

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.173.071 - SP (2017/0223402-2)**

**RELATOR** : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**  
**AGRAVANTE** : WASHINGTON LUIZ ANTAS PEREIRA  
**AGRAVANTE** : MARIA JOSE SOARES BONETTI  
**AGRAVANTE** : JOSE ANTAS PEREIRA FILHO  
**ADVOGADOS** : LUIZ FRANCISCO LIPPO - SP107733  
TELMA GONÇALVES DO NASCIMENTO - SP275241  
**AGRAVADO** : FAZENDA DO ESTADO DE SÃO PAULO  
**PROCURADOR** : CELSO ALVES DE RESENDE JÚNIOR E OUTRO(S) - SP301935  
**INTERES.** : PANIFICADORA PÃES E DOCES DAYA LTDA

**DECISÃO**

Trata-se de agravo de WASHINGTON LUIZ ANTAS PEREIRA, MARIA TAVARES DE SOUSA E JOSÉ ANTAS PEREIRA FILHO que objetiva admissão de recurso especial interposto, com fundamento na alínea "c" do permissivo constitucional, contra acórdão do TJ/SP assim ementado:

Agravo de Instrumento Ação de Execução Fiscal Exceção de pré-executividade - Decisão que rejeitou a exceção - Necessidade de dilação probatória Embargos à Execução - Precedentes desta Egrégia 11ª Câmara de Direito Público do Estado de São Paulo Prescrição intercorrente afastada, bem como, alegação de ilegitimidade passiva - Decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade mantida Recurso improvido.

No especial, a parte alega violação dos arts. 135, III, e 174 do CTN e art. 40 da Lei n. 6.830/1980, pleiteando o conhecimento da exceção de pré-executividade para discutir a ilegitimidade passiva do sócio José Antas Pereira Filho e a prescrição do crédito tributário, aduzindo a existência de divergência jurisprudencial.

O recurso especial foi inadmitido na origem por deficiência na demonstração do dissídio.

Sem contraminuta.

Passo a decidir.

Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma nele prevista (Enunciado n. 3 do Plenário do STJ).

Considerado isso, importa mencionar que o recurso especial origina-se de agravo de instrumento contra decisão em execução fiscal que indeferiu exceção de pré-executividade que discute ilegitimidade passiva e prescrição do crédito tributário.

O Tribunal *a quo* negou provimento ao recurso por aplicação do

entendimento consolidado na Súmula 393 do STJ, consignando ser necessária a dilação probatória para demonstrar a ilegitimidade passiva dos executados, bem como encampou a tese de que a demora na execução decorre exclusivamente do mecanismo do judiciário (Súmula 106 do STJ).

Vejamos, no que interessa, o que está consignado no voto condutor do acórdão recorrido (e-STJ fl. 60 e seguintes):

No mais, deve ficar estabelecido que não há qualquer nulidade do título executado a ser declarada, na medida em que se trata de Certidão da Dívida Ativa (fls. 13/15), regularmente inscrita e formalmente em ordem (artigos 202 CTN e 2º, § 5º, da Lei nº 6.830/80), gozando da presunção de certeza e liquidez e tendo, inclusive, o efeito de prova pré-constituída, nos termos do art. 204 e 3º da Lei nº 6.830/80, do Código Tributário Nacional.

Da cópia da Certidão da Dívida Ativa acostada a fls. 13/15, extraem-se todas as informações que os agravantes dizem não conter, sendo, portanto, desprovido de fundamento os argumentos trazidos.

Em exceção de pré-executividade não cabe dilação probatória (cf. o verbete nº 393 da Súmula do Egrégio Superior Tribunal de Justiça e, na mesma Corte Superior, o REsp 1.104.900, sob a sistemática do art. 543-C do Código de Processo Civil, Rel. a Min. DENISE ARRUDA).

Entretanto, a exceção de pré-executividade só será acolhida na hipótese da irregularidade ou vícios apontados no título serem perceptíveis de imediato, não deixando dúvidas. Caso isso não se verifique *prima facie* e seja necessária a produção de provas, o deslinde da controvérsia deverá ser objeto de embargos à execução, meio processual mais adequado.

No caso sub judice, a aferição do alegado pelos executados demanda dilação probatória. A matéria não é típica desse tipo de defesa de restrita cognição.

A matéria enseja análise minuciosa e deverá ser discutida em sede de embargos à execução ou outra via processual própria, quando então poderá o agravante demonstrar de forma cabal o direito que alega ter, sendo-lhe assegurados os princípios do contraditório e da ampla defesa.

Casos similares já foram decididos neste sentido por esta Egrégia 11ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça:

[...]

De fato, o juízo a quo houve por bem não conhecer da exceção de pré-executividade, pois referia exceção tem cabimento apenas em hipóteses excepcionais, visto que a defesa em execução se faz, em regra, por meio de embargos, depois de seguro o Juízo. Na execução fiscal, cautela maior se impõe ao se manejar a exceção de pré-executividade, pois qualquer matéria de defesa deve ser ventilada por meio de embargos do devedor (art. 16, §3º, da LEF).

Sobre o cabimento da exceção de pré-executividade, leciona o ilustre professor HUMBERTO THEODORO JÚNIOR:

[...]

