Veja quais são as providências adotar nas execuções do INSS

As Execuções Fiscais decorrem da inscrição em Dívida Ativa que, se cumpridas as formalidades legais¹, goza da presunção *juris tantum* de certeza e liquidez. Por se tratar de presunção relativa, a liquidez e certeza podem ser ilididas por prova inequívoca, tanto do executado quanto de terceiro ou de quem aproveite.

Há um anacronismo entre a Lei de Execução Fiscal², nicho da Ditadura pela qual passou nosso país, e o moderno processo civil que, no caso das execuções fiscais, tanto a inscrição em Dívida Ativa já formalizada em Certidão como a petição inicial, poderão constituir um único documento, preparado inclusive por processo eletrônico, o que já vem sendo feito no âmbito da Justiça Federal. É bem de se ver que vamos comemorar 20 anos da CF de 1988.

Fundamentado numa Lei “arcaica” — principalmente nas execuções fiscais promovidas pelo INSS — a Doutrina e, principalmente, a Jurisprudência avançaram na interpretação do Processo Executório promovido pela Autarquia, sugerindo aos executados estarem atentos para tomarem todas as providências imediatas e cabíveis, visando garantir seus direitos, já que carecem de um código de defesa do contribuinte.

A *prima facie* precisam agir quanto ao Pólo Passivo da Execução, uma vez que já constam da Certidão de Dívida Ativa e da Petição Inicial da execução o nome dos sócios (empresas) e dos diretores (terceiro setor), independente do percentual de participação do capital social, não excluindo aqueles que não têm poder de gerência explicitado no contrato social. No caso de sócio minoritário a Jurisprudência é cristalina, no sentido de que “a solidariedade do sócio pela dívida da sociedade só se manifesta, todavia, quando comprovado que, no exercício de sua administração, praticou os atos elencados na forma do artigo 135, caput, do CTN. Há impossibilidade, pois, de se cogitar na atribuição de responsabilidade substitutiva, quando sequer estava o sócio investido das funções diretivas da sociedade”.³

Apesar de constar em Lei⁴, o Colendo Superior Tribunal de Justiça tem se posicionado pela exclusão dos sócios do pólo passivo executório⁵. Trata-se de matéria com jurisprudência sedimentada na Corte Superior, uma vez uniformizada pela Egrégia 1ª Seção, no sentido de que “os bens do sócio de uma pessoa jurídica comercial não respondem, em caráter solidário, por dívidas fiscais assumidas pela sociedade, tendo em vista que a responsabilidade tributária imposta por sócio-gerente, administrador, diretor ou equivalente só se caracteriza quando há dissolução irregular da sociedade ou se comprova infração à lei praticada pelo dirigente. O simples inadimplemento não caracteriza infração legal. Inexistindo prova de que se tenha agido com excesso de poderes, ou infração de contrato social ou estatutos, não há falar-se em responsabilidade tributária do ex-sócio a esse título ou a título de infração legal. Inexistência de responsabilidade tributária do ex-sócio”⁶. Ficou claro que na dissolução irregular da sociedade ou na comprovada infração legal praticada pelo dirigente a decisão é no sentido da imposição da responsabilidade solidária⁷.

Concluindo a questão da ilegitimidade passiva dos sócios executados trazemos posição explícita da Corte Superior no sentido de que⁸, verbis:

“Inteiramente desprovidas de validade são as disposições da Lei nº 8.620/93, o de qualquer outra lei ordinária, que indevidamente pretenderam alargar a responsabilidade dos sócios e dirigentes das

peças jurídicas. O art. 146, inciso III, b, da Constituição Federal, estabelece que as normas sobre responsabilidade tributária deverão se revestir obrigatoriamente de lei complementar.

O CTN, art. 135, III, estabelece que os sócios só respondem por dívidas tributárias quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador. O art. 13 da Lei nº 8.620/93, portanto, só pode ser aplicado quando presentes as condições do art. 135, III, do CTN, não podendo ser interpretado, exclusivamente, em combinação com o art. 124, II, do CTN.

O teor do art. 1.016 do Código Civil de 2002 é extensivo às Sociedades Limitadas por força do prescrito no art. 1.053, expressando hipótese em que os administradores respondem solidariamente somente por culpa quando no desempenho de suas funções, o que reforça o consignado no art. 135, III, do CTN.

A Lei 8.620/93, art. 13, também não se aplica às Sociedades Limitadas por encontrar-se esse tipo societário regulado pelo novo Código Civil, lei posterior, de igual hierarquia, que estabelece direito oposto ao nela estabelecido”.

A questão está pacificada junto ao STJ, que também tem dado sinais de que não pode o INSS valer-se de tal disposição contida em lei ordinária, por evidente afronta a texto constitucional. Veja-se decisão do ministro Luiz Fux⁹:

RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA. DIRECIONAMENTO DA EXECUÇÃO PARA O SÓCIO. LEI 8.620/93.1. A responsabilidade do sócio não é objetiva. Para que surja a responsabilidade pessoal, disciplinada no artigo 135 do CTN é necessário que haja comprovação de que ele, o sócio, agiu com excesso de mandato, ou infringiu a lei, o contrato social ou o estatuto, ou ocorreu a dissolução irregular da sociedade. 2. A contribuição para a seguridade social é espécie do gênero tributo, devendo, portanto, seguir o comando do Código Tributário Nacional que, por seu turno, foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988 como Lei Complementar. Dessarte, não há que se falar na aplicação da lei ordinária 8.620/93, posto ostentar grau normativo hierarquicamente inferior ao CTN, mercê de esbarrar no princípio da hierarquia das leis, de natureza constitucional, que foge aos limites do recurso especial traçados pela Constituição Federal, ao determiná-la a competência do STJ. 3. É vedado à parte inovar em sede de agravo regimental.”

É necessária a alegação da ilegitimidade passiva dos sócios ou diretores nas execuções fiscais movidas pelo INSS, o que pode ser feito por EXCEÇÃO DE PRE-EXECUTIVIDADE, visando suspender o processo executório, enquanto as questões alegadas não forem definitivamente decididas, uma vez que todas as matérias, quer de ordem pública – aquelas que podem e devem ser conhecidas de ofício pelo juiz ou alegadas a qualquer tempo pelas partes quer se trate de pressupostos processuais e das condições da ação, bem como a inexistência ou deficiência do título que embasa a execução – todas estas podem ser alegadas pelo devedor sem a necessidade de efetivar-se a penhora, diretamente no processo de execução ou mesmo a qualquer tempo, já que levam à própria nulidade da execução¹⁰.

Como foi dito no item 1 deste, a Dívida Ativa — se cumpridas as formalidades legais — goza da presunção *juris tantum* de certeza e liquidez. Por se tratar de presunção relativa, a liquidez e certeza

podem ser ilididas por prova inequívoca, tanto do executado quanto de terceiro ou de quem aproveite.

Embora não enseje NULIDADE da Certidão de Dívida Ativa, a **decadência — instituto de direito público, que pode ser apreciada de ofício pelo Juízo da execução fiscal** — é prova inequívoca da iliquidez do crédito tributário que vem sendo cobrado pela Autarquia. O Superior Tribunal de Justiça tem decidido que cabe ao executado o ônus de provar a improcedência do crédito tributário objeto da execução¹¹.

As Certidões de Dívida Ativa utilizadas pelo INSS para embasar suas Execuções podem conter competências (mês e ano) fulminadas pela decadência, uma vez que este instituto foi reduzido de 10 (dez) para 5 (cinco) anos pela Corte Especial do Egrégio Superior Tribunal de Justiça¹², verbis:

“1. As contribuições sociais, inclusive as destinadas a financiar a seguridade social (CF, art. 195), têm, no regime da Constituição de 1988, natureza tributária. Por isso mesmo, aplica-se também a elas o disposto no art. 146, III, b, da Constituição, segundo o qual cabe à lei complementar dispor sobre normas gerais em matéria de prescrição e decadência tributárias, compreendida nessa cláusula inclusive a fixação dos respectivos prazos. Conseqüentemente, padece de inconstitucionalidade formal o artigo 45 da Lei 8.212, de 1991, que fixou em dez anos o prazo de decadência para o lançamento das contribuições sociais devidas à Previdência Social.

2. Arguição de inconstitucionalidade julgada procedente”.

Trata-se de julgado de suma importância, pois a decadência é uma das causas de extinção do crédito tributário. Com o decurso do prazo prescrito no Código Tributário Nacional — para a constituição do crédito tributário (obrigação) — ocorre a falta do ato administrativo lançamento, o que obstará ao sujeito ativo executar a obrigação tributária, pois para que essa seja exequível, deverá estar legalmente constituída.

Veja-se a respeito da inconstitucionalidade de lei, o magistério do DD. professor José Afonso da Silva¹⁴:

“O fundamento desta inconstitucionalidade está no fato de que do Princípio da Supremacia da Constituição resulta o da compatibilidade vertical das normas da ordenação jurídica de um país, no sentido de que as normas de grau inferior somente valerão se forem compatíveis com as normas de grau superior, que é a Constituição. As que não forem compatíveis com ela são inválidas, pois a incompatibilidade vertical resolve-se em favor das normas de grau mais elevado, que funcionam como fundamento de validade das inferiores”

Essa incompatibilidade vertical de normas inferiores (leis, decretos etc.) com a Constituição é o que, tecnicamente, se chama inconstitucionalidade das leis ou dos atos do Poder Público, e que se manifesta sob dois aspectos:

(a) formalmente, quando tais normas são formadas por autoridades incompetentes ou em desacordo com formalidades ou procedimentos estabelecidos pela constituição;

(b) materialmente, quando o conteúdo de tais leis ou atos contraria preceito ou princípio da Constituição.

A alegação de que o crédito tributário é ilíquido pode ser apresentada tanto em embargos do devedor quanto em exceção de pré-executividade¹⁵. Se a Fazenda Pública entender que ele é ilíquido, pode proceder à substituição da Certidão de Dívida Ativa até o momento da prolação da sentença nos embargos do devedor¹³, ou seja, constatou erro no valor da CDA é facultado a sua substituição.

A opção pela Exceção de pré-executividade, s.m.j, é melhor porque suspende o processo executivo porque ajuizamento de exceção de pré-executividade é meio hábil para, enquanto não apreciada, suspender a execução fiscal até que as questões alegadas (ilegitimidade passiva e decadência) sejam apreciadas e decididas com trânsito em julgado. A suspensão evitará constrição indevida ou em excesso (penhora de bens e/ou direitos, a temível penhora online), adiando esse momento para quando a execução fiscal tiver sido saneada.

A exceção de pré-executividade é uma espécie excepcional de defesa específica do processo de execução, ou seja, independentemente de embargos do devedor, que é ação de conhecimento incidental à execução, o executado pode promover a sua defesa pedindo a extinção do processo por falta do preenchimento dos requisitos legais. É uma mitigação ao princípio da concentração da defesa, que rege os embargos do devedor. Pacífico é a Jurisprudência a respeito do referido instituto¹⁶, verbis:

“É indeclinável que a exceção de pré-executividade pode ser oposta independentemente da interposição de embargos à execução, sem que esteja seguro o juízo. No entanto, não é a arguição de qualquer matéria de defesa que autoriza o enquadramento da questão no âmbito da exceção de pré-executividade. Nem tampouco pode ser utilizada como substitutivo de embargos à execução.

Somente matérias que podem ser conhecidas de ofício pelo juiz é que autorizam o caminho da exceção de pré-executividade: condições da ação, pressupostos processuais, eventuais nulidades, bem como as hipóteses de pagamento, imunidade, isenção, anistia, novação, prescrição e decadência.”

Na Exceção de pré-executividade pode (e deve-se) inclusive cobrar os Honorários Advocatícios pela sucumbência, uma vez que o Superior Tribunal de Justiça¹⁷ já se manifestou no sentido de são devidos os honorários advocatícios quando for acolhida a exceção de pré-executividade, uma vez que “extinguindo-se a execução por iniciativa dos devedores, ainda quem em decorrência de exceção de pré-executividade, devida é a verba honorária.”

No mesmo sentido o