AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.963 - SP (2019/0128318-4)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE	:	ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	ALEXANDRE ABOUD - SP145074
		PAULO DAVID CORDIOLI - SP164876
		ALESSANDRO RODRIGUES JUNQUEIRA - SP182100
		BRUNO MACIEL DOS SANTOS - SP246239
		THIAGO OLIVEIRA DE MATOS - SP296253
		CASSIANO LUIZ SOUZA MOREIRA - SP329020
		ANTONIO AUGUSTO BENNINI - SP208954
AGRAVADO	:	DAMAPEL INDUSTRIA COMERCIO E DISTRIBUICAO DE PAPEIS LTDA
ADVOGADOS	:	ODAIR DE MORAES JÚNIOR - SP200488
		CYBELLE GUEDES CAMPOS - SP246662

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE REFORÇO DE PENHORA INDEFERIDO EM ANTERIOR AGRAVO DE INSTRUMENTO. NOVO PEDIDO NO JUÍZO DA EXECUÇÃO. POSSIBILIDADE. DINÂMICA DOS ATOS CONSTRITIVOS EM FUNÇÃO DA SOLVABILIDADE DA DÍVIDA.

I - O feito decorre de dívida fiscal que foi repactuada de recuperação judicial. Inconformada, a recorrente aviou agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu o seu pedido de revogação do aludido plano, tendo pleiteado a revogação da penhora tal como deferida, apontando um novo percentual de 30% do faturamento.

II - O Tribunal *a quo*, ao analisar a controvérsia, afirmou que a matéria estaria acobertada pela preclusão, porquanto já decidida em agravo de instrumento julgado anteriormente, em que ficou mantida a decisão recorrida.

III - No presente recurso especial, o recorrente discorre sobre a dívida e o plano de pagamento, afirmando ser ele insuficiente para pagar o valor do débito e aponta a violação do art. 15, II, da Lei n. 6.830/1980, argumentando, que, em qualquer fase do processo, deve ser deferida a substituição de bens penhorados, bem como o reforço da penhora insuficiente, não tendo a decisão anterior o condão de determinar a preclusão do pedido.

IV - A teor do art. 15 da Lei n. 6.830/1980, o pedido de substituição da penhora pode ser feito em qualquer fase do processo. Precedentes: AgInt no AgRg no REsp n. 1.287.903/MG, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 8/2/2018, DJe de 20/3/2018 e AgInt no AREsp n. 2.032.375/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/6/2022, DJe de 22/6/2022.

V - Por outro lado, verificado que a dinâmica da substituição da penhora obedece aos critérios temporais, relacionados à higidez da empresa executada e da suficiência ou insuficiência da penhora inicialmente deferida, apresenta-se irrelevante o fato de a substituição pleiteada ter sido anteriormente negada em agravo de instrumento. No caso dos autos, em se tratando de uma dívida de R$ 88.592.974,94 (oitenta e oito milhões, quinhentos e noventa e dois mil, novecentos e setenta e quatro reais e noventa e quatro centavos), a penhora de apenas 2% do faturamento não parece suficiente para determinar a solvibilidade do débito fiscal, observando-se ainda o pagamento parcial do imposto corrente.

VI - Como se sabe, o princípio da menor onerosidade constitui exceção à regra de que a execução é feita no interesse do credor, visando ao pagamento eficiente da dívida. Em face de tal paradigma, põe-se evidente que o Fisco pode recusar a penhora quando não seja suficiente para garantir o pagamento da dívida. Precedentes: AgInt no AREsp n. 1.636.118/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/8/2020, DJe de 9/9/2020 e AgInt no AREsp n. 1.921.257/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/4/2022, DJe de 18/4/2022.

VII - Nesse contexto, de rigor a devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, para que seja reexaminado o pedido de substituição da penhora já realizada, visando viabilizar o pagamento efetivo da dívida.

VIII - Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Dr(a). PAULO HENRIQUE PROCOPIO FLORENCIO, pela parte AGRAVANTE: ESTADO DE SÃO PAULBrasília (DF), 21 de março de 2023(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
Relator

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.963 - SP (2019/0128318-4)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO:

Trata-se de agravo interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo contra a decisão que inadmitiu o recurso especial fundado no art. 105, III, *a*, da Constituição Federal, aviado com o objetivo de reformar o acórdão assim ementado, *in verbis*:

> AGRAVO DE INSTRUMENTO Execução Fiscal – ICMS A questão referente à homologação do "plano de administração/pagamento" do tributo foi apreciada quando do julgamento do AI nº 2180423-33.2014.8.26.0000, não cabendo rediscutir matéria por meio da interposição de novo agravo de instrumento Ausência de fatos novos - Matéria acobertada pela preclusão.
> Recurso não conhecido.