No mais, agiu acertadamente a nobre magistrada de 1º Grau, doutora CAMILE DE LIMA E SILVA BONILHA, na sua r. decisão, ora agravada (fls. 36/37), que afastou à alegada ilegitimidade: "(...) Por sua vez, o excipiente José Antas Pereira Filho foi, de igual forma, foi incluído na presente execução, uma vez que da análise da ficha cadastral da Junta Comercial, à época da constituição do crédito, ele fazia parte da sociedade (fls. 43/44).(...)" (fls. 37)

E ainda, como constou da r. Decisão atacada, não pode ser reconhecida a prescrição intercorrente em decorrência de inércia do feito, por culpa do mecanismo judiciário: "(...) Por fim, nota-se que o crédito tributário foi inscrito em 13 de setembro de 2004, e a presente execução ajuizada em 28 de junho de

2005, tendo o feito permanecido paralisado na serventia até junho de 2010, conforme decisão de fls. 07. Neste contexto, é o caso de excepcional aplicação da Súmula 106 do STJ, não havendo ocorrido a prescrição intercorrente.

(...) (fls. 37).

Eventuais recursos que sejam interpostos deste julgado estarão sujeitos ao julgamento virtual. No caso de discordância, esta deverá ser apresentada no momento da interposição de referidos recursos.

A matéria de fundo do agravo encerra-se nos limites processuais ora apreciados.

Pois bem.

Feita essa consideração, em relação ao art. 40 da lei 6.830/1980, ressoante-se o recurso especial do devido prequestionamento, já que sobre a norma e a tese a ela vinculada (prescrição intercorrente) não houve emissão de juízo pelo acórdão recorrido, fazendo incidir o óbice constante na Súmula 282 do STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".

Mesma sorte é reservada à alegação de ilegitimidade passiva do sócio JOSÉ ANTAS PEREIRA FILHO. A alegação de que este sócio não deveria figurar no polo passivo da execução por não ter havido pleito expresso da exequente para que o redirecionamento recaísse sobre ele não foi prequestionada nas instâncias ordinárias, atraindo a incidência da Súmula 282 do STF.

Noutro ponto, importa consignar que, por ocasião do julgamento REsp 1.120.295/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, a Primeira Seção firmou a tese de que o art. 219, § 1º, do CPC/1973 também é aplicado às execuções fiscais, de modo que o marco interruptivo previsto no art. 174, parágrafo único, I, do CTN – citação ou despacho que a ordena exarado já na vigência da LC 118/2005 – retroage à data da propositura da ação, quando a demora para a realização da citação não puder ser atribuída à exequente.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes precedentes:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA. APLICAÇÃO DA SÚMULA 106/STJ. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. REDIRECIONAMENTO AOS SÓCIOS. POSSIBILIDADE. SÚMULA 435/STJ.

1. Em recurso especial representativo da controvérsia, o REsp 1.120.295/SP, decidiu o Superior Tribunal de Justiça que iniciado o prazo prescricional com a constituição do crédito tributário, o termo *ad quem* se dá com a propositura da execução fiscal. Outrossim, a interrupção da prescrição pela citação válida, na redação original do art. 174, I, do CTN, ou pelo despacho que a ordena, conforme a modificação introduzida pela Lei Complementar 118/05, retroage à data do ajuizamento, em razão do que determina o art. 219, § 1º, do CPC, quando a demora na citação não for atribuída ao Fisco.

2. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem, no tocante à aplicação da Súmula 106/STJ, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

[...] (AgRg no REsp 1.566.030/SP, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/12/2015, DJe 02/02/2016).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL. SÚMULA 106/STJ. INÉRCIA DO FISCO. SÚMULA 7 DO STJ. ORIENTAÇÃO.

CONSONÂNCIA.RECURSO REPETITIVO.

1. O Superior Tribunal de Justiça, no julgamento do REsp 1.120.295/SP, submetido à sistemática do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que, na cobrança judicial do crédito tributário, a interrupção do lustro prescricional operada pela citação válida (redação original do CTN) ou pelo despacho que a ordena (redação do CTN dada pela LC 118/2005) sempre retroage à data da propositura da ação (art. 219. § 1o., do CPC c/c o art. 174 do CTN).

2. Também não merece seguimento o presente recurso quanto à alegação de ausência de inércia do Poder Judiciário em efetuar a citação do devedor, pois esta análise demanda, necessariamente, reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado ao STJ, em Recurso Especial, por óbice da Súmula 7/STJ.

3. Ademais, não se logrou êxito em demonstrar fundamento apto a desconstituir a orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça em Recurso Especial Repetitivo, razão pela qual não é possível dar provimento ao presente agravo.

4. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp 1.460.275/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 09/09/2014, DJe 26/09/2014).

Esse, inclusive, é o entendimento consolidado na Súmula 106 do STJ, *in verbis*: "Proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação, por motivos inerentes ao mecanismo da Justiça, não justifica o acolhimento de arguição de prescrição ou decadência."

Na hipótese dos autos, após analisar os elementos de prova constantes nos autos, as instâncias ordinárias imputaram exclusivamente ao judiciário a culpa pela demora na citação, não sendo possível, em sede de recurso especial, reformar esta conclusão sem o inviável revolvimento de fatos e provas, atraindo o óbice da Súmula 7 do STJ.

Por fim, deixo consignado não ser o caso para arbitramento de honorários recursais, porque se origina de agravo de instrumento, cuja solução não interfere na distribuição dos ônus sucumbenciais estabelecida no processo principal.

Ante o exposto, com base no art. 253, parágrafo único, II, "a", do RISTJ, CONHEÇO do agravo para NÃO CONHECER do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Brasília (DF), 26 de novembro de 2019.

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator