

Prêmio “Trabalho Relevante do Ano” do Departamento Fiscal

IMPUGNAÇÃO DA MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO A EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL PARA COBRANÇA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO § 2º DO ARTIGO 8º E ARTIGO 40 DA LEI 6.830/80. PRESCRIÇÃO. MÁ-FÉ PROCESSUAL. COISA JULGADA.

Antonio Carlos D'Ávila
Procurador do Município

Exmo Sr. Dr. Juiz de Direito da Vara das Execuções Fiscais
Municipais - Setor de Processamento - ÍMPAR

Processo nº 243.487-3-05/82

A MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO, por seu procurador, nos autos dos embargos à execução fiscal opostos por DIFUSÃO S/C LTDA (prossequindo solidariamente contra Sérgio Roberto Vieira da Motta) vem, no prazo legal, apresentar sua IMPUGNAÇÃO aos embargos, pelos fundamentos de fato e de direito que, a seguir, aduz:

PRELIMINARMENTE

Estão presentes, autuados em apartado 2 (duas) peças de embargos à execução fiscal, a primeira protocolada aos 13/12/94 e a segunda aos 19/12/95.

Tendo sido efetivada a intimação da penhora aos 29/11/95, os embargos apresentados no exercício anterior deveriam ter sido rejeitados pela não garantia do Juízo. Ao revés, foram recebidos.

Seja como for, a argumentação de uma e a de outra se equivalem, pelo que passamos à impugnação.

Em síntese, são estas as alegações do embargante:

- a) prescrição, invocando inconstitucionalidade dos artigos 8º, § 2º e 40 da Lei nº 6.830/80;
- b) prescrição intercorrente;
- c) ilegitimidade passiva do embargante.

O comportamento do embargante nestes autos merecerá de Vossa Excelência o necessário repúdio.

Conforme se comprova com os docs. I e II ora juntados, já nos idos de 1983, exatamente no dia 21 de junho, o mesmo Sr. Sérgio Vieira Motta declarou ao Sr. Oficial de Justiça encarregado de cumprir o mandado de citação e penhora "desconhecer o atual endereço da executada". Qual o endereço em que se encontrava o informante? RUA DR. BACELAR, nº 91, surpreendentemente o mesmo em que o embargante afirma estar sediada a empresa, por toda a sua existência.

Dessa inverdade, dessa desfaçatez, dessa leviandade decorreu toda a "via crucis" do credor, espelhada nos autos da execução fiscal e que culminou na penhora ora embargada, a final.

Nos autos da execução a embargada verberou a atitude incorreta do Diretor-Presidente da empresa, a quem deverá ser imputada a penalidade decorrente da litigância de má-fé, nos termos da legislação processual.

Agora, como pretende ele beneficiar-se de sua própria torpeza, acenando com uma prescrição "tout court", ou mesmo com a prescrição intercorrente?

Não existissem, como existem, "in casu" má-fé e afronta à verdade, também não mereceriam acolhimento judicial as tortuosas alegações de inconstitucionalidade dos artigos 8º, § 2º e 40 da Lei 6.830/80, bem como sobre a ilegitimidade passiva do embargante.

Antes de adentrarmos no âmago dessas questões, permita-nos V. Exa. esclarecer ao douto Juízo, documentando, que a empresa DIFUSÃO S/C LTDA. pediu baixa no Cadastro de Contribuintes Mobiliários por motivo de encerramento das atividades da empresa aos 03/03/88 (doc. III). Quem assina o requerimento de baixa? O Sr. Dr. SÉRGIO ROBERTO VIEIRA DA MOTTA!

Do verso do doc. III verifica-se, mais uma vez, a certificação da existência do débito decorrente da lavratura do AI 10029532, dentre outras dívidas.

Da copiosa jurisprudência a respeito da inocorrência de prescrição quando a ela não deu causa o credor por sua inércia, pinçamos em seu inteiro teor acórdãos recentes do SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA, referentes aos recursos especiais nºs 29.116-5 e 35.690-3 (docs. IV e V), o primeiro tratando de dificuldade para a citação pela Fazenda, e o segundo determinando que não se opera a prescrição intercorrente quando a credora não deu causa à paralisação do feito.

Já a inconstitucionalidade argüida foi devidamente afastada no aresto relativo ao recurso especial nº 43.671-0, em que decidiu o Superior Tribunal de Justiça, por sua Primeira Turma, por unanimidade, não haver conflito entre o artigo 174 do C.T.N. e o artigo 40 da Lei 6.830/80, pois enquanto este trata de suspensão, aqueloutro dispõe sobre as causas de interrupção da prescrição (doc. VI).

Na verdade, o artigo 146, III, da Constituição Federal atribui à lei complementar, apenas, o estabelecimento de normas gerais em matéria de legislação tributária.

O espírito desse dispositivo constitucional, fundado no princípio da segurança jurídica, ou de certeza do direito, é de que sejam traçadas **normas gerais** em matéria **tributária**, através de lei complementar.

Com efeito, à legislação tributária cabe, por exemplo, estabelecer no que tange à prescrição o "dies a quo", eis que diretamente relacionado ao lançamento do tributo, ou até estipular o prazo prescricional como garantia do contribuinte.

Não se pode considerar, todavia, como norma de direito tributário, as causas interruptivas da prescrição.

Como define CLOVIS BEVILACQUA, "prescrição é a perda da ação atribuída a um direito, e de toda sua capacidade defensiva, em consequência do não uso delas, durante um determinado espaço de tempo" (Código Civil Comentado, 5^a ed., n. I, p. 427).

Prescrição e decadência se diversificam quanto ao objeto, porque a prescrição tem como objeto a ação, enquanto a decadência tem por objeto o direito.

A prescrição não extingue diretamente o direito, mas a ação que o protege, ficando o direito extinto, por consequência, se não se dispuser de outro meio para fazê-lo valer.

Embora a prescrição seja instituto de direito substantivo, suas causas interruptivas ou suspensivas dizem mais respeito ao direito processual, ao direito adjetivo, uma vez que não podem acarretar a perda ou não, do direito de ação.

No magistério de Humberto Theodoro Júnior.

"Se é certo que a prescrição, em si mesma, é mais uma figura de direito material do que processual, a forma de interrompê-la, na pendência do processo, é questão que se comporta perfeitamente entre as regras ou normas de direito processual civil, cujo tratamento legislativo incumbe ao legislador ordinário. Não se trata, portanto, de assunto privativo de lei complementar sobre normas

gerais de direito tributário”(em “A nova Lei da Execução Fiscal”, Livraria e Ed. Universitária de Direito Ltda., SP, 1982, p. 32).

O Eminentíssimo Ministro Carlos Mário Velloso no julgamento da A.C. 57.379 - SP, 4ª Turma do TFR, DJU de 18/09/80, pg 7153, em comentário à regra do art. 174 do CTN, assevera:

“As normas do CTN, que cuidam da prescrição, são normas processuais e não normas gerais de direito tributário (CF, art. 18, § 1º) pelo que não constituem, no particular, lei complementar, mas simplesmente lei ordinária, válidas como normas processuais, já que compete à União legislar sobre direito processual (CF, art 8º, XVII, “b”). Assim, tais normas são de hierarquia igual às normas processuais que cuidam de prescrição inscritas no Código de Processo Civil, art. 219.

Devem ser interpretadas, de conseqüente, em conjunto e em consonância com estas”.

No mesmo sentido, o Eminentíssimo Ministro José F. Dantas, na A.C. 76.874-MG, JTFR-LEX 11/225, embora com voto vencido em relação ao aspecto central do debate ali travado:

“Ademais, convenha-se em que, ao estabelecer regra de prescrição, o Código Tributário corre no leito das leis ordinárias desinvestido, assim, da hierarquia constitucional complementar, que somente detém para as “normas gerais de direito tributário” (C.F., art. 18, § 1º), matéria evidentemente estranha à prescrição, ainda mais se pretendida estender ao especialíssimo campo da Previdência Social e seus encargos.....

Repita-se que, a esta altura, não se nega força à lei ordinária, para versar matéria de prescrição, ainda que posta de lado das normas gerais relativas às obrigações tributárias, para cujo campo se entenda de conduzir as contribuições previdenciárias na sua atipicidade.

Logo, não há negar-se hierarquia à examinada Lei nº 6.830 para dispor sobre a prescrição previdenciária, nem há duvidar-se da

oportunidade dessa matéria, no contexto destinado à regência da cobrança judicial da Dívida Ativa, medida naturalmente compatível com o regramento da ação de execução ali estabelecida.”

De igual maneira, novamente o Eminentíssimo Ministro Carlos Mário Velloso, nos Embargos Infringentes na AC 89.072-SP, JTFR-LEX 38/279:

“Para nós, todavia, que analisamos o Código Tributário Nacional, no sentido de que somente as regras postas no CTN configuram normas gerais de direito tributário, que constituem lei complementar (CF artigo 18, § 1º), as demais, que não se incluem nessa categoria, não passam de lei ordinária ...”

A Lei nº 6.830/80, artigo 8º, § 2º aduziu ainda nova razão interruptiva da prescrição da dívida ativa, ao dispor:

“O despacho do Juiz, que ordena a citação, interrompe a prescrição”.

Antonio Nicacio, em “A nova Lei de Execução Fiscal”, ed. LTR, SP, 1981, pág. 22, transcreve a Exposição de Motivos dessa Lei, da qual destacamos o item 49, relativo à norma ora em exame:

“49 - A redação do § 2º do art. 8º procura proteger a execução fiscal contra outra manobra de que também se utilizam os devedores, consistente em impedir a execução na fase citatória, para livrar-se do débito por via de prescrição. Com a adoção dessa norma, ainda quando se torne necessária a citação por edital, a prescrição do direito de cobrar estará interrompida (§ 1º do art. 219 do Código de Processo Civil).

Cabe lembrar que, perante o judiciário trabalhista, basta a distribuição de reclamatório para acarretar a interrupção do prazo prescricional.”

Eis aí a interpretação autêntica. O legislador quis, à semelhança da norma processual trabalhista, criar norma de aplicação excepcional interruptiva da prescrição, não subordinada a elementos futuros. tais os

consignados nos §§ 2º a 4º do artigo 219 do CPC. Se outro fosse o intento, de resto desnecessária seria a regra nova. Mas o intento surge nitidamente da Exposição de Motivos e ficou objetivado na lei.

Relembra-se que, analogamente, embora em sentido oposto, norma excepcional foi criada pela lei falimentar reputando de mera suspensão e não de interrupção da prescrição, as hipóteses sujeitas àquele diploma legal (naquele caso, beneficiando o devedor e não o credor).

Criou-se também aqui norma excepcional, incidente apenas em relação às execuções fiscais. Basta o despacho que ordena a citação para interromper a prescrição, que voltará a fluir do último ato do processo (CC. 173).

A Lei 6.830/80 foi editada com o intuito de agilizar a execução fiscal, criando procedimento especial diverso da execução forçada por quantia certa, regulada pelo Código de Processo Civil, colimando o ingresso de recursos devidos ao Estado, em seus cofres, mais rapidamente, e permitindo com isso a adequada aplicação em benefício da coletividade.

Considerou-se que o Estado, como provedor do bem comum, necessitava de meio mais célere para cobrar o que lhe é devido e, injustificadamente, não lhe é pago, obedecidos os princípios constitucionais e processuais que devem nortear o curso de qualquer processo em Juízo.

Pode-se até considerar exagerados e criticáveis os privilégios introduzidos em alguns de seus dispositivos, em favor da Fazenda Pública e de suas autarquias, princípio da isonomia processual, e em que pese o indiscutível interesse público defendido.

Não se pode, todavia, concluir que a lei complementar, no caso, o Código Tributário Nacional, deve prevalecer à Lei 6.830/80.

Não há que se falar, sequer, em hierarquia entre a lei complementar e a lei ordinária, como se em uma pirâmide estivessem. A Constituição Federal coloca-as em igualdade no ordenamento jurídico, ressaltando-se apenas o quorum para aprovação, por maioria absoluta na lei complementar, e seu campo específico o de estabelecer, em matéria tributária,

normas de caráter geral, dispor sobre conflitos de competência tributária e regular as limitações constitucionais ao poder de tributar.

Esclarece o Prof. José Afonso da Silva, ao examinar a natureza jurídica das leis complementares:

“Terão elas a natureza jurídica que seu conteúdo indicar, podendo pois, haver leis complementares que, em razão da matéria de que tratam sejam de direito constitucional embora formalmente, não o sejam. As leis complementares referentes à matéria tributária, integram o Código Tributário Nacional.

Complementam a Constituição, mas nem sempre pertencem ao direito constitucional, porque sua função complementar; embora de caráter fundamental, refere-se ao conteúdo das normas integradas, e da natureza desse conteúdo, retiram sua própria natureza.”

(in “Aplicabilidade das Normas Constitucionais”, Ed. Rev. Tribs., 1968, SP, pág 234)

Considerando-se que as leis complementares têm por objeto regular os preceitos constitucionais, cuja aplicação delas expressamente depende, forçoso é se concluir que lei ordinária terá ilegitimidade constitucional apenas e enquanto contrariar dispositivo de lei complementar que regule preceito constitucional.

Com efeito, nesse caso, a lei ordinária que ofender a lei complementar estará violando a própria Constituição, visto que disciplinará interesse que esta determina sejam regulados por lei intermediária.

E, aí sim, poder-se-á argüir a hierarquia das leis e o princípio da compatibilidade vertical.

Por outro lado, mesmo concluindo, em razão do disposto no art. 146, III da Constituição vigente, que compete à lei complementar exclusivamente, estabelecer as causas interruptivas da prescrição em matéria tributária, há de se convir que, sob a égide da Constituição anterior, nenhum dispositivo constitucional delimitava essa competência, sendo mansa e

pacífica a jurisprudência de nossos Tribunais, no sentido de que a prescrição da ação de execução fiscal se considera interrompida na data do despacho que ordenar a citação, nos termos do art. 8º da Lei 6830/80.

Nenhum dispositivo constitucional impedia que lei ordinária, federal de caráter nacional, viesse a estabelecer nova causa interruptiva da prescrição como a prevista no art. 8º do diploma legal citado. A matéria da prescrição não era privativa de lei complementar.

Assim, quer sob o prisma da hierarquia das leis, quer sob o enfoque do que pertine à lei complementar, a Lei 6.830/80 poderia dispor sobre interrupção da prescrição.

E decidir em sentido contrário, mesmo admitida a maior abrangência dada à lei complementar, em matéria tributária, na Constituição atual, é ferir o princípio da irretroatividade da lei que no direito processual civil adquire fundamental importância, de vez que o processo decorrente do exercício do direito de ação deve ser pautado por sistema equilibrado de normas.

Quando do despacho que ordenou a citação sob a Constituição anterior, à lei processual era permitido (e a nosso ver, ainda o é) tratar da matéria de prescrição como o fez.

Decidir em sentido contrário, ignorando-se o ato jurídico processual perfeito, de interrupção da prescrição, consubstanciada no despacho ordenatório da citação, seria ferir o princípio da irretroatividade e seria contrariar o disposto no art. 5º, § XXXVI da Constituição atual.

Acrescente-se por derradeiro que, interrompida a prescrição, pelo despacho ordenatório da citação, em nenhum momento a Municipalidade se quedou inerte. Antes, pelo contrário, tentou de todas as formas localizar o representante legal da empresa, que usou de todos os artifícios para fugir à citação.

Já quanto à acenada ilegitimidade passiva do embargante, salta aos olhos a sua improcedência.

Massiva jurisprudência de nossos Tribunais, de que é exemplo o v. acórdão prolatado no recurso especial nº 19.388-PR (doc. VII), demonstra a possibilidade da execução fiscal ser movida contra o devedor ou contra o responsável tributário, não sendo necessário que o nome deste conste da Certidão de Dívida Ativa.

A respeito do tema, JOSÉ DA SILVA PACHECO ("Comentários à nova lei de execução fiscal", Saraiva, 1ª ed., pág. 73 e segs.) traça longo comentário, em que coteja julgados diversos de nossos Tribunais, em que predomina a tese da penhorabilidade de bem de sócio-gerente de sociedade irregular, dentre eles o da 4ª Câmara Civ., 1º TARJ, BJA 78:60563; 3ª T, TFR, BJA 78:54842, 2ª Câm. Civ. TAMG, RT 519:79-241.

"A contrario sensu" cai como luva ao caso vertente o acórdão da 2ª Turma do STF (RT 520:79-304), em que se decidiu não ser parte legítima para oposição de embargos de terceiro sócio que exerceu a gerência de sociedade e teve seu bem pessoal penhorado em virtude de não recolhimento de tributo.

Por outro lado, o embargante diz não fazer parte de sociedade de pessoas, o que o coloca como partícipe, por exclusão, de sociedade de capital. Em assim sendo, deveria a sociedade estar inscrita na Junta Comercial. É o que preleciona AMADOR PAES DE ALMEIDA, em seu livro "Manual das Sociedades Comerciais", Saraiva, 1979, pág. 48, ao fazer a distinção entre sociedades de pessoas e de capital:

"Do estudo da constituição das sociedades comerciais verificamos a necessidade imprescindível do contrato social, isto é, convenção entre partes em nome de um interesse comum. Constatamos, outrossim, que este contrato, quer por instrumento público, quer por instrumento particular, deve necessariamente ser levado a registro nas Juntas Comerciais. A sociedade está, pois, regularmente constituída, adquirindo personalidade jurídica com a inscrição de seu contrato ou estatuto no Registro Comercial - as Juntas Comerciais." (grifamos)

Várias as conclusões que, agora, podemos deduzir:

1 - no afã de se esquivar da cobrança, o embargante diz que sua empresa não é sociedade de pessoas;

2 - não sendo sociedade de pessoas é, então, sociedade de capital. Se assim é, de rigor o seu registro na Junta Comercial;

3 - não provou o embargante o registro da empresa na Junta Comercial. Logo, é sociedade irregular, sem personalidade jurídica. Observe-se que nem mesmo a integralização das quotas foi comprovada.

Destarte, não há como o embargante desfazer a penhora sobre o bem que ele mesmo ofereceu à constrição judicial.

"DE MERITIS"

Melhor sorte não acode o embargante quanto ao mérito.

Na verdade o embargante, estranhamente, omitiu em seus embargos a existência da ação ordinária de anulação do débito fiscal derivado do AI nº 10029532, de nº 190/82, julgada **improcedente** em data de 02/08/83, na Primeira Instância, sentença esta confirmada, por unanimidade, na apelação nº 320.185, pela Quinta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, tendo sido relator o eminente Juiz SCARANCA FERNANDES, tendo ocorrido a intimação do v. acórdão aos 06/06/84 (doc. VIII).

A "quaestio in juditio deducta" desta ação incidental de embargos, em decorrência, foi agasalhada pelos efeitos do artigo 468 do Código de Processo Civil, pelo que não pode a controvérsia ser renovada.

"Ex positis" aguarda a Municipalidade de São Paulo a declaração de total improcedência dos embargos, com a condenação do embargante ao pagamento do principal atualizado, mais honorários advocatícios de 20% (vinte por cento), em substituição àqueles originalmente arbitrados na execução fiscal, e demais despesas judiciais.

São Paulo, 6 de agosto de 1996

ANTONIO CARLOS D'AVILA
PROCURADOR - FISC. 33
OAB-SP Nº 26.697