


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **0025265-19.2004.8.26.0566**
Classe - Assunto: **Execução Fiscal - ICMS/ Imposto sobre Circulação de Mercadorias**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Daniel Felipe Scherer Borborema

RELATÓRIO

ITAMAR BASTOS DA SILVA, MERIDIONAL IND COM E SER DE PRO QUI LTDA E VANDOIZ SILVA DE ANDRADE opõem exceção de pré-executividade (fls. 174/188) na execução que lhe move a **FAZENDA DO ESTADO** postulando: a) a declaração de nulidade da decisão que determinou o redirecionamento da execução contra os excipientes, por ausência de motivação, e, em consequência, a declaração de nulidade das citações; b) a declaração de nulidade das citações por edital por não terem sido esgotados todos meios de pesquisa; c) a desconstituição da penhora de R\$ 12,48 em ativos financeiros, primeiro porque o valor bloqueado é irrisório, segundo porque a penhora de ativos financeiros não foi precedida da tentativa de constrição de outros bens; d) prescrição.

O excepto manifestou-se (fls. 191/203) aduzindo: a) descabimento da exceção de pré-executividade; b) validade da citação; c) legalidade do redirecionamento da execução contra a excipiente; d) não ocorrência da prescrição.

FUNDAMENTAÇÃO

1- A exceção de pré-executividade é medida excepcional cabível apenas quando: a) o excipiente instrua o pedido com prova documental apta à solução das questões articuladas nesta via, ou; b) referida prova documental já esteja nos autos quando suscitada a exceção, ou; c) trate-se de questão de direito.

Se houver necessidade de dilação probatória, mínima que seja – por exemplo, dar-se nova vista ao excipiente para juntar tal ou qual documento –, apresenta-se incabível a exceção uma vez que o processo executivo não é predisposto à atividade cognitiva, sob pena, inclusive, de tumulto processual em detrimento da efetividade da tutela jurisdicional satisfativa.

No caso em análise, verifica-se que as questões suscitadas admitem apreciação pela via da exceção de pré-executividade, pois a prova documental


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

constante dos autos executivos é mais que suficiente para a análise das matérias alegadas.

O único ponto que deve ser ressaltado é que, tendo em vista a opção escolhida pela excipiente de se valer da exceção de pré-executividade, não poderá, posteriormente, renovar em sede de embargos à execução as alegações que nesta exceção sejam conhecidas e apreciadas, o que configuraria litigância de má-fé, por ofensa manifesta a questão já decidida e que, por mera lógica, produz efeitos estabilizadores e definitivos após transcorrido prazo recursal.

Nesse sentido:

EXECUÇÃO - ENCARGOS LOCATÍCIOS - DEVEDOR SOLIDÁRIO - DÉBITO POR DESPESAS CONDOMINIAIS - MATÉRIA JÁ JULGADA EM ANTERIOR EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE - DILAÇÃO PROBATÓRIA DESNECESSÁRIA EMBARGOS REJEITADOS LITIGÂNCIA DE MÁ-FÉ CARACTERIZADA - APELAÇÃO IMPROVIDA. 1. Já julgada e repelida a arguição relativa a ilegitimidade da cobrança de despesas condominiais, deduzida em exceção de pré- executividade, descabe a renovação da mesma defesa em sede de embargos à execução. 2. Cuidando-se de matéria já decidida com trânsito em julgado, desnecessária a dilação probatória. 3. Configura litigância de má-fé o procedimento do executado que, vencido na exceção de pré-executividade, renova sua defesa em embargos e insiste no julgamento através de recurso, criando resistência injustificada com intuito manifestamente protelatório (art 17,IVe VII, do CPC). (TJSP, Apelação Com Revisão 671415100, Rel. Norival Oliva, 2ª. Câmara do Primeiro Grupo, Extinto 2º TAC, j. 13/09/2004)

Passo ao exame das questões deduzidas.

2- As decisões que determinaram o redirecionamento do executivo fiscal contra Vandoiz Silva de Andrade e Itamar Bastos da Silva, efetivamente, não foram fundamentadas, como verificamos às fls. 84 e 105 dos autos executivos.

Todavia, o art. 250 do CPC estabelece que “o erro de forma do processo


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

acarreta unicamente a anulação dos atos que não possam ser aproveitados, devendo praticar-se os que forem necessários, a fim de se observarem, quanto possível, as prescrições legais”.

Assim, o sistema processual possibilita que o redirecionamento seja objeto de reexame, desta feita com a efetiva análise, pelo juízo, sobre se o caso em tela autorizava tal providência.

3- O art. 135, inc. III do CTN prevê que "são pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos ... os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado".

