

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.163.553 - RJ (2011/0235964-1)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
R.P/ACÓRDÃO : **MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
EMBARGANTE : **TELEMAR NORTE LESTE S/A**
ADVOGADOS : **MAURÍCIO SANTANA DE OLIVEIRA TORRES**
 : **LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA E OUTRO(S)**
EMBARGADO : **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADOR : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. FIANÇA BANCÁRIA E DEPÓSITO BANCÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DE GARANTIA. ART. 15, II, DA LEI N. 6.830/80. INTERPRETAÇÃO CONFORME O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE CONTIDO NO ART. 620 DO CPC. INAPLICABILIDADE DO ERESP 1.077.039/RJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. "O inciso II do art. 15 da Lei 6.830/80, que permite à Fazenda Pública, em qualquer fase do processo, postular a substituição do bem penhorado, deve ser interpretado com temperamento, tendo em conta o princípio contido no art. 620 do Código de Processo Civil, segundo o qual 'quando por vários meios o credor promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso', não convivendo com exigências caprichosas, nem com justificativas impertinentes" (REsp 53.652/SP, Rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Turma, LEXSTJ, vol. 73, p. 321).
2. Não se aplica ao presente caso o entendimento firmado no EREsp 1.077.039/RJ, visto se tratar de hipótese contrária a dos autos.
3. A substituição da fiança bancária pelo depósito só é cabível se a garantia se mostrar inidônea sob pena de impor ao devedor injustificável gravame.
4. Embargos de divergência providos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA SEÇÃO do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin, conheceu dos embargos e deu-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

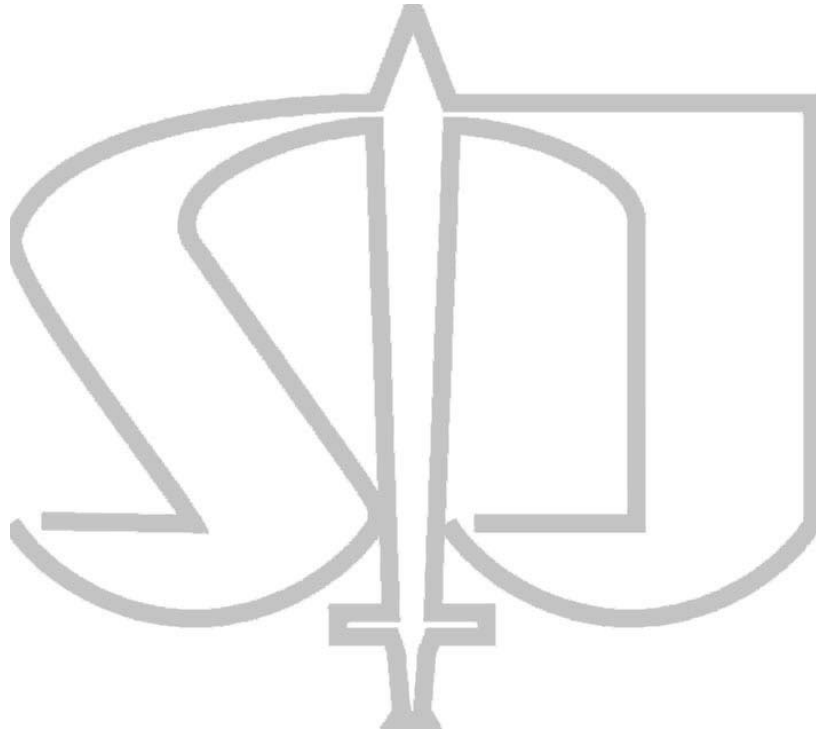
Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves (voto-vista), Assusete Magalhães e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.

Superior Tribunal de Justiça

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Humberto Martins.
Brasília (DF), 22 de abril de 2015.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES, Relator



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.163.553 - RJ (2011/0235964-1)
RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
EMBARGANTE : **TELEMAR NORTE LESTE S/A**
ADVOGADOS : **MAURÍCIO SANTANA DE OLIVEIRA TORRES**
 : **LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA E OUTRO(S)**
EMBARGADO : **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADOR : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

RELATÓRIO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:

Trata-se de embargos de divergência em recurso especial opostos pela TELEMAR NORTE LESTE S.A contra acórdão da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, relatado pelo eminente Min. HERMAN BENJAMIN.

Extrai-se dos autos que a embargante interpôs agravo de instrumento no Tribunal de origem, visando desconstituir a ordem que, nos autos de execução fiscal, substituiu a penhora de fiança bancária por montante depositado em conta corrente que seria objeto de distribuição de dividendos.

O Desembargador Federal do Tribunal Regional Federal da 2ª Região, em decisão monocrática, reformou parcialmente a decisão interlocutória proferida pelo juízo da execução, a fim de determinar a penhora dos valores correspondentes do total buscado na execução, ou seja, sobre fração do recurso disponibilizado para distribuição de dividendos, mantendo a efetivação da penhora (fl. 305/308e).

A embargante e a embargada interpuseram agravo interno, sendo negado provimento ao agravo da TELEMAR NORTE LESTE S.A. e dado provimento parcial ao da FAZENDA NACIONAL, justificando que o dinheiro prefere a todos os demais bens na ordem legal estabelecida no art. 11 da LEF. Eis a ementa do julgado (fls. 491/492e):

1. No caso em debate, discute-se a possibilidade de substituição da fiança bancária por dinheiro tendo em vista a pretensão da executada de distribuir lucros aos acionistas da empresa.
2. Argumenta a Agravante que a execução deve ser feita do modo menos gravoso ao devedor.
3. Contudo, cumpre ressaltar que o ditame de que a execução fiscal deve ser operada de modo menos gravoso ao executado, deve ser entendida *cum grano salis*, tendo em vista que a referida ação é feita no interesse do credor, no intuito de realizar a efetiva satisfação do crédito.
4. A penhora em dinheiro, como perseguido no curso da execução fiscal, constitui meio constritivo apoiado pela legislação processual civil. Na hipótese, caracterizada como está a disponibilidade do numerário em valores suficientes

para a cobertura do débito, não há que se falar em execução de modo mais oneroso para a parte executada.

5. O dinheiro prefere a todos os demais bens na ordem legal estabelecida no artigo 11 da Lei de Execuções Fiscais.

6. A decisão que proibiu a distribuição dos dividendos e bloqueou as contas bancárias e aplicações financeiras da requerente está vinculada aos limites do débito discutido nas execuções fiscais. A Agravante poderá distribuir dividendos após a consolidação da garantia das execuções fiscais, por dinheiro existente em suas contas bancárias.

7. Nada há que a impeça de cumprir essa obrigação social. O que não pode fazer é, no lugar de garantir as execuções fiscais com os valores existentes em suas contas bancárias, destinar tais valores para o pagamento de dividendos. Inexiste esse tipo de privilégio em nosso ordenamento jurídico.

8. *In casu*, possuindo a empresa débitos tributários não garantidos, não pode distribuir dividendos e lucros, sob pena de sanção pecuniária.

9. A distribuição de dividendos representam uma destinação do lucro do exercício, entretanto não se pode falar em lucro se a empresa possui débitos em aberto, mormente débitos tributários de que preferem aos demais.

10. Nego provimento ao agravo internos da Telemar Norte Leste S/A, e dou parcial provimento ao agravo interno da União Federal.

Contra esse acórdão foi interposto recurso especial, o qual foi desprovido, por maioria, pela Segunda Turma, em julgado que recebeu a seguinte ementa (fls. 621/622e):

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. FIANÇA BANCÁRIA ACEITA PELA FAZENDA PÚBLICA. SUBSTITUIÇÃO POR DINHEIRO (DIVIDENDOS A SEREM DISTRIBUÍDOS AOS ACIONISTAS). POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA CONJUGADA DOS ARTS. 15, II, e 11, I, DA LEI 6.830/1980, C/C O ART. 612 DO CPC. PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. PREVALÊNCIA APENAS QUANDO O JUÍZO VALORAR, CONCRETAMENTE E À LUZ DA PROVA DOS AUTOS, QUE A CONSTRIÇÃO EM PECÚNIA PODE CAUSAR GRAVAME DESPROPORCIONAL À PARTE DEVEDORA.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

2. A tese defendida pela sociedade empresarial é a de que, se a fiança bancária foi aceita pela Fazenda Pública, a garantia do juízo em Execução Fiscal torna-se imutável. Tal argumentação foi utilizada com a finalidade de impedir a troca da penhora (fiança bancária por dinheiro, representado pelos dividendos que serão distribuídos aos acionistas).

