro público de imóveis e às autoridades supervisoras do mercado bancário e do mercado de capitais, a fim de que, no âmbito de suas atribuições, façam cumprir a ordem judicial".

5. Recurso especial improvido. (REsp n. 796.485-PR, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 02.02.2006, DJ 13.03.2006).

A introdução do artigo 185-A no Código Tributário Nacional (promovida pela Lei Complementar n. 118, de 09 de fevereiro de 2005) corroborou a tese da necessidade de exaurimento das diligências conducentes à localização de bens passíveis de penhora antes da decretação da indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado, *verbis*:

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

§ 1º A indisponibilidade de que trata o *caput* deste artigo limitar-se-á ao valor total exigível, devendo o juiz determinar o imediato levantamento da indisponibilidade dos bens ou valores que excederem esse limite.

§ 2º Os órgãos e entidades aos quais se fizer a comunicação de que trata o *caput* deste artigo enviarão imediatamente ao juízo a relação discriminada dos bens e direitos cuja indisponibilidade houverem promovido.

Nada obstante, em 06 de dezembro de 2006, sobreveio a Lei n. 11.382, que alterou dispositivos do *Codex Processual relativos ao processo de execução*, cujo artigo 655 passou a ostentar o seguinte teor:

Art. 655. A penhora observará, preferencialmente, a seguinte ordem:

I - dinheiro, em espécie ou em depósito ou aplicação em instituição financeira;

II - veículos de via terrestre;

III - bens móveis em geral;

IV - bens imóveis;

V - navios e aeronaves;

VI - ações e quotas de sociedades empresárias;

VII - percentual do faturamento de empresa devedora;

VIII - pedras e metais preciosos;

IX - títulos da dívida pública da União, Estados e Distrito Federal com cotação em mercado;

X - títulos e valores mobiliários com cotação em mercado;

XI - outros direitos.

§ 1º Na execução de crédito com garantia hipotecária, pignoratícia ou anticrética, a penhora recairá, preferencialmente, sobre a coisa dada em garantia; se a coisa pertencer a terceiro garantidor, será também esse intimado da penhora.

§ 2º Recaindo a penhora em bens imóveis, será intimado também o cônjuge do executado.

*Outra relevante inovação promovida pela Lei n. 11.382/2006, no CPC, foi a inclusão do artigo 655-A, verbis:*

Art. 655-A. Para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, preferencialmente por meio eletrônico, informações sobre a existência de ativos em nome do executado, podendo no mesmo ato determinar sua indisponibilidade, até o valor indicado na execução.

§ 1º As informações limitar-se-ão à existência ou não de depósito ou aplicação até o valor indicado na execução.

§ 2º Compete ao executado comprovar que as quantias depositadas em conta corrente referem-se à hipótese do inciso IV do *caput* do art. 649 desta Lei ou que estão revestidas de outra forma de impenhorabilidade.

§ 3º Na penhora de percentual do faturamento da empresa executada, será nomeado depositário, com a atribuição de submeter à aprovação judicial a forma de efetivação da constrição, bem como de prestar contas mensalmente, entregando ao exeqüente as quantias recebidas, a fim de serem imputadas no pagamento da dívida.

§ 4º Quando se tratar de execução contra partido político, o juiz, a requerimento do exeqüente, requisitará à autoridade supervisora do sistema bancário, nos termos do que estabelece o *caput* deste artigo, informações sobre a existência de ativos tão-somente em nome do órgão partidário que tenha contraído a dívida executada ou que tenha dado causa a violação de direito ou ao dano, ao qual cabe exclusivamente a responsabilidade pelos atos praticados, de acordo com o disposto no art. 15-A da Lei n. 9.096, de 19 de setembro de 1995.

Conseqüentemente, com o advento da Lei n. 11.382/2006, *o depósito ou aplicação em instituição financeira foram considerados bens preferenciais na ordem da penhora, equiparando-se a dinheiro em espécie (artigo 655, I, do CPC), tornando-se prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora on line (artigo 655-A, do CPC).*

*A antinomia aparente entre o artigo 185-A, do CTN (que cuida da decretação de indisponibilidade de bens e direitos do devedor executado) e os artigos 655 e 655-A, do CPC (penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira) é superada com a aplicação da moderna Teoria do Diálogo das Fontes, idealizada pelo alemão Erik Jayme e aplicada, no Brasil, pela primeira vez, por Cláudia Lima Marques, a fim de preservar a coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o novo Código Civil.*

*Com efeito, consoante a Teoria do Diálogo das Fontes, as normas gerais mais benéficas supervenientes preferem à norma especial (concebida para conferir tratamento privilegiado a determinada categoria), a fim de preservar a coerência do sistema normativo.*

É que, consoante pontifica Cláudia Lima Marques:

(...) em uma visão “moderna” ou perfeita do ordenamento jurídico no tempo, teríamos a “Tese” (lei antiga), a “Antítese” (lei nova) e a conseqüente “Síntese” (a revogação), a trazer clareza e certeza ao sistema (jurídico) de Direito Privado. Os critérios usados para resolver os conflitos de leis no tempo são apenas três: anterioridade, especialidade e hierarquia, sendo a hierarquia, segundo Bobbio, o critério definitivo.

Aceite-se ou não a pós-modernidade, a verdade é que, na sociedade complexa atual, com a descodificação, a tópica e a microcodificação (como a do CDC),

trazendo uma forte pluralidade de leis ou fontes, a doutrina atualizada está à procura de uma harmonia ou coordenação entre estas diversas normas do ordenamento jurídico (concebido como sistema). É denominada “coerência derivada ou restaurada” (“*cohérence dérivée ou restaurée*”), que procura uma eficiência não só hierárquica, mas funcional do sistema plural e complexo de nosso direito contemporâneo.

Erik Jayme alerta-nos que, nos atuais tempos pós-modernos, a pluralidade, a complexidade, a distinção impositiva dos direitos humanos e do, *droit à la différence*” (direito a ser diferente e ser tratado diferentemente, sem necessidade mais de ser “igual” aos outros) não mais permitem este tipo de clareza ou de “mono-solução”. A solução atual ou pós-moderna é sistemática e tópica ao mesmo tempo, pois deve ser mais fluida, mais flexível, a permitir maior mobilidade e fineza de distinções. *Hoje, a superação de paradigmas foi substituída pela convivência ou coexistência dos paradigmas*, como indica nosso título.

Efetivamente, raramente encontramos hoje a revogação expressa, substituída pela incerteza da revogação tácita indireta, através da idéia de “incorporação”, como bem expressa o art. 2.043 do novo Código Civil. Há mais convivência de leis com campos de aplicação diferentes, do que exclusão e clareza. Seus campos de aplicação, por vezes, são convergentes e, em geral diferentes, mas convivem e coexistem em um mesmo sistema jurídico que deve ser ressystematizado. O desafio é este, aplicar as fontes em diálogo de forma justa, em um sistema de direito privado plural, fluido, mutável e complexo.

Seguirei aqui novamente a teoria de Erik Jayme, que propõe – em resumo - *no lugar do conflito de leis a visualização da possibilidade de coordenação sistemática destas fontes: o diálogo das fontes. Uma coordenação flexível e útil (effet utile) das normas em conflito no sistema a fim de restabelecer a sua coerência. Muda-se assim o paradigma: da retirada simples (revogação) de uma das normas em conflito do sistema jurídico ou do “monólogo” de uma só norma (a “comunicar” a solução justa), à convivência destas normas, ao “diálogo” das normas para alcançar a sua “ratio”, a finalidade visada ou “narrada” em ambas. Este atual e necessário “diálogo das fontes” permite e leva à aplicação simultânea, coerente e coordenada das plúrimas fontes legislativas convergentes com finalidade de proteção efetiva.* (Artigo intitulado “Superação das Antinomias pelo Diálogo das Fontes: O Modelo Brasileiro de Coexistência entre o Código de Defesa do Consumidor e o Código Civil de 2002”, in Revista da Escola Superior da Magistratura de Sergipe, n. 07, 2004).

Deveras, a *ratio essendi* do artigo 185-A, do CTN, é erigir hipótese de privilégio do crédito tributário, não se revelando coerente “colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988)” (*REsp n. 1.074.228-MG*, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008).

Assim, a interpretação sistemática dos artigos 185-A, do CTN, com os artigos 11, da Lei n. 6.830/1980 e 655 e 655-A, do CPC, autoriza a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras independentemente do exaurimento de diligências extrajudiciais por parte do exequente.

Consectariamente, à luz da regra de direito intertemporal que preconiza a aplicação imediata da lei nova de índole processual, infere-se a *existência de dois regimes normativos no que concerne à possibilidade de penhora eletrônica de dinheiro em depósito ou aplicação financeira*:

(i) *período anterior à égide da Lei n. 11.382, de 06 de dezembro de 2006* (que obedeceu a *vacatio legis* de 45 dias após a publicação), no qual a utilização do Sistema Bacen-Jud pressupunha a demonstração de que o exequente não lograra êxito em suas tentativas de obter as informações sobre o executado e seus bens; e

(ii) *período posterior à vacatio legis da Lei n. 11.382/2006 (21.01.2007)*, a partir do qual se revela prescindível o exaurimento de diligências extrajudiciais a fim de se autorizar a penhora eletrônica de depósitos ou aplicações financeiras.

No mesmo sentido, confira-se o seguinte precedente da Primeira Seção:

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).

À guisa de exemplos, colhem-se ementas de julgados oriundos das Turmas de Direito Público:

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).

Tributário. Processual Civil. Penhora *on line*. Constrição de ativos financeiros. Requerimento após a vigência da Lei n. 11.382/2006. Esgotamento das diligências para localização de bens. Desnecessidade. Penhora sobre o faturamento da empresa não equivale a penhora em dinheiro.

1. É entendimento desta Corte que o pedido de penhora *on line* pode ser deferido de plano, porquanto nos requerimentos após a vigência da Lei n. 11.382/2006 não se exige mais o esgotamento das diligências para localização de bens penhoráveis, pois as expressões “depósito ou aplicação em instituição financeira” foram equiparadas a dinheiro em espécie na ordem de penhora. O que ocorreu no caso dos autos.

2. Não procede a alegação de ofensa à coisa julgada, pois o pedido de penhora sobre o faturamento da empresa (com decisão de indeferimento já transitada em julgado) não se confunde com penhora em dinheiro. Precedentes.

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp n. 1.143.806-SP, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 08.06.2010, DJe 21.06.2010).

Processual Civil. Tributário. Recurso especial em agravo de instrumento. Penhora *on line*. Arts. 655 e 655-A do CPC. Art. 185-A do CTN. Sistema Bacen-Jud. Pedido realizado no período de vigência da Lei n. 11.382, de 06 de dezembro de 2006. Penhora entendida como medida excepcional. Não comprovação do exaurimento de diligências para busca de bens de executado. Súmula n. 7-STJ. Nova jurisprudência do STJ aplicável aos pedidos feitos no período de vigência da aludida lei. Recurso especial provido.

1. A jurisprudência de ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção desta Corte é firme no sentido de admitir a possibilidade de quebra do sigilo bancário (expedição de ofício ao Banco Central para obter informações acerca da existência de ativos financeiros do devedor), desde que esgotados todos os meios para localizar bens passíveis de penhora.

2. Sobre o tema, esta Corte estabeleceu dois entendimentos, segundo a data em que foi requerida a penhora, se antes ou após a vigência da Lei n. 11.382/2006.

3. A primeira, aplicável aos pedidos formulados antes da vigência da aludida lei, no sentido de que a penhora pelo sistema Bacen-Jud é medida excepcional, cabível apenas quando o exequente comprova que exauriu as vias extrajudiciais

de busca dos bens do executado. Na maioria desses julgados, o STJ assevera que discutir a comprovação desse exaurimento esbarra no óbice da Súmula n. 7-STJ.

4. Por sua vez, a segunda solução, aplicável aos requerimentos realizados após a entrada em vigor da mencionada lei, é no sentido de que essa penhora não exige mais a comprovação de esgotamento de vias extrajudiciais de busca de bens a serem penhorados. O fundamento desse entendimento é justamente o fato de a Lei n. 11.382/2006 equiparar os ativos financeiros a dinheiro em espécie.