O contrato social de fls. 74/81 comprova que Vandoiz foi admitido na sociedade em 29/05/2003, na qualidade de sócio-administrador e Itamar, em 26/11/2003, na qualidade apenas de sócio.

Após alteração contratual, as posições se inverteram. A partir de 19/04/2004, Itamar passou a ser sócio-administrador da empresa e Valdoiz, tão somente sócio (veja-se fls. 79).

Tem-se ainda, que o encerramento irregular da pessoa jurídica deve ser compreendido como situação que conduz à responsabilidade pessoal do diretor, gerente ou representante da pessoa jurídica porque o encerramento irregular configura manifesta infração à lei, mais especificamente às regras de direito civil e empresarial que regem o modo pelo qual o encerramento da pessoa jurídica deve se dar, qual seja, a dissolução ou liquidação de sociedades, cuja realização na forma prevista em lei é imperiosa inclusive para resguardar o interesse de credores.

A este respeito, oportuna a lição doutrinária: “Os preceitos legais sobre a dissolução-procedimento visam, de um lado, assegurar a justa repartição, entre os sócios, dos sucessos do empreendimento comum, no encerramento deste; e, de outro, a proteção dos credores da sociedade empresária. Em razão desse segundo objetivo, se os sócios não observaram as regras estabelecidas para a regular tramitação do sujeito artificial, respondem pessoal e ilimitadamente pelas obrigações sociais. Em outros termos, se eles simplesmente paralisam a atividade econômica, repartem os ativos e se dispersam (dissolução de fato), deixam de cumprir a lei societária, e incorrem em ilícito. Respondem, por isso, por todas as


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

obrigações da sociedade irregularmente dissolvida.” (COELHO, Fabio Ulhoa. Curso de Direito Comercial. Vol. 2. 11ª Ed. Saraiva. São Paulo: 2008. pp. 453).

Assim, havendo indícios de encerramento irregular, autoriza-se o redirecionamento da execução fiscal para as pessoas físicas dos diretores, gerentes ou representantes da pessoa jurídica.

Os indícios de encerramento irregular podem decorrer tanto de certidão do oficial de justiça atestando o encerramento após diligências realizadas por ele próprio (EResp 716412/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/09/2007, DJe 22/09/2008) ou mesmo de não-localização da empresa no endereço constante dos registros empresariais ou fiscais (Súm. 435, STJ: "presume-se dissolvida irregularmente a empresa que deixar de funcionar no seu domicílio fiscal, sem comunicação aos órgãos competentes, legitimando o redirecionamento da execução fiscal para o sócio-gerente").

No caso em tela, observamos no contrato social que o estabelecimento da pessoa jurídica deveria estar em funcionamento, quando da propositura da ação, no endereço constante da inicial, ou seja Estrada Rubens F.Monte Ribeiro, 150 Jd. Novo Horizonte, nesta cidade.

Todavia, a certidão do oficial (fls. 09), dá conta de que a empresa lá não mais se encontrava instalada desde outubro/2003.

Ocorre que, analisando o contrato social, observamos que em 28/07/2005, data anterior ao pedido de redirecionamento, a empresa alterou o endereço de sua sede para "*Rua Presid. Jucelino Kubcheque de Oliveira, 201, Jardim Europa, Nova Odessa*" (fls. 80), sem que carta citatória tenha sido expedida ou o Oficial de Justiça tenha diligenciado neste endereço a fim de se constatar se houve o encerramento das atividades, quiçá tentar citá-la.

Assim, **não havia base para os redirecionamentos de fls. 84 e 105.**

Foram nulas as inclusões de Vandoiz e Itamar no pólo passivo, tendo se operado, a esta altura, a **prescrição** de qualquer tentativa nesse sentido.

O prazo quinquenal, no caso, teria início a partir da citação da pessoa jurídica, que ocorreu, por edital, em 14.09.2005, já tendo transcorrido, desde então, quase 10 anos, sem citação válida.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

A esse respeito, é sólida a jurisprudência do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO. SÓCIO-GERENTE. ART. 135, III, DO CTN. PRESCRIÇÃO. CITAÇÃO DA EMPRESA. INTERRUPTÃO DO PRAZO. 1. O redirecionamento da execução fiscal contra o sócio-gerente precisa ocorrer no prazo de cinco anos a contar da citação da sociedade empresária, devendo a situação harmonizar-se com o disposto no art. 174 do CTN para afastar a imprescritibilidade da pretensão de cobrança do débito fiscal. Precedentes de ambas as Turmas de Direito Público do STJ. 2. A jurisprudência desta Corte não faz qualquer distinção quanto à causa de redirecionamento, devendo ser aplicada a orientação, inclusive, nos casos de dissolução irregular da pessoa jurídica. 3. Ademais, esse evento é bem posterior a sua citação e o redirecionamento contra o sócio somente foi requerido porque os bens penhorados não lograram a satisfação do crédito. Assim, tratando-se de suposta dissolução irregular tardia, não há como se afastar o reconhecimento da prescrição contra os sócios, sob pena de manter-se indefinidamente em aberto a possibilidade de redirecionamento, contrariando o princípio da segurança jurídica que deve nortear a relação do Fisco com os contribuintes. 4. Recurso especial não provido. (REsp 1163220/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/08/2010, DJe 26/08/2010)