3. Deduz-se pretensão manifestamente contrária à lei, pois o art. 15, II, da Lei 6.830/1980 garante ao ente público a faculdade de pleitear, em qualquer fase do processo, além do reforço, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem listada no art. 11, o que significa a possibilidade de, a critério da Fazenda Pública, trocar o bem por outro de maior ou menor liquidez.

4. De todo modo, preservam-se as previsões normativas de que o dinheiro representa o bem sobre o qual preferencialmente recairá a medida constritiva

Superior Tribunal de Justiça

(art. 11, I, da Lei das Execuções Fiscais) e de que a execução é processada com o objetivo principal de garantir os interesses da parte credora (art. 612 do CPC).

5. Dessa forma, embora a Fazenda credora tenha concordado com a garantia prestada (fiança bancária), a regra do art. 15, II, da LEF permite que a descoberta de outro bem (superveniente ou não), que, a seu juízo, melhor atenda às expectativas de satisfação de sua pretensão, fundamente o pleito de substituição da penhora.

6. Ressalva-se, naturalmente, a incidência do art. 620 do CPC, segundo o qual o juízo poderá restringir a faculdade de livre substituição da penhora se o ato processual implicar gravame desproporcional à parte devedora.

7. Esse juízo de ponderação de interesses, no entanto, não pode ser utilizado de modo abstrato, mas sim a partir do convencimento do órgão julgador, obrigatoriamente motivado com base na efetiva prova dos autos – o que não ocorreu *in casu*.

8. A Seção de Direito Público do STJ uniformizou o entendimento de que as garantias consistentes na fiança bancária e na penhora de dinheiro não possuem o mesmo *status* (ERESP 1077039/RJ), razão pela qual permanece em vigor a preferência por esta última.

9. Conclui-se que o direito de o ente público postular, originalmente ou em caráter substitutivo, a penhora de quantia específica de dinheiro independe de prévia garantia do juízo, dado que este é o bem sobre o qual preferencialmente deve recair a medida constritiva. O único obstáculo, inexistente na espécie, seria o juízo valorativo a respeito do art. 620 do CPC.

10. Relativamente ao precedente atual da Terceira Turma (REsp 1116647/ES), invocado em memorial apresentado pela recorrente, observo que não se aplica ao caso dos autos, tendo em vista tratar de situação fática diversa – Execução disciplinada exclusivamente pelo Código de Processo Civil, entre pessoas de Direito Privado, na qual não incide o art. 15, II, da LEF.

11. Ademais, o entendimento lá adotado – de que a penhora de quantia aproximada de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) presumivelmente deve ser considerada gravosa à empresa – foi afastado na hipótese destes autos, quando o Tribunal a quo constatou que a penhora de R\$67.000.000,00 (sessenta e sete milhões de reais) é irrisória diante do valor total dos dividendos a serem distribuídos (R\$3.000.000.000,00 – três bilhões de reais).

12. Recurso Especial não provido.

Embargos de declaração rejeitados (fls. 664/673e):

No presente recurso, sustenta a embargante, em apertada síntese, que "a fiança bancária, embora não igual ao depósito em dinheiro, a ele é equiparado pela lei para efeitos de garantia do crédito" (fl. 696e). Dessa forma, o acórdão ora embargado contraria a jurisprudência da Primeira Turma segundo a qual fiança bancária e depósito em dinheiro seriam equiparados.

Aponta como paradigma os seguintes acórdãos da Primeira Turma: AgRg no AgRg no Resp 1.109.560/RS e AgRg no REsp 1.215.460/CE.

Os embargos foram admitidos pelo despacho de fls. 748/749e.

A parte embargada apresentou impugnação (fl. 756/766e).

Superior Tribunal de Justiça

É o relatório.



EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.163.553 - RJ (2011/0235964-1)
EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. FIANÇA BANCÁRIA E DEPÓSITO BANCÁRIO. SUBSTITUIÇÃO DE GARANTIA. ART. 15, II, DA LEI N. 6.830/80. INTERPRETAÇÃO CONFORME O PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE CONTIDO NO ART. 620 DO CPC. INAPLICABILIDADE DO ERESP 1.077.039/RJ. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA PROVIDOS.

1. "O inciso II do art. 15 da Lei 6.830/80, que permite à Fazenda Pública, em qualquer fase do processo, postular a substituição do bem penhorado, deve ser interpretado com temperamento, tendo em conta o princípio contido no art. 620 do Código de Processo Civil, segundo o qual 'quando por vários meios o credor promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso', não convivendo com exigências caprichosas, nem com justificativas impertinentes" (REsp 53.652/SP, Rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Turma, LEXSTJ, vol. 73, p. 321).
2. Não se aplica ao presente caso o entendimento firmado no ERESP 1.077.039/RJ, visto se tratar de hipótese contrária a dos autos.
3. A substituição da fiança bancária pelo depósito só é cabível se a garantia se mostrar inidônea sob pena de impor ao devedor injustificável gravame.
4. Embargos de divergência providos.

VOTO

MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):

Conforme já relatado, insurge-se a embargante contra acórdão da Segunda Turma desta Corte, no sentido de que a fiança bancária e o depósito em dinheiro seriam equiparados para fins de garantia da execução.

Presentes os pressupostos de admissibilidade dos embargos de divergência, passo ao exame do mérito da controvérsia.

O acórdão embargado, de fato, adotou solução que diverge daquela adotada pela Primeira Turma por ocasião do julgamento dos acórdãos paradigmas apontados pela embargante. A propósito, confirmam-se as ementas dos referidos julgados:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SUBSTITUIÇÃO DA FIANÇA BANCÁRIA POR DEPÓSITO JUDICIAL. EQUIPARAÇÃO DOS INSTITUTOS. PRECEDENTES DO STJ. AGRAVO IMPROVIDO.

1. Consoante iterativa jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, os institutos da fiança bancária e do depósito judicial se equivalem para fins de

Superior Tribunal de Justiça

garantia da execução.

2. Agravo regimental improvido. (AgRg no AgRg no REsp 1.109.560/RS, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 30/08/10).

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. FIANÇA BANCÁRIA. SUBSTITUIÇÃO DE PENHORA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui entendimento quanto à equiparação da fiança bancária a depósito bancário, nos termos do art. 15, I da Lei 6.830/80.

2. Mérito recursal decidido pelo Tribunal de origem afastando-se a substituição da penhora por ausência de configuração de situação de prejuízo à parte credora. Modificar o entendimento firmado por aquele Tribunal demandaria incursão no contexto fático-probatório dos autos, defeso em sede de recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.215.460/CE, de minha relatoria, Primeira Turma, DJe 27/05/11).

Diante da divergência apresentada, entendo que deve prevalecer o entendimento firmado no primeiro acórdão paradigma. O segundo acórdão, por se referir a recurso que teve seguimento negado em razão da aplicação da Súmula 7/STJ, não serve como paradigma (nesse sentido: AgRg nos EREsp 569.985/DF, DJe 19/5/2008; EREsp 267.366/RS, DJ 18/4/2002, e EREsp 299.629/SP, DJ 15/10/2002).

O primeiro paradigma tem similitude fática com a tese contra a qual a embargante se insurge, eis que naquela ocasião a Fazenda Nacional pretendia a substituição da fiança bancária - já aceita - , pelo depósito bancário proveniente da distribuição de dividendos da Ambev.

Colhe-se do acórdão embargado que o eminente Min. CASTRO MEIRA ficou vencido em sua tese, segundo a qual, a substituição somente seria cabível se houvesse razão para afastar a fiança bancária quanto à dúvida sobre a capacidade da instituição financeira.

No entanto, a tese vencedora, do eminente Min. HERMAN BENJAMIN, afirma haver equívoco da recorrente ao alegar que, depois de aceita a fiança pela autoridade fazendária, seria vedado pleitear sua substituição por penhora em dinheiro, uma vez que o art. 15, II, da Lei n. 6.830/1980 faculta ao ente público credor o pedido de reforço ou de substituição de penhora, esclarecendo que a iniciativa da Fazenda Pública credora, em realizar a substituição da penhora deve ocorrer conforme seu requerimento e conveniência, e se a lei permite, não há necessidade de analisar se a fiança bancária na época foi adequada.

Observa-se que o Tribunal *a quo* apreciou a controvérsia exclusivamente com base no exame do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), da ordem preferencial

Superior Tribunal de Justiça

para constrição de bens (art. 11 da Lei n. 6.830/80 – LEF) e da vedação à distribuição de lucros (art. 32 da Lei 4.357/64).

O art. 15 da LEF dispõe o seguinte:

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

I - ao executado, a substituição da penhora por depósito em dinheiro ou fiança bancária; e

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

O art. 620 do CPC, por sua vez, preceitua que "quando por vários meios o credor puder promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso para o devedor".

O Tribunal de origem, aplicando o art. 32 da Lei 4.357/64, negou provimento ao agravo regimental da ora embargante, fundamentando que a Lei veda a distribuição de lucros se empresa estiver em débito não garantido com a Fazenda Pública.

Ocorre que a execução fiscal já estava garantida pela fiança bancária, e tal garantia já havia sido aceita pela exequente. Assim, não haveria razão para a proibição de distribuição de dividendos, e tampouco seria razoável a substituição da garantia - já oferecida e aceita - pela penhora em dinheiro.

Por ocasião do julgamento do AgRg no AgRg no REsp 1.109.560/RS, consignei que "o inciso II do art. 15 da Lei 6.830/80, que permite à Fazenda Pública, em qualquer fase do processo, postular a substituição do bem penhorado, deve ser interpretado com temperamento, tendo em conta o princípio contido no art. 620 do Código de Processo Civil, segundo o qual 'quando por vários meios o credor promover a execução, o juiz mandará que se faça pelo modo menos gravoso', não convivendo com exigências caprichosas, nem com justificativas impertinentes (REsp 53.652/SP, Rel. p/ acórdão Min. Cesar Asfor Rocha, 1ª Turma, LEXSTJ, vol. 73, p. 321)".

A adoção de entendimento diverso importaria, dessa forma, em gravame desnecessário para a embargante que ofereceu garantia idônea prevista em lei (REsp 1.137.415/PR, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 15/3/10; EDcl no Ag 1.186.554/RJ, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 12/3/10).

Assim, a substituição pretendida pela Fazenda Nacional só seria cabível se houvesse razão para afastar a idoneidade da fiança bancária sob pena de impor ao devedor

Superior Tribunal de Justiça

injustificável gravame.

Esclareço, por oportuno, que este recurso não se assemelha ao EREsp 1.077.039/RJ, pois se tratava de hipótese contrária a dos autos, em que buscava a substituição da penhora em dinheiro pela fiança bancária. Não se olvida do entendimento exposto no acórdão mencionado quanto ao *status* que o dinheiro teria em relação a fiança bancária, mas apenas se ressalva a distinção fática entre esta e aquela situação.

Conforme concluiu o Excelentíssimo Ministro HERMAN BENJAMIN no voto-vista proferido no processo acima citado:

A Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional instituiu ato normativo disciplinando a garantia da Execução Fiscal por meio da fiança bancária. Interessa, no caso, o disposto no art. 3º da Portaria PGFN 644/1º.4.2009 (publicada no DOU de 2.4.2009):

Art. 3º A carta de fiança bancária somente poderá ser aceita se sua apresentação ocorrer *antes* de **depósito** ou de **decisão judicial que determine a penhora de dinheiro**.

Ao estabelecer que a carta de fiança somente pode ser aceita se o seu oferecimento ocorrer antes da penhora do dinheiro (ou da decisão judicial que autorizar a penhora desse tipo de bem), a referida instituição rechaça a possibilidade de que a substituição implique a troca de um bem por outro de categoria inferior.

(...)

Em conclusão:

- a) quando a penhora em Execução Fiscal não recair sobre dinheiro, o executado poderá, sempre, requerer a substituição do bem constricto por dinheiro ou fiança bancária;
- b) se a penhora em Execução Fiscal incidir sobre quantia pecuniária, a substituição poderá ser feita por fiança bancária, obrigatoriamente condicionada a que o devedor comprove a necessidade, para os fins do art. 620 do CPC, pois a garantia fidejussória não possui o mesmo *status* do dinheiro.

Da citação do trecho do voto-vista proferido pelo Min. HERMAN BENJAMIN conclui-se que **uma vez aceita a fiança bancária**, prestada como garantia à execução fiscal, somente **o executado** poderia promover tal substituição. E, caso a penhora tenha sido efetuada sobre dinheiro, ainda assim poderia haver a substituição pela fiança bancária se comprovado que está sendo realizada em obediência ao princípio da menor onerosidade.

No caso dos autos, a execução fiscal estava garantida pela fiança bancária no valor de R\$ 73.447.013,48 (setenta e três milhões, quatrocentos e quarenta e sete mil e treze reais e quarenta e oito centavos), fl. 305e. O valor da execução atualizada era aproximadamente R\$ 67.000.000,00 (sessenta e sete milhões de reais), e a distribuição de dividendos era de um pouco mais que três bilhões de reais, que foi bloqueada enquanto não

Superior Tribunal de Justiça

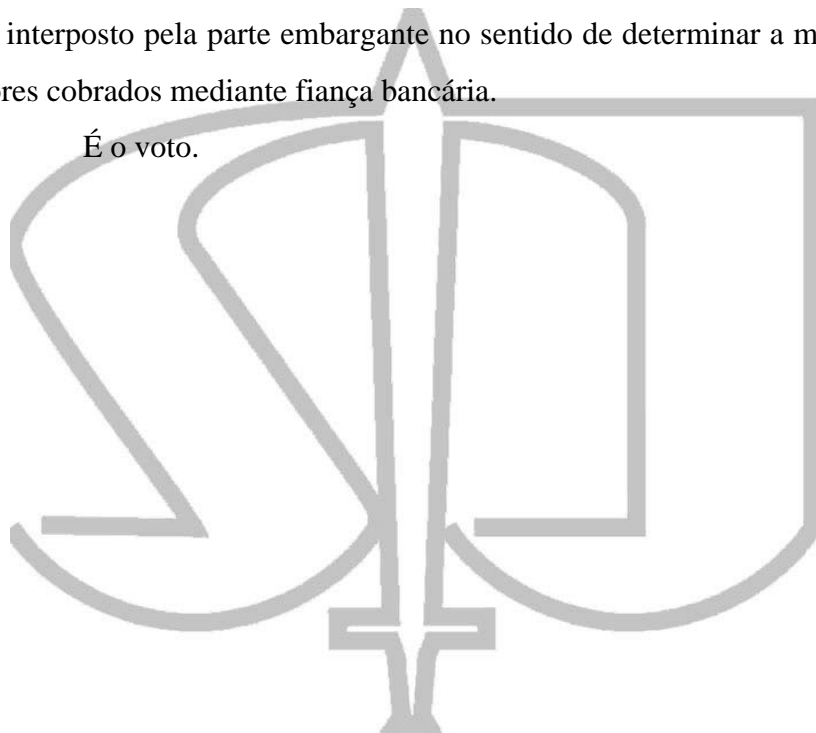
realizada a penhora de tais valores.

Repita-se que a fundamentação do Tribunal de origem, para manter o bloqueio sobre a distribuição de dividendos, está embasada na ausência de garantia da execução (fl. 488e).

Ocorre que a execução fiscal, na verdade, está garantida pela fiança bancária, e com tal garantia a Fazenda Nacional havia concordado expressamente.

Ante o exposto, **conheço** dos embargos de divergência e **dou-lhes provimento** a fim de, consoante orientação firmada no acórdão paradigma, **dar provimento** ao recurso especial interposto pela parte embargante no sentido de determinar a manutenção da garantia dos valores cobrados mediante fiança bancária.

É o voto.



**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2011/0235964-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EREsp 1.163.553 / RJ**

Números Origem: 2002510115181061 200802010151157 200902129174

PAUTA: 14/05/2014

JULGADO: 28/05/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAIS FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : MAURÍCIO SANTANA DE OLIVEIRA TORRES
 LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Procedimentos Fiscais

SUSTENTAÇÃO ORAL

Sustentou, oralmente, o Dr. **LEONARDO CAMPOS NUNES**, pela embargante.

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia **PRIMEIRA SEÇÃO**, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Após o voto do Sr. Ministro Relator conhecendo dos embargos e lhes dando provimento, pediu vista o Sr. Ministro Herman Benjamin. Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves, Assusete Magalhães, Sérgio Kukina e Ari Pargendler."

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2011/0235964-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EREsp 1.163.553 / RJ**

Números Origem: 2002510115181061 200802010151157 200902129174

PAUTA: 14/05/2014

JULGADO: 11/06/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **FLAVIO GIRON**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : MAURÍCIO SANTANA DE OLIVEIRA TORRES
 LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Procedimentos Fiscais

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Retirado de Pauta por indicação do Sr. Ministro Herman Benjamin."

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.163.553 - RJ (2011/0235964-1)

RELATOR : MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA

EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A

**ADVOGADOS : MAURÍCIO SANTANA DE OLIVEIRA TORRES
LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA E OUTRO(S)**

EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL

PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

VOTO-VISTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. GARANTIA REPRESENTADA POR CARTA DE FIANÇA BANCÁRIA. SUBSTITUIÇÃO, A PEDIDO DA FAZENDA NACIONAL, POR PENHORA DE DINHEIRO EM ESPÉCIE, EM FRAÇÃO IRRISÓRIA, DECORRENTE DA DISTRIBUIÇÃO DE DIVIDENDOS.

JUÍZO DE ADMISSIBILIDADE

1. Os Embargos de Divergência constituem recurso de contorno rígido, técnico, razão pela qual a verificação do suposto dissídio está adstrita aos precedentes invocados pela parte.
2. A tese defendida neste recurso, conforme descrito pelo e. Ministro Relator, é de que a fiança bancária é equiparada ao depósito em dinheiro, para efeitos de garantia do crédito tributário. A consequência dessa premissa é que, prestada a fiança bancária, qualificada pela prévia aceitação da Fazenda Pública, não haveria necessidade de substituição pela penhora de dinheiro – relativo aos dividendos que seriam oportunamente distribuídos –, pois o juízo estaria adequadamente seguro; ademais, raciocínio inverso implica violação do art. 620 do CPC (princípio da *menor onerosidade*).
3. O recurso é inadmissível, porque a tese apresentada encontra-se superada desde o julgamento dos EREsp 1.077.039/RJ, cujo acórdão foi publicado em 12.4.2011, posteriormente ao aresto paradigma (julgado em 30.8.2010).
4. A circunstância fática de que, no precedente acima (Embargos de Divergência), a controvérsia era relacionada à substituição de penhora de dinheiro por fiança bancária, ao passo que no presente feito a situação é invertida (substituição de fiança bancária por dinheiro em espécie), constitui sofisma que procura obnubilar a compreensão do órgão julgador, pois a discussão de fundo, tratada em ambos os feitos, é a mesma: as referidas garantias são equiparáveis? Mais que isso: uma vez prestadas, são insubstituíveis?
5. Embargos de Divergência não conhecidos, em razão da Súmula 168/STJ.

MÉRITO

6. A linha de raciocínio desenvolvida pela embargante, e ratificada na compreensão do e. Ministro Arnaldo Esteves Lima, é de que a aceitação da fiança bancária afasta a possibilidade de substituição da penhora por dinheiro em espécie, pois os referidos bens são equiparados e, ademais, há necessidade de aplicação do princípio da *menor onerosidade*.
7. A tese jurídica proposta consiste na seguinte assertiva: a garantia representada pela fiança bancária torna imutável a substituição da penhora por

iniciativa da Fazenda Pública credora. A exceção seria admissível exclusivamente se fosse demonstrado que a carta de fiança deixou de assegurar a satisfação da pretensão creditória.

8. Com a máxima vênia, o raciocínio subverte completamente os valores que inspiraram a eleição, pelo legislador, de um microsistema específico relacionado à recuperação dos créditos de natureza fiscal.

9. Em primeiro lugar, porque a interpretação do art. 620 do CPC, como aliás de qualquer dispositivo legal, não deve ser feita isoladamente, sob pena de conduzir a resultados indesejáveis.

10. Convém, então, citar excerto da Exposição de Motivos da LEF: “Com o objetivo de assegurar à realização da receita pública os melhores meios da execução judicial, o anteprojeto de lei acompanha o sistema processual do Código, acrescentando disposições capazes de conferir condições especiais para a defesa do interesse público, como é tradição em nosso Direito”.

11. Aliás, cabe destacar que, em função da crise do processo de Execução, mesmo o regime geral, previsto no Código de Processo Civil, veio a ser modificado pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006.

12. Como se vê, o conceito que inspirou as alterações promovidas na Execução de títulos judiciais e extrajudiciais consiste em aproximar, cada vez mais, a atividade substitutiva do Estado-Juiz ao resultado que deveria ser obtido caso o devedor optasse pelo cumprimento espontâneo da obrigação existente.

13. Em segundo lugar, o **art. 15 da LEF prevê expressamente que a garantia prestada na Execução Fiscal opera com a cláusula *rebus sic stantibus***, e isso em favor de ambas as partes – o que fulmina qualquer assertiva relacionada a suposto e desarrazoado tratamento processual anti-isonômico entre elas.

14. Por outro lado, é inaceitável confundir o princípio instituído no art. 620 do CPC com o que poderia ser denominado "princípio da maior comodidade ou conforto do devedor". À evidência, para a parte inadimplente sempre será mais agradável que a Execução seja feita mediante expropriação de bens alternativos ao dinheiro em espécie.

15. Reitero que a finalidade do processo de Execução, ratificada pelas reformas legislativas, é conferir ao jurisdicionado, preferencialmente, o resultado que seria obtido em caso de cumprimento espontâneo da obrigação.

16. A conjunção dessas premissas leva à conclusão de que, nas palavras do acórdão proferido nas instâncias de origem, a norma do art. 620 do CPC deve ser interpretada *cum grano salis*, pois, a rigor, a penhora de dinheiro sempre causará alguma frustração na parte devedora, mas, se fosse esse o intento do legislador, é inquestionável que o dinheiro em espécie deveria, então, ocupar o último lugar na ordem estabelecida no art. 11 da LEF e no art. 655 do CPC, e não a primeira colocação.

17. Com efeito, na ótica defendida pela embargante, a constrição sobre dinheiro em espécie representará, por presunção (incorreta), violação ao princípio da *menor onerosidade*.

O CASO CONCRETO

18. Em relação ao caso concreto, é importante esclarecer, não se trata de discutir eventual divergência quanto à interpretação do art. 32 da Lei

4.357/1964, isto é, se a Execução Fiscal estava ou não garantida, mas sim se, a despeito da garantia até então prestada (fiança bancária), haveria ou não lugar para a substituição da penhora (art. 15, II, da Lei 6.830/1980), mediante aproveitamento de **fração ínfima** do dinheiro em espécie que seria distribuído pela empresa devedora.

19. Tanto no judicioso voto do e. Ministro Relator como no conteúdo do acórdão recorrido, **não há um único parágrafo ou mesmo uma única linha que demonstre em concreto qual o gravame, desproporcional ou desarrazoado, que a substituição da penhora estará impondo à parte devedora**, ora embargante. Muito pelo contrário, na decisão que antecipou os efeitos da tutela recursal, nas instâncias de origem, afirmou-se textualmente que "**o depósito em espécie se revela até mesmo menos oneroso para a empresa Agravante**, pois não traz custo financeiro derivado da prestação do serviço que seria exigível pelo Banco Fiador, e, ante a evidente pujança financeira da Agravante" (fl. 307, e-STJ).

20. Convém lembrar, como o fiz no voto condutor do acórdão embargado, que a ordem de substituição da penhora implica a **construção sobre o percentual irrisório de 2,23% sobre o total de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais)** que seriam distribuídos pela empresa. Em outras palavras, não foi oposto embaraço algum à distribuição de 97,77% dos dividendos.

21. Voto-vista no sentido de divergir, com a devida vênia, do brilhante voto do e. Ministro Relator, para o fim de não conhecer dos Embargos de Divergência, ou, alternativamente, no mérito, negar-lhes provimento.

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Trata-se de Embargos de Divergência interpostos contra acórdão da Segunda Turma assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. FIANÇA BANCÁRIA ACEITA PELA FAZENDA PÚBLICA. SUBSTITUIÇÃO POR DINHEIRO (DIVIDENDOS A SEREM DISTRIBUÍDOS AOS ACIONISTAS). POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA CONJUGADA DOS ARTS. 15, II, e 11, I, DA LEI 6.830/1980, C/C O ART. 612 DO CPC. *PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE*. PREVALÊNCIA APENAS QUANDO O JUÍZO VALORAR, CONCRETAMENTE E À LUZ DA PROVA DOS AUTOS, QUE A CONSTRUIÇÃO EM PECÚNIA PODE CAUSAR GRAVAME DESPROPORCIONAL À PARTE DEVEDORA.

1. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

2. A tese defendida pela sociedade empresarial é a de que, se a fiança bancária foi aceita pela Fazenda Pública, a garantia do juízo em Execução Fiscal torna-se imutável. Tal argumentação foi utilizada com a

finalidade de impedir a troca da penhora (fiança bancária por dinheiro, representado pelos dividendos que serão distribuídos aos acionistas).

3. Deduz-se pretensão manifestamente contrária à lei, pois o art. 15, II, da Lei 6.830/1980 garante ao ente público a faculdade de pleitear, em qualquer fase do processo, além do reforço, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem listada no art. 11, o que significa a possibilidade de, a critério da Fazenda Pública, trocar o bem por outro de maior ou menor liquidez.

4. De todo modo, preservam-se as previsões normativas de que o dinheiro representa o bem sobre o qual preferencialmente recairá a medida constritiva (art. 11, I, da Lei das Execuções Fiscais) e de que a execução é processada com o objetivo principal de garantir os interesses da parte credora (art. 612 do CPC).

5. Dessa forma, embora a Fazenda credora tenha concordado com a garantia prestada (fiança bancária), a regra do art. 15, II, da LEF permite que a descoberta de outro bem (superveniente ou não), que, a seu juízo, melhor atenda às expectativas de satisfação de sua pretensão, fundamente o pleito de substituição da penhora.

6. Ressalva-se, naturalmente, a incidência do art. 620 do CPC, segundo o qual o juízo poderá restringir a faculdade de livre substituição da penhora se o ato processual implicar gravame desproporcional à parte devedora.

7. Esse juízo de ponderação de interesses, no entanto, não pode ser utilizado de modo abstrato, mas sim a partir do convencimento do órgão julgador, obrigatoriamente motivado com base na efetiva prova dos autos – o que não ocorreu *in casu*.

8. A Seção de Direito Público do STJ uniformizou o entendimento de que as garantias consistentes na fiança bancária e na penhora de dinheiro não possuem o mesmo *status* (ERESP 1077039/RJ), razão pela qual permanece em vigor a preferência por esta última.

9. Conclui-se que o direito de o ente público postular, originalmente ou em caráter substitutivo, a penhora de quantia específica de dinheiro independe de prévia garantia do juízo, dado que este é o bem sobre o qual preferencialmente deve recair a medida constritiva. O único obstáculo, inexistente na espécie, seria o juízo valorativo a respeito do art. 620 do CPC.

10. Relativamente ao precedente atual da Terceira Turma (REsp 1116647/ES), invocado em memorial apresentado pela recorrente, observo que não se aplica ao caso dos autos, tendo em vista tratar de situação fática diversa – Execução disciplinada exclusivamente pelo Código de Processo Civil, entre pessoas de Direito Privado, na qual não incide o art. 15, II, da LEF.

11. Ademais, o entendimento lá adotado – de que a penhora de quantia aproximada de R\$1.000.000,00 (um milhão de reais) presumivelmente deve ser considerada gravosa à empresa – foi afastado na hipótese destes autos, quando o Tribunal *a quo* constatou que a penhora de R\$67.000.000,00 (sessenta e sete milhões de reais) é irrisória diante do valor total dos dividendos a serem distribuídos (R\$3.000.000.000,00 – três bilhões de reais).

12. Recurso Especial não provido.

Superior Tribunal de Justiça

A embargante afirma que a Primeira Turma possui entendimento antagônico, no sentido de que a fiança bancária é equiparada ao depósito em dinheiro, para fins de garantia prestada na Execução Fiscal. Cita como paradigmas os arestos no AgRg no REsp 1.109.560/RS e no AgRg no REsp 1.215.460/CE, ambos de relatoria do e. Ministro Arnaldo Esteves Lima.

A Fazenda Nacional, embargada, apresentou impugnação às fls. 755-766, e-STJ. Argumenta que incide o óbice da Súmula 168/STJ e, no mérito, invoca a ponderação de valores (finalidade do processo executivo X princípio da *menor onerosidade*) para concluir que deve prevalecer a penhora de dinheiro, em razão de sua maior liquidez.

O e. Ministro Relator afastou o precedente relativo ao AgRg no REsp 1.215.460/CE, inaproveitável em razão da aplicação da Súmula 7/STJ, e, no mérito, conheceu dos Embargos de Divergência e os proveu com base nos seguintes fundamentos:

a) o acórdão paradigma remanescente tem similitude fática com a tese discutida nestes autos, pois "a Fazenda Nacional pretendia a substituição da fiança bancária – já aceita – pelo depósito bancário proveniente da distribuição de dividendos da Ambev";

b) a orientação adotada pela Primeira Turma deve prevalecer, porquanto a Execução Fiscal já se encontrava garantida por fiança bancária aceita pela Fazenda credora, de modo que a vedação contida no art. 32 da Lei 4.357/1964 seria inaplicável, além de representar gravame desnecessário para a embargante, que ofereceu garantia idônea prevista em lei;

c) a substituição só seria cabível se houvesse razão para afastar a idoneidade da fiança bancária;

d) a decisão proferida nos EREsp 1.077.039/RJ não influi no julgamento deste recurso, pois há distinção fática – enquanto naquele se discutia a possibilidade de substituição da penhora em dinheiro por fiança bancária, neste a hipótese é invertida, ou seja, substituição da fiança bancária por depósito em dinheiro;

e) uma vez aceita a fiança bancária, somente o executado poderia promover a substituição do bem penhorado.

Em razão do judicioso voto apresentado, pedi vista dos autos.

1. Admissibilidade dos Embargos de Divergência

Registro, em primeiro lugar, que os Embargos de Divergência constituem recurso de contorno rígido, técnico, razão pela qual a verificação do suposto dissídio está adstrita aos precedentes invocados pela parte.

Conforme descrito pelo e. Ministro Relator, a tese defendida neste recurso é de que a fiança bancária é equiparada ao depósito em dinheiro, para efeitos de garantia do crédito tributário.

A consequência dessa premissa é que, prestada a fiança bancária, qualificada pela prévia aceitação da Fazenda Pública, não haveria necessidade de substituição pela penhora de dinheiro – relativo aos dividendos que seriam oportunamente distribuídos –, pois o juízo estaria adequadamente seguro; ademais, o raciocínio inverso implica violação do art. 620 do CPC (princípio da *menor onerosidade*).

Nos termos acima descritos, inclino-me a considerar, com a vênia do e. Ministro Relator, que o recurso é inadmissível, uma vez que a tese apresentada encontra-se superada desde o julgamento dos EREsp 1.077.039/RJ, cujo acórdão foi publicado em 12.4.2011.

Em outras palavras, a argumentação defendida pela embargante – de que há equivalência entre a penhora de dinheiro e a garantia representada por fiança bancária – foi expressamente enfrentada, e rejeitada, no julgamento dos Embargos de Divergência em Recurso Especial 1.077.039/RJ, assim ementados:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DA PENHORA DE DINHEIRO POR FIANÇA BANCÁRIA. INTELIGÊNCIA DOS ARTS. 9º, §§ 3º, e 4º, e 15, I, DA LEI 6.830/1980.

1. Admite-se o presente recurso, porquanto adequadamente demonstrada a divergência atual das Turmas que compõem a Seção de

Direito Público do STJ a respeito da pretendida equiparação do dinheiro à fiança bancária, para fins de substituição de garantia prestada em Execução Fiscal, independentemente da anuência da Fazenda Pública.

2. O legislador estabeleceu a possibilidade de garantia da Execução Fiscal por quatro modos distintos: a) depósito em dinheiro, b) oferecimento de fiança bancária, c) nomeação de bens próprios à penhora, e d) indicação de bens de terceiros, aceitos pela Fazenda Pública.

3. O processo executivo pode ser garantido por diversas formas, mas isso não autoriza a conclusão de que os bens que as representam sejam equivalentes entre si.

4. Por esse motivo, a legislação determina que somente o depósito em dinheiro "faz cessar a responsabilidade pela atualização monetária e juros de mora" (art. 9º, § 4º, da Lei 6.830/1980) e, no montante integral, viabiliza a suspensão da exigibilidade do crédito tributário (art. 151, II, do CTN).

5. Nota-se, portanto, que, por falta de amparo legal, a fiança bancária, conquanto instrumento legítimo a garantir o juízo, não possui especificamente os mesmos efeitos jurídicos do depósito em dinheiro.

6. O fato de o art. 15, I, da LEF prever a possibilidade de substituição da penhora por depósito ou fiança bancária significa apenas que o bem constrito é passível de substituição por um ou por outro. Não se pode, a partir da redação do mencionado dispositivo legal, afirmar genericamente que o dinheiro e a fiança bancária apresentam o mesmo status.

7. Considere-se, ainda, que: a) o art. 5º da Lei de Introdução ao Código Civil estabelece padrão de hermenêutica ("o juiz atenderá aos fins sociais a que ela se dirige"); b) o processo de Execução tem por finalidade primordial a satisfação do credor; c) no caso das receitas fiscais, possuem elas natureza tributária ou não-tributária, é de conhecimento público que representam obrigações pecuniárias, isto é, a serem quitadas em dinheiro; e d) as sucessivas reformas feitas no Código de Processo Civil (de que são exemplos as promovidas pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006) objetivam prestigiar justamente a eficiência na entrega da tutela jurisdicional, a qual deve ser prestada, tanto quanto possível, preferencialmente em espécie.

8. Em conclusão, verifica-se que, regra geral, quando o juízo estiver garantido por meio de depósito em dinheiro, ou ocorrer penhora sobre ele, inexistente direito subjetivo de obter, sem anuência da Fazenda Pública, a sua substituição por fiança bancária.

9. De modo a conciliar o dissídio entre a Primeira e a Segunda Turmas, admite-se, em caráter excepcional, a substituição de um (dinheiro) por outro (fiança bancária), mas somente quando estiver comprovada de forma irrefutável, perante a autoridade judicial, a necessidade de aplicação do princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC), situação inexistente nos autos.

10. Embargos de Divergência não providos. (REsp 1077039/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Rel. p/ Acórdão Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 12/04/2011).

A circunstância fática de que, no precedente acima, a pretensão visava à substituição de penhora de dinheiro por fiança bancária, ao passo que agora a situação é invertida (substituição de fiança bancária por dinheiro em espécie), constitui, salvo melhor juízo, sofisma que procura obnubilar a compreensão do órgão julgador, porque, insisto, a discussão de fundo, tratada em ambos os feitos, é a mesma: as referidas garantias são equiparáveis? Mais que isso: uma vez prestadas, são insubstituíveis?

Nos termos acima referidos, tenho por correta a preliminar aventada pela embargada, no sentido de negar admissibilidade ao presente recurso, em função da Súmula 168/STJ, uma vez que o acórdão paradigma citado foi julgado em 30.8.2010, e ficou superado com o julgamento mais recente dos EREsp 1.077.039/RJ, em 12.4.2011.

Com essas considerações, **não conheço dos Embargos de Divergência.**

Caso superada a preliminar, seguem minhas ponderações a respeito da questão de fundo.

2. Mérito

A linha de raciocínio desenvolvida pela embargante, e ratificada na compreensão do e. Ministro Arnaldo Esteves Lima, é de que a aceitação da fiança bancária afasta a possibilidade de substituição da penhora por dinheiro em espécie, pois os referidos bens são equiparados e, ademais, há necessidade de aplicação do princípio da *menor onerosidade*.

Como se vê, há aqui uma tese jurídica: a de que a garantia representada pela fiança bancária torna, em princípio, imutável a substituição da penhora por iniciativa da Fazenda Pública credora. A exceção seria admissível exclusivamente se fosse demonstrado que a carta de fiança deixou de assegurar a satisfação da pretensão creditória.

O raciocínio, penso eu, subverte completamente os valores que inspiraram a eleição, pelo legislador, de um microsistema específico relacionado à

recuperação dos créditos de natureza fiscal.

A interpretação do art. 620 do CPC, como aliás de qualquer dispositivo legal, não deve ser feita isoladamente, sob pena de conduzir a resultados indesejáveis.

Nesse sentido, costumo citar, como já o fiz por ocasião do julgamento dos Embargos de Divergência 1.0770.39/RJ, o porquê da existência da Lei das Execuções Fiscais, aferido da Exposição de Motivos da Lei 6.830/1980:

4. Sobreleva, no particular, a importância da obrigação pública, com características próprias, hierarquicamente superior a qualquer outro gênero de obrigação ou privilégio de natureza privada. Predomina o interesse público – econômico, financeiro e social. Em consequência, nenhum outro crédito deve ter, em sua execução judicial, preferência, garantia ou rito processual que supere os do crédito público, à execução (*sic*) de alguns créditos trabalhistas.

(...)

22. Com o objetivo de assegurar à realização da receita pública os melhores meios da execução judicial, o anteprojeto de lei acompanha o sistema processual do Código, acrescentando disposições capazes de conferir condições especiais para a defesa do interesse público, como é tradição em nosso Direito, desde o Império.

Nota-se que o legislador procurou dotar a Execução Fiscal de mecanismos que a tornassem mais eficiente que a Execução Comum, regida pelo CPC.

Aliás, cabe destacar que, em função da crise do processo de Execução, mesmo o regime geral, previsto no Código de Processo Civil, veio a ser modificado pelas Leis 11.232/2005 e 11.382/2006.

O conceito que inspirou as alterações promovidas na Execução de títulos judiciais e extrajudiciais consiste em aproximar, cada vez mais, a atividade substitutiva do Estado-Juiz ao resultado que deveria ser obtido caso o devedor optasse pelo cumprimento espontâneo da obrigação existente.

Em se tratando de relação de natureza tributária, como se sabe, o cumprimento se faz, ordinariamente, pelo pagamento em dinheiro, razão pela qual o art. 11 da Lei 6.830/1980 dispõe que esse é o bem sobre o qual, prioritariamente, deve recair a penhora.

Superior Tribunal de Justiça

O caso dos autos versa sobre a substituição da penhora, que é disciplinada no art. 15 da LEF, *in verbis* (grifo meu):

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

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

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

Ao contrário do que compreendeu o e. Ministro Relator, no meu voto proferido nos EREsp 1.077.039/RJ não afirmei que a substituição da penhora somente pode ser feita pelo devedor.

Caso, por algum motivo, tenha deixado essa impressão, valho-me do presente recurso para deixar claro, como o faz o art. 15 acima transcrito, que tanto o executado como a Fazenda Pública exequente podem requerer, "em qualquer fase do processo", a substituição da penhora, nos limites por ele definidos.

Isso quer dizer que a tese que se pretende fazer prevalecer neste feito – a de que a garantia representada pela fiança bancária torna, em princípio, imutável a substituição da penhora por iniciativa da Fazenda Pública credora – vai de encontro a literal disposição da lei.

O art. 15 da LEF evidencia que a garantia prestada na Execução Fiscal opera com a cláusula *rebus sic stantibus*, e isso em favor de ambas as partes – o que fulmina qualquer assertiva relacionada a um suposto e desarrazoado tratamento processual anti-isonômico entre elas.

Para o executado, a substituição é mais restrita, já que a penhora apenas poderá ser substituída por depósito em dinheiro ou fiança bancária. Essa regra somente é flexibilizada na hipótese do art. 620 do CPC, cuja aplicação deve vir concretamente demonstrada pela parte executada e motivada pela autoridade judicial, pois não representa garantia abstrata em seu favor. Não vou adentrar aqui na discussão quanto à equiparação dessas modalidades de garantia, ou sobre a utilização do princípio da

Superior Tribunal de Justiça

menor onerosidade, pois o tema foi abordado no julgamento dos EREsp 1.077.039/RJ.

A pedido da Fazenda Pública, a substituição pode ser feita independentemente da ordem fixada no art. 11 da LEF.

Superada a errônea tese de que a aceitação da fiança bancária implica preclusão para a sua substituição por outros bens, a pedido da Fazenda Pública, deve ser enfrentada a questão do princípio da *menor onerosidade*.

É inaceitável confundir o princípio instituído no art. 620 do CPC com o que poderia ser denominado "princípio da maior comodidade ou conforto do devedor".

Isso porque, à evidência, para a parte inadimplente sempre será mais confortável que a Execução seja feita mediante expropriação de bens alternativos ao dinheiro em espécie.

Conforme dito acima, a finalidade do processo de Execução, ratificada pelas reformas legislativas, é conferir ao jurisdicionado, preferencialmente, o resultado que seria obtido em caso de cumprimento espontâneo da obrigação.

A conjunção dessas premissas leva à conclusão de que, nas palavras do acórdão proferido nas instâncias de origem, a norma do art. 620 do CPC deve ser interpretada *cum grano salis*, pois, a rigor, a penhora de dinheiro sempre causará alguma frustração na parte devedora, mas, se fosse esse o intento do legislador, é inquestionável que o dinheiro em espécie deveria, então, ocupar o último lugar na ordem estabelecida no art. 11 da LEF e no art. 655 do CPC.

Em relação ao caso concreto, é importante esclarecer, não se trata de discutir eventual divergência quanto à interpretação do art. 32 da Lei 4.357/1964, isto é, se a Execução Fiscal estava ou não garantida, mas sim se, a despeito da garantia até então prestada (fiança bancária), haveria ou não lugar para a substituição da penhora (art. 15, II, da Lei 6.830/1980), mediante aproveitamento de **fração ínfima** do dinheiro em espécie que seria distribuído pela empresa devedora.

Também nesse ponto devo divergir do entendimento da Relatoria, de que "o inciso II do art. 15 da Lei 6.830/80 deve ser interpretado com temperamento (...), não convivendo com exigências caprichosas, nem com justificativas impertinentes".

Isso porque, tanto no judicioso voto do e. Ministro Relator como no

Superior Tribunal de Justiça

conteúdo do acórdão recorrido, não há um único parágrafo ou mesmo uma única linha que demonstre em concreto qual o gravame, desproporcional ou desarrazoado, que a substituição da penhora estará impondo à parte devedora, ora embargante.

Aliás, muito pelo contrário, na decisão que antecipou os efeitos da tutela recursal, nas instâncias de origem, afirmou-se textualmente que "**o depósito em espécie se revela até mesmo menos oneroso para a empresa Agravante**, pois não traz custo financeiro derivado da prestação do serviço que seria exigível pelo Banco Fiador, e, ante a evidente pujança financeira da Agravante" (fl. 307, e-STJ).

Não é possível, portanto, concluir que o caso concreto comporte aplicação do princípio da *menor onerosidade* !

Convém lembrar, como o fiz no voto condutor do acórdão embargado, que a ordem de substituição da penhora implica a **constrição sobre o percentual irrisório de 2,23% sobre o total de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais)** que seriam distribuídos pela empresa. Em outras palavras, não foi oposto embaraço algum à distribuição de 97,77% dos dividendos.

Diante do exposto, **a despeito das sempre substanciais ponderações do e. Ministro Arnaldo Esteves Lima, dele divirjo para não conhecer dos Embargos de Divergência. Caso vencido na preliminar, mantenho a divergência para, no mérito, negar provimento aos Embargos de Divergência.**

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2011/0235964-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EREsp 1.163.553 / RJ**

Números Origem: 2002510115181061 200802010151157 200902129174

PAUTA: 22/10/2014

JULGADO: 10/12/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : MAURÍCIO SANTANA DE OLIVEIRA TORRES
 : LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Procedimentos Fiscais

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, preliminarmente, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Herman Benjamin e Sérgio Kukina, conheceu dos embargos de divergência. No mérito, após o voto-vista do Sr. Ministro Herman Benjamin negando provimento aos embargos e o voto do Sr. Ministro Mauro Campbell Marques que, acompanhando o voto do Sr. Ministro Relator, deu-lhes provimento, pediu vista o Sr. Ministro Benedito Gonçalves. Aguardam a Sra. Ministra Assusete Magalhães e o Sr. Ministro Sérgio Kukina."

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.163.553 - RJ (2011/0235964-1)

VOTO

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES: Sr. Presidente, confesso que havia lido, atentamente, os votos anteriores e fiquei vivamente impressionada com a circunstância de que o valor que se pretende extrair, do que seria distribuído, a título de dividendos, aos acionistas, representaria 2,23% do total de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais).

Mas confesso que, depois de ler o voto-vista do Ministro Benedito Gonçalves, mudei minha opinião, porquanto essa questão está sendo examinada à luz do princípio da menor onerosidade para o executado, consagrado no art. 620 do CPC. Impressionou-me muito o fundamento do voto-vista do Ministro Benedito Gonçalves, quando afirma que extrair-se, ainda que seja 2,23% do valor de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais), destinado ao pagamento de dividendos, poderia – e certamente isso ocorreria – comprometer e abalar a imagem da empresa, no mercado financeiro.

Como o voto-vista do Ministro Benedito Gonçalves destacou, a execução fiscal está suficientemente garantida, por uma fiança que já foi aceita, pela exequente. A esta altura, permitir que esse valor, destinado ao pagamento dos dividendos, seja penhorado, em substituição a essa fiança bancária, aceita pela exequente, poderia, sim, abalar a imagem da empresa, no mercado financeiro.

Por esse fundamento, que realmente me impressionou, entendo que essa substituição afrontaria o art. 620 do CPC.

Assim, pedindo vênia aos votos que se inclinaram em outro sentido, vou acompanhar o voto do eminente Ministro Relator, dando provimento aos Embargos de Divergência.

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.163.553 - RJ (2011/0235964-1)

RELATOR : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**
EMBARGANTE : **TELEMAR NORTE LESTE S/A**
ADVOGADOS : **MAURÍCIO SANTANA DE OLIVEIRA TORRES**
LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA E OUTRO(S)
EMBARGADO : **FAZENDA NACIONAL**
PROCURADOR : **PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DE GARANTIA, A PEDIDO DA EXEQUENTE. FIANÇA BANCÁRIA POR DINHEIRO DESTINADO À DISTRIBUIÇÃO DE LUCROS. GRAVAME DESPROPORCIONAL À DEVEDORA. APLICAÇÃO DO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. VOTO-VISTA ACOMPANHANDO O RELATOR PARA DAR PROVIMENTO AOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

VOTO-VISTA

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES: Trata-se de embargos de divergência interpostos por Telemar Norte Leste S/A contra acórdão prolatado pela Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, **Rel. p/acórdão Min. Herman Benjamin**, o qual não proveu o recurso da empresa, ao entendimento de que: *(i)* a garantia relativa à fiança bancária inicialmente aceita pela FP não é imutável, podendo ser substituída por dinheiro; *(ii)* o art. 15, II, da LEF faculta ao ente público postular, em qualquer fase do processo, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem listada no art. 11; *(iii)* o dinheiro prefere aos demais espécies de garantia (art. 11, I, da LEF), sendo que o objetivo principal da execução é a satisfação dos interesses da parte credora (art. 612 do CPC); *(iv)* o dinheiro e a fiança bancária não ostentam o mesmo *status*; *(v)* o princípio da menor onerosidade (art. 620 do CPC) não socorre o executado no caso concreto, porquanto não está demonstrado que a penhora sobre os valores disponibilizados à distribuição de lucros constitua gravame desproporcional à devedora, de sorte a prejudicar a consecução de sua atividade empresarial.

Especificamente quanto ao princípio da menor onerosidade, o voto condutor do julgamento de recurso especial assentou que: *"a premissa fática adotada pelo Tribunal a quo é de que está 'caracterizada a disponibilidade do numerário em valores suficientes para a cobertura do crédito', de modo que 'não há que se falar em execução de modo mais oneroso para a parte executada. Tal constatação é corroborada no conteúdo da decisão monocrática*

Superior Tribunal de Justiça

(que deu origem ao acórdão hostilizado), no qual se menciona inexistir ofensa ao princípio da menor onerosidade, pois a ordem de penhora de quantia equivalente a R\$ 67.000.000,00 (sessenta e sete milhões de reais) deve ser cumprida previamente à distribuição dos dividendos de R\$ 3.000.000.000,00 (três bilhões de reais), o que representar, como se vê, 2,23% do total!"

Já o voto vencido, do Min. Castro Meira, reconheceu ofensa ao princípio da menor onerosidade, por entender que: "*a impossibilidade de distribuição de dividendos acabaria por instituir gravame desnecessário àquele que, onerosamente, obteve numa instituição financeira garantia prevista em lei, tendo prejudicada sua posição no mercado financeiro por não poder remunerar aqueles que nela investiram, com previsíveis repercussões negativas*".

Os embargos de declaração foram rejeitados.

A empresa sustenta que o acórdão ora atacado divergiu do entendimento que foi adotado pela Primeira Turma, por ocasião dos julgamentos do AgRg no AgRg no REsp 1.109.560/RS e do AgRg no REsp 1.215.460/CE, ambos da relatoria do Min. Arnaldo Esteves Lima e que assentam a tese relativa equiparação da fiança bancária ao depósito judicial para fins de garantia da execução.

Das razões recursais da recorrente, destaca-se a parte em que ela afirma que "o fundamento da decisão foi apenas o fato de a Executada ter saúde financeira, razão pela qual, supostamente não haveria prejuízo para a mesma caso houvesse a substituição. Em momento algum aventou-se haver algum fato que pudesse colocar em risco a idoneidade da garantia já apresentada, fulcrando-se a MM. Juízo na lógica simplista: se a empresa em o dinheiro para distribuir lucros, nada impede de garantir a execução com o depósito do valor integral. Ouvidou-se porém, que a empresa não pagou o débito por entender que o mesmo é indevido e está exercendo o seu direito constitucionalmente garantido de contestá-lo em juízo".

Iniciado o julgamento dos embargos de divergência, o Relator, Min. Arnaldo Esteves Lima, deu provimento ao recurso da empresa. Prosseguindo o julgamento, a Seção decidiu, por maioria, conhecer do recurso. Quanto ao mérito, o Ministro Herman Benjamin inaugurou a divergência para, segundo as notas taquigráficas, reiterar a tese vencedora no julgamento do recurso especial e, por conseguinte, negar provimento aos embargos de divergência. Em seguida,

Superior Tribunal de Justiça

o Min. Mauro Campbell Marques votou acompanhando o relator.

Para melhor compreender a controvérsia, pedi vista dos autos para o fim de proferir o voto acerca do mérito.

Inicialmente, acredito ser despicienda a discussão acerca da equiparação da fiança bancária ao dinheiro para fins de substituição da garantia a pedido da Fazenda Pública, uma vez que o art. 15, II, da LEF, preconiza expressamente que "**Em qualquer fase do processo, será deferida pelo juiz: à Fazenda Pública, a substituição dos bens penhorados por outros, independentemente da ordem enumerada pelo art. 11, bem como o reforço da penhora insuficiente**".

Tem-se, portanto, que a Fazenda Pública possui o direito subjetivo de postular, em qualquer fase do processo, a substituição da penhora existente por qualquer outro bem, independente da ordem de preferência estabelecida pela lei.

A par disso, a jurisprudência do STJ vem assentando a possibilidade de a Fazenda Pública postular a penhora de ativos financeiros independentemente de quaisquer outras diligências acerca do patrimônio do devedor.

Todavia, esse direito subjetivo, que também se mostra como instrumento para melhor atender os interesses do credor (art. 612 do CPC), deve ser compatibilizado com o princípio da menor onerosidade ao devedor (art. 620 do CPC), de forma que esse direito do credor deve ser mitigado nos casos em que a substituição postulada implique gravame desproporcional ou risco à própria subsistência do devedor.

Acerca da aplicação desse princípio, colaciono didática explicação contida na ementa do acórdão prolatado pela Segunda Turma por ocasião do julgamento do REsp 1.384.883/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, DJe 24/09/2013. Confira-se, com grifo adicionado:

*A fim de que o princípio da menor onerosidade tenha aplicação, é necessário que o juízo tenha alternativas diante de si, **de modo que possa eleger uma medida que seja capaz de resguardar os interesses da parte exequente sem onerar desnecessariamente a parte executada**.*

Ponderados todos esses elementos, tenho que, na espécie, deve prevalecer a linha de

Superior Tribunal de Justiça

pensamento adotada pelo voto vencido no julgamento do recurso especial, do Ministro Castro Meira, e prestigiada pelo relator destes embargos de divergência, Ministro Arnaldo Esteves Lima, pela aplicação do princípio da menor onerosidade, já que tanto a fiança quanto o dinheiro mostram-se como garantias idôneas para assegurar a execução, sendo que a fiança, logicamente, é menos gravosa à devedora, pois permite a liberação dos recursos destinados à distribuição de lucros aos seus acionistas, evitando, assim, o comprometimento de sua imagem junto ao mercado financeiro.

Com efeito, a reputação de uma sociedade anônima é de fundamental importância para a continuidade de seu próprio objeto social, pois é a partir dela que a sociedade avaliará os riscos para destinar-lhe novos investimentos.

Assim, garantida a execução com fiança já aceita pela Fazenda credora, não se mostra razoável agravar a situação da devedora, enxugando-lhe recursos e, assim, interferindo desnecessariamente em sua rotina empresarial.

Ante o exposto, acompanho o voto do eminente relator, para **dar provimento aos embargos de divergência.**

É o voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA SEÇÃO**

Número Registro: 2011/0235964-1 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EREsp 1.163.553 / RJ**

Números Origem: 2002510115181061 200802010151157 200902129174

PAUTA: 25/03/2015

JULGADO: 22/04/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Relator para Acórdão

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **MOACIR GUIMARÃES MORAES FILHO**

Secretária

Bela. Carolina Vêras

AUTUAÇÃO

EMBARGANTE : TELEMAR NORTE LESTE S/A
ADVOGADOS : MAURÍCIO SANTANA DE OLIVEIRA TORRES
 LUIZ GUSTAVO ANTÔNIO SILVA BICHARA E OUTRO(S)
EMBARGADO : FAZENDA NACIONAL
PROCURADOR : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Procedimentos Fiscais

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA SEÇÃO, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"Prosseguindo no julgamento, a Seção, por maioria, vencido o Sr. Ministro Herman Benjamin, conheceu dos embargos e deu-lhes provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Lavrará o acórdão o Sr. Ministro Mauro Campbell Marques (art. 52, IV, letra b, do RISTJ).

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Benedito Gonçalves (voto-vista), Assusete Magalhães e Sérgio Kukina votaram com o Sr. Ministro Relator.

Não participaram do julgamento os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho e Og Fernandes.