O feito decorre de dívida fiscal no valor de R$ 88.592.974,94 (oitenta e oito milhões, quinhentos e noventa e dois mil, novecentos e setenta e quatro reais e noventa e quatro centavos), referente a débitos de ICMS, que foi repactuada em recuperação judicial.

Na aludida recuperação, foi aprovado plano de administração de pagamento, com penhora de 2% do faturamento bruto mensal e garantia de bens no valor de R$ 25.000.000,00 (vinte e cinco milhões de reais).

Inconformada, a recorrente aviou agravo de instrumento contra a decisão que indeferiu o seu pedido de revogação do aludido plano, tendo pleiteado a revogação da penhora tal como deferida, apontando um percentual de 30% do faturamento, além do próprio plano de pagamento.

O Tribunal *a quo*, ao analisar a controvérsia, afirmou que a matéria estaria acobertada pela preclusão, porquanto já decidida em agravo de instrumento julgado anteriormente, em que ficou mantida a decisão recorrida.

No presente recurso especial, o recorrente, em suma, discorre sobre a dívida e o plano de pagamento, afirmando ser ele insuficiente para pagar o valor do débito.

No primeiro tópico, afirma que houve violação do art. 15, II, da Lei n. 6.830/1980, argumentando que, em qualquer fase do processo, deve ser deferida a substituição de bens penhorados, bem como o reforço da penhora insuficiente, não tendo a decisão anterior o condão de determinar a preclusão do pedido.

Adiante, alegando a permissão contida no art. 1.013, § 1º, afirmando ser a causa madura para exame pelo Superior Tribunal de Justiça, requer a apreciação da revogação da penhora.

Após *decisum* que inadmitiu o recurso especial, foi interposto o presente agravo, tendo o recorrente apresentado argumentos visando rebater os fundamentos da decisão agravada.

É o relatório.

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.497.963 - SP (2019/0128318-4)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (RELATOR):

Considerando que o agravante, além de atender aos demais pressupostos de admissibilidade, impugnou a fundamentação da decisão agravada, é de rigor o conhecimento do agravo, passando-se ao exame do recurso especial interposto.

A teor do art. 15 da Lei n. 6.830/1980, o pedido de substituição da penhora pode ser feito em qualquer fase do processo, conforme se dessume dos seguintes julgados, *in verbis*:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PENHORA. RECUSA FUNDADA NA INOBSERVÂNCIA DA ORDEM LEGAL. SUBSTITUIÇÃO. POSSIBILIDADE.
>
> A jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "o exequente tem direito ao reforço ou à substituição da penhora em qualquer fase do processo (art. 15 da LEF) para fazê-la obedecer à ordem legal estabelecida no art. 11 da LEF ou artigos 655 e 656 do CPC, irrelevante se foi anteriormente aceita, pois se trata de hipótese de substituição legalmente estabelecida" (REsp 1302228/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 16/08/2012, DJe 22/08/2012).
>
> Agravo interno desprovido.
>
> (AgInt no AgRg no REsp n. 1.287.903/MG, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, julgado em 8/2/2018, DJe de 20/3/2018.)

> PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. PENHORA. SUBSTITUIÇÃO DA GARANTIA. AUSÊNCIA DE ANUÊNCIA DO EXEQUENTE. IMPOSSIBILIDADE. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DA MATÉRIA FÁTICA. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.
>
> 1. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte Superior, no sentido de que, nos termos do art. 15, inciso I, da Lei 6.830/80, é autorizada ao executado, em qualquer fase do processo e independentemente da aquiescência da Fazenda Pública, tão somente a substituição dos bens penhorados por depósito em dinheiro ou fiança bancária (EREsp 996.537/SP, 1ª Seção, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 4.5.2009). Ressalte-se que, com a vigência da Lei 13.043/2014, tornou-se possível ao executado a substituição da penhora também por seguro garantia.
>
> 2. A Primeira Seção do STJ firmou o entendimento de que a não observância da ordem legal de preferência na nomeação de bens à penhora, na forma do art. 11 da Lei 6.830/1980, demanda a comprovação, pelo executado, da existência de elementos concretos que justifiquem a incidência do princípio da menor onerosidade, sendo insuficiente a mera invocação genérica do art. 620 do CPC/1973 (REsp 1.337.790/PR, relator: Min. Herman Benjamin, DJe de 7.10.2013, julgado sob

a sistemática do art. 543-C do CPC/1973).

3. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 2.032.375/PR, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 20/6/2022, DJe de 22/6/2022.)

Por outro lado, verificado que a dinâmica da substituição da penhora obedece aos critérios temporais, relacionados à higidez da empresa executada e da suficiência ou insuficiência da penhora inicialmente deferida, apresenta-se irrelevante o fato de a substituição pleiteada ter sido anteriormente negada em agravo de instrumento.

No caso dos autos, em se tratando de uma dívida de R$ 88.592.974,94 (oitenta e oito milhões, quinhentos e noventa e dois mil, novecentos e setenta e quatro reais e noventa e quatro centavos), a penhora de apenas 2% do faturamento não parece suficiente para determinar a solvabilidade do débito fiscal, observando-se ainda o pagamento parcial do imposto corrente.

Como se sabe, o princípio da menor onerosidade constitui exceção à regra de que a execução é feita no interesse do credor, visando ao pagamento eficiente da dívida. Em face de tal paradigma se põe evidente que o Fisco pode recusar a penhora quando não seja suficiente para garantir o pagamento da dívida.

Sobre o assunto, confiram-se:

PROCESSUAL CIVIL E EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BENS A PENHORA. INOBSERVÂNCIA DA ORDEM PREVISTA NO ART. 11 DA LEF. AFRONTA AO PRINCÍPIO DA MENOR ONEROSIDADE. INOCORRÊNCIA. ANÁLISE. SÚMULA 7/STJ.

1. Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão monocrática da Presidência do STJ que conheceu do Agravo para não conhecer do Recurso Especial, nestes termos: "Na espécie, não houve o prequestionamento da tese recursal, uma vez que a questão postulada não foi examinada pela Corte de origem sob o viés pretendido pela parte recorrente.(...)'Incidência da Súmula 211/STJ. '" (fls. 207-208, e-STJ).

2. O Agravante sustenta ter sido prequestionado o art. 805 do CPC/2015, devendo ser afastada a incidência da Súmula 211/STJ no caso dos autos.

3. Ainda que superado o óbice sumular, a irresignação não merece prosperar.

4. O acórdão recorrido consignou: "De fato, é pacífico na jurisprudência

que o Fisco pode recusar a nomeação de bens à penhora quando desobedecida a ordem prevista no art. 11 da LEI 6.830/80 ou quando os bens indicados forem de difícil ou duvidosa alienação, pois a execução é feita no interesse do credor. Nesse sentido, vejam-se o AgRg no REsp 1200847/SP, 2ª Turma, rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe 8/2/11 e o EREsp 1116070/ES, 1ª Seção, rel. Humberto Martins, DJe 16/11/10. A respeito do tema, o Superior Tribunal de Justiça assentou entendimento no sentido de que: 'no processo de execução, hoje o devedor não só alega, mas tem que comprovar de modo irrefutável que a penhora em dinheiro pode acarretar a quebra da empresa ou o grave e irreparável dano e, simultaneamente, demonstrar que a constrição de outro bem pode satisfazer o crédito. Dessa forma, não pode alegar o devedor a violação de modo genérico e singelo, o que não afasta a carência dos recursos financeiros devidos e não pagos suportados pelo credor, titular de crédito líquido, certo e exigível.' (cfe. Informativo de Jurisprudência do STJ, AgRg no REsp 1.051.276-RJ, Rel. Min. Herman Benjamin). Frise-se que, diante da ordem legal prevista no art. 11 da LEF, o executado não pode optar por oferecer outros bens ou direitos em garantia da dívida, da forma que lhe parecer mais conveniente: tem o dever de observar a ordem de preferência legal, instituída não para sua comodidade, mas para possibilitar a satisfação do crédito fiscal nos casos de inexistência de bens de maior liquidez. Assim, conquanto o CPC disponha que a execução se deva realizar pelo meio menos gravoso ao devedor, também determina que a execução se faz no interesse do credor, razão pela qual pode o Fisco recusar a nomeação à penhora de bem que não satisfaz a ordem legal do art. 11 da LEF." (fls. 159-160, e-STJ, grifos acrescentados).

5.O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que a Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bens nomeados a penhora, caso não observada a ordem legal estabelecida no art. 11 da Lei 6.830/1980, não havendo falar em violação ao princípio da menor onerosidade ao devedor, uma vez que a execução é feita no interesse do credor.

6. Ademais, o exame do malferimento ao princípio da menor onerosidade (art. 805 do CPC/2015) esbarra no óbice da Súmula 7/STJ.

7. Agravo Interno não provido.

(AgInt no AREsp n. 1.636.118/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 25/8/2020, DJe de 9/9/2020.)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. NOMEAÇÃO DE BEM À PENHORA. ORDEM DE PREFERÊNCIA. LEGÍTIMA RECUSA PELA UNIÃO FEDERAL. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7 DA SUMULA DO STJ. O ACÓRDÃO RECORRRIDO ESTÁ CONFORME O ENTENDIMENTO DO STJ.

I - Na origem, trata-se de agravo de instrumento contra decisão que, em execução fiscal, indeferiu a penhora de direitos referentes à cessão de crédito. No Tribunal a quo, o pedido foi indeferido.

II - A Corte a quo analisou as alegações da parte com os seguintes fundamentos: "Portanto, a indicação de direitos decorrentes de cessão de crédito não observa a ordem do art. 11 da Lei 6.830/80 e pode ser recusada pela exequente, inexistindo direito à nomeação na hipótese. [...] Destaca-se que o art. 805 do CPC, que versa sobre a menor onerosidade, deve ser analisado em cotejo com o art. 797, , do mesmo diploma legal, prevendo caput que a execução far-se-á no interesse do credor, de forma que a Fazenda Pública não é obrigada a aceitar bem oferecido à penhora que não obedeça à ordem estabelecida no art.11 da LEF."

> III - Verifica-se, portanto, que a Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração os fatos e provas relacionados à matéria. Assim, para se chegar à conclusão diversa seria necessário o reexame fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ, segundo o qual "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial".
>
> IV - De qualquer sorte, ainda que fosse superado esse óbice, o acórdão recorrido está conforme o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, fixado em regime de recursos repetitivos, de que a parte exequente tem, seja quando da nomeação (art. 9º da Lei n. 6.830/1980), seja quanto da substituição de bens (art. 15 da Lei n. 6.830/1980), o direito de recusar bens oferecidos à penhora que não obedeçam à ordem do art. 11 da Lei n. 6.830/1980. (REsp 1.337.790/PR, relator Ministro Herman Benjamin, Primeira Seção, DJe 7/10/2013.) V - Agravo interno improvido.
>
> (AgInt no AREsp n. 1.921.257/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 11/4/2022, DJe de 18/4/2022.)

Nesse contexto, de rigor a devolução dos autos ao Tribunal *a quo*, para que seja reexaminado o pedido de substituição da penhora já realizada, visando viabilizar o pagamento efetivo da dívida.

Ante o exposto, conheço do agravo para dar provimento ao recurso especial, determinando o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que seja reexaminado o pedido de substituição da penhora, conforme o acima explicitado.

É o voto.

CERTIDÃO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0128318-4 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AREsp 1.497.963 / SP**

Números Origem: 1092557378 21394647820188260000 30380466320138260224 74521/2013 745212013

EM MESA JULGADO: 21/03/2023

Relator
Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República
Exmo. Sr. Dr. ELTON GHERSEL

Secretária
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	ESTADO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	ALEXANDRE ABOUD - SP145074
		PAULO DAVID CORDIOLI - SP164876
		ALESSANDRO RODRIGUES JUNQUEIRA - SP182100
		BRUNO MACIEL DOS SANTOS - SP246239
		THIAGO OLIVEIRA DE MATOS - SP296253
		CASSIANO LUIZ SOUZA MOREIRA - SP329020
		ANTONIO AUGUSTO BENNINI - SP208954
AGRAVADO	:	DAMAPEL INDUSTRIA COMERCIO E DISTRIBUICAO DE PAPEIS LTDA
ADVOGADOS	:	ODAIR DE MORAES JÚNIOR - SP200488
		CYBELLE GUEDES CAMPOS - SP246662

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Dívida Ativa (Execução Fiscal)

SUSTENTAÇÃO ORAL

Dr(a). PAULO HENRIQUE PROCOPIO FLORENCIO, pela parte AGRAVANTE: ESTADO DE SÃO PAULO

CERTIDÃO

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

"A Turma, por unanimidade, conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Humberto Martins, Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.