5. No caso em apreço, o Tribunal *a quo* indeferiu o pedido de penhora justamente porque a considerou como medida extrema, não tendo sido comprovada a realização de diligências hábeis a encontrar bens a serem penhorados.

6. Como o pedido foi realizado dentro do período de vigência da Lei n. 11.382/2006, aplica-se o segundo entendimento.

7. Recurso especial provido. (*REsp n. 1.101.288-RS*, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 02.04.2009, DJe 20.04.2009).

Processual Civil. Recurso especial. Execução fiscal. Crédito tributário. Bloqueio de ativos financeiros por meio do sistema Bacen Jud. Aplicação conjugada do art. 185-A, do CTN, art. 11, da Lei n. 6.830/1980, art. 655 e art. 655-A, do CPC. Proporcionalidade na execução. Limites dos arts. 649, IV e 620 do CPC.

1. Não incide em violação do art. 535 do CPC o acórdão que decide fazendo uso de argumentos suficientes para sustentar a sua tese. O julgador não é obrigado a se manifestar sobre todos os dispositivos legais levados à discussão pelas partes.

2. A interpretação das alterações efetuadas no CPC não pode resultar no absurdo lógico de colocar o credor privado em situação melhor que o credor público, principalmente no que diz respeito à cobrança do crédito tributário, que deriva do dever fundamental de pagar tributos (artigos 145 e seguintes da Constituição Federal de 1988).

3. Em interpretação sistemática do ordenamento jurídico, na busca de uma maior eficácia material do provimento jurisdicional, deve-se conjugar o art. 185-A, do CTN, com o art. 11 da Lei n. 6.830/1980 e artigos 655 e 655-A, do CPC, para possibilitar a penhora de dinheiro em depósito ou aplicação financeira, independentemente do esgotamento de diligências para encontrar outros bens penhoráveis. Em suma, para as decisões proferidas a partir de 20.01.2007 (data da entrada em vigor da Lei n. 11.038/2006), em execução fiscal por crédito tributário ou não, aplica-se o disposto no art. 655-A do Código de Processo Civil, posto que compatível com o art. 185-A do CTN.

4. A aplicação da regra não deve descuidar do disposto na nova redação do art. 649, IV, do CPC, que estabelece a impenhorabilidade dos valores referentes aos vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; às quantias recebidas por

liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, aos ganhos de trabalhador autônomo e aos honorários de profissional liberal.

5. Também há que se ressaltar a necessária prudência no uso da nova ferramenta, devendo ser sempre observado o princípio da proporcionalidade na execução (art. 620 do CPC) sem descuidar de sua finalidade (art. 612 do CPC), de modo a não inviabilizar o exercício da atividade empresarial.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, provido. (*REsp* n. 1.074.228-MG, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07.10.2008, DJe 05.11.2008).

No que concerne à execução civil, a Corte Especial, em recente julgado, adotou idêntica exegese

Processual Civil. Recurso especial. Execução civil. Penhora. Art. 655-A do CPC. Sistema Bacen-Jud. Advento da Lei n. 11.382/2006. Incidente de processo repetitivo. I - JULGAMENTO DAS QUESTÕES IDÊNTICAS QUE CARACTERIZAM A MULTIPLICIDADE. ORIENTAÇÃO - PENHORA *ON LINE*.

a) A penhora *on line*, antes da entrada em vigor da Lei n. 11.382/2006, configura-se como medida excepcional, cuja efetivação está condicionada à comprovação de que o credor tenha tomado todas as diligências no sentido de localizar bens livres e desembaraçados de titularidade do devedor.

b) Após o advento da Lei n. 11.382/2006, o Juiz, ao decidir acerca da realização da penhora *on line*, não pode mais exigir a prova, por parte do credor, de esaurimento de vias extrajudiciais na busca de bens a serem penhorados.

#### II - JULGAMENTO DO RECURSO REPRESENTATIVO

- Trata-se de ação monitória, ajuizada pela recorrente, alegando, para tanto, titularizar determinado crédito documentado por contrato de adesão ao "Crédito Direto Caixa", produto oferecido pela instituição bancária para concessão de empréstimos. A recorrida, citada por meio de edital, não apresentou embargos, nem ofereceu bens à penhora, de modo que o Juiz de Direito determinou a conversão do mandado inicial em título executivo, diante do que dispõe o art. 1.102-C do CPC.