Observe-se que, no caso em exame, o exequente sem dúvida concorreu causalmente para a inclusão da excipiente no pólo passivo embora ausentes os requisitos legais, pois não requereu do juízo, previamente, a tentativa de penhora de bens no local em que estabelecida a pessoa jurídica. Foi negligente ao não promover a prévia constatação, na execução fiscal, do encerramento irregular. Ao fazê-lo, deu causa a uma inclusão indevida, que gerou atraso processual desnecessário,


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

promovendo atos processuais nulos.

6- Quanto à alegação de prescrição, cumpre notar, num primeiro momento, que a matéria rege-se pelo art. 174, parágrafo único do CTN, não importando a disciplina da LEF, pois esta, nestas questões, não se aplica aos créditos de natureza tributária, uma vez que a prescrição tributária é regida, segundo o art. 146, III, “b” da CF/88, pela lei complementar que estabelece normas gerais em matéria tributária, in casu o CTN (recepcionado com lei complementar); na execução fiscal, o momento interruptivo é estabelecido pelo inciso I do parágrafo único acima referido; tal inciso I, até a LC nº 118/05, previa a citação como ato interruptivo, e, após a LC nº 118/05, que entrou em vigor em 09/06/05, passou a prever o despacho do juiz que determina a citação como ato interruptivo; segundo o STJ, REsp 999901/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ªS, j. 13/05/2009, a norma superveniente, de caráter processual, tem incidência nos processos em curso, desde que ainda não tenha sido prolatado o despacho do juiz que determina a citação, quer dizer, se em 09/06/05, no executivo fiscal específico, já tinha sido proferido o despacho de citação, a interrupção ocorre com a citação, se ainda não tinha sido proferido tal despacho, a interrupção ocorre com a sua prolação.

Nesta execução fiscal, em 09/06/05 já havia sido proferido o despacho de citação, dado em 23/12/03, fls. 08 da execução fisca, assim a interrupção veio a ocorrer com a citação da pessoa jurídica na pessoa da excipiente em 14/12/05, fls. 29 dos autos principais.

Tal momento interruptivo, porém, retroage à data da propositura da ação, em 15/12/03. O § 1º do art. 219 do CPC, segundo o qual a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação, aplica-se aos créditos tributários, segundo orientação do STJ, REsp 1120295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ªS, j. 12/05/2010, posicionamento este coerente com o


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

fenômeno da prescrição, que pressupõe inércia do credor, inexistente no caso do credor que cobra a dívida em juízo. Assim, também na execução fiscal é válida a Súm. 106 do STJ, segundo a qual “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação [ou a demora para a prolação do despacho de citação], por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência” (Súm. 106, STJ).

Sendo assim, é necessário examinar, em cada caso, se houve omissão, inércia ou negligência do credor ao dar andamento processual, causadora do atraso que levou à prescrição antes do marco interruptivo. Intelecção esta, veja-se, na linha do disposto no § 2º do art. 219 do CPC.

No caso em tela, verifica-se que até a efetiva citação da pessoa jurídica, sempre que instada a manifestar-se, a exequente efetivamente deu andamento ao processo, requerendo providências úteis, sem omitir-se ou negligenciar o feito.

Assim, tem-se que a interrupção da prescrição ocorreu em 15/12/03. Em consequência, créditos tributários constituídos definitivamente até 16/12/98 consideram-se prescritos.

É o que ocorre, apenas, com o crédito tributário corporificado na CDA de fls. 3.

Saliente-se que a suspensão do prazo prescricional pela inscrição em dívida ativa, prevista no art. 2º, § 3º da LEF, não se aplica aos créditos de natureza tributária, uma vez que a prescrição tributária é regida, segundo o art. 146, III, “b” da CF/88, pela lei complementar que estabelece normas gerais em matéria tributária, in casu o CTN (recepcionado com lei complementar), que não prevê a suspensão prescricional em comento. O entendimento está consolidado no STJ: REsp 1165216/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ªT, j. 02/03/2010.

Por outro lado, há ainda que ser reconhecida a nulidade da citação por


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

edital, da pessoa jurídica, pois não foram esgotadas todas as possibilidades de sua localização.

Com efeito, como vimos acima, não foi tentada sua citação no endereço indicado em seu contrato social, após a alteração de 28/07/2005, fato este anterior ao pedido de citação por edital (fls. 43), datado de agosto de 2005. A simples busca, pela exequente na Jucesp, poderia ter evitado atos desnecessários, o que gerou atraso processual, promovendo inclusive atos processuais nulos.

A este respeito, a prescrição do crédito tributário, também relação à pessoa jurídica deve ser reconhecida.

A matéria rege-se pelo art. 174, parágrafo único do CTN, não importando a disciplina da LEF, pois esta, nestas questões, não se aplica aos créditos de natureza tributária, uma vez que a prescrição tributária é regida, segundo o art. 146, III, "b" da CF/88, pela lei complementar que estabelece normas gerais em matéria tributária, in casu o CTN (recepcionado com lei complementar); na execução fiscal, o momento interruptivo é estabelecido pelo inciso I do parágrafo único acima referido; tal inciso I, até a LC nº 118/05, previa a citação como ato interruptivo, e, após a LC nº 118/05, que entrou em vigor em 09/06/05, passou a prever o despacho do juiz que determina a citação como ato interruptivo; segundo o STJ, REsp 999901/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ªS, j. 13/05/2009, a norma superveniente, de caráter processual, tem incidência nos processos em curso, desde que ainda não tenha sido prolatado o despacho do juiz que determina a citação, quer dizer, se em 09/06/05, no executivo fiscal específico, já tinha sido proferido o despacho de citação, a interrupção ocorre com a citação, se ainda não tinha sido proferido tal despacho, a interrupção ocorre com a sua prolação.

Nesta execução fiscal, em 09/06/05 já havia sido proferido o despacho de citação, dado em 18/05/2004, fls. 04 da execução fiscal, e diante do reconhecimento da nulidade da citação por edital da empresa, o lapso prescricional não foi interrompido.

Tal momento interruptivo, porém, retroage à data da propositura da ação, em 10/05/2004. O § 1º do art. 219 do CPC, segundo o qual a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação, aplica-se aos créditos tributários, segundo orientação do STJ, REsp 1120295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ªS, j. 12/05/2010, posicionamento este coerente com o fenômeno da prescrição, que


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

pressupõe inércia do credor, inexistente no caso do credor que cobra a dívida em juízo.

Assim, também na execução fiscal é válida a Súm. 106 do STJ, segundo a qual “proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação [ou a demora para a prolação do despacho de citação], por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência” (Súm. 106, STJ).

Sendo assim, é necessário examinar, em cada caso, se houve omissão, inércia ou negligência do credor ao dar andamento processual, causadora do atraso que levou à prescrição antes do marco interruptivo. Intellecção esta, veja-se, na linha do disposto no § 2º do art. 219 do CPC.

No caso em tela, verifica-se que, em que pese a exequente, sempre que instada a manifestar-se o fez dando andamento ao processo, acabou por requer providências inúteis, quando não observou o novo endereço da pessoa jurídica. Omitiu-se, negligenciou o feito e por conseguinte, não ocorreu a interrupção da prescrição.

Em consequência, os créditos tributários constituídos definitivamente em 16/02/2004 consideram-se prescritos (CDA de fls. 03).

Saliente-se que a suspensão do prazo prescricional pela inscrição em dívida ativa, prevista no art. 2º, § 3º da LEF, não se aplica aos créditos de natureza tributária, uma vez que a prescrição tributária é regida, segundo o art. 146, III, “b” da CF/88, pela lei complementar que estabelece normas gerais em matéria tributária, in casu o CTN (recepcionado com lei complementar), que não prevê a suspensão prescricional em comento. O entendimento está consolidado no STJ: REsp 1165216/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ªT, j. 02/03/2010.

5. O pedido de desconstituição da penhora de R\$ 12,48 em ativos financeiros deve ser acatado, diante do reconhecimento da prescrição. O valor deverá ser liberado ao interessado.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, ACOLHO a exceção de pré-executividade EXTINGO o processo, pela prescrição, com fulcro no art. 269, IV, segunda figura do CPC.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Deixo de condenar a exequente nas verbas de sucumbência ante o disposto na Súmula 421 do STJ - *"Os honorários advocatícios não são devidos à Defensoria Pública quando ela atua contra a pessoa jurídica de direito público à qual pertença"*.

O depósito de fls. 153 deve ser entregue a Itamar.

P.R.I.

São Carlos, 14 de agosto de 2015.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME
IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**