- O Juiz de Direito da 6ª Vara Federal de São Luiz indeferiu o pedido de penhora *on line*, decisão que foi mantida pelo TJ-MA ao julgar o agravo regimental em agravo de instrumento, sob o fundamento de que, para a efetivação da penhora eletrônica, deve o credor comprovar que esgotou as tentativas para localização de outros bens do devedor.

- Na espécie, a decisão interlocutória de primeira instância que indeferiu a medida constritiva pelo sistema Bacen-Jud, deu-se em 29.05.2007 (fl. 57), ou seja, depois do advento da Lei n. 11.382/2006, de 06 de dezembro de 2006, que alterou o CPC quando incluiu os depósitos e aplicações em instituições financeiras como

bens preferenciais na ordem da penhora como se fossem dinheiro em espécie (art. 655, I) e admitiu que a constrição se realizasse preferencialmente por meio eletrônico (art. 655-A).

*Recurso especial provido. (REsp n. 1.112.943-MA, Rel. Ministra Nancy Andrighi, julgado em 15.09.2010).*

*In casu*, a decisão proferida pelo Juízo Singular em 30.01.2008 determinou, com base no poder geral de cautela, o “arresto prévio” (mediante bloqueio eletrônico pelo sistema Bacenjud) dos valores existentes em contas bancárias da empresa executada e dos co-responsáveis (até o limite do valor exequendo), sob o fundamento de que “nos processos de execução fiscal que tramitam nesta vara, tradicionalmente, os executados têm se desfeito de bens e valores depositados em instituições bancárias após o recebimento da carta da citação”.

Consectariamente, a argumentação empresarial de que o bloqueio eletrônico dera-se antes da regular citação esbarra na existência ou não dos requisitos autorizadores da medida provisória (em tese, apta a evitar lesão grave e de difícil reparação, *ex vi* do disposto nos artigos 798 e 799, do CPC), cuja análise impõe o reexame do contexto fático-probatório valorado pelo Juízo Singular, providência obstada pela Súmula n. 7-STJ.

Destarte, o bloqueio eletrônico dos depósitos e aplicações financeiras dos executados, determinado em 2008 (período posterior à vigência da Lei n. 11.382/2006), não se condicionava à demonstração da realização de todas as diligências possíveis para encontrar bens do devedor.

Contudo, impende ressaltar que a penhora eletrônica dos valores depositados nas contas bancárias não pode descurar-se da norma inserta no artigo 649, IV, do CPC (com a redação dada pela Lei n. 11.382/2006), segundo a qual são absolutamente impenhoráveis “os vencimentos, subsídios, soldos, salários, remunerações, proventos de aposentadoria, pensões, pecúlios e montepios; as quantias recebidas por liberalidade de terceiro e destinadas ao sustento do devedor e sua família, os ganhos de trabalhador autônomo e os honorários de profissional liberal”.

As questões atinentes à prescrição dos créditos tributários executados e à ilegitimidade dos sócios da empresa (suscitadas no agravo de instrumento empresarial) deverão se objeto de discussão na instância ordinária, no âmbito do meio processual adequado, sendo certo que o requisito do prequestionamento torna inviável a discussão pela vez primeira, em sede de recurso especial, de matéria não debatida na origem.

Com essas considerações, *dou provimento ao recurso especial fazendário*, declarando a legalidade da ordem judicial que importou no bloqueio liminar dos depósitos e aplicações financeiras constantes das contas bancárias dos executados.

Porquanto tratar-se de recurso representativo da controvérsia, sujeito ao procedimento do artigo 543-C, do Código de Processo Civil, determino, após a publicação do acórdão, a comunicação à Presidência e aos demais Ministros do STJ, aos Tribunais Regionais Federais, bem como aos Tribunais de Justiça dos Estados, com fins de cumprimento do disposto no § 7º, do artigo 543-C, do CPC (artigos 5º, II, e 6º, da Resolução STJ n. 8/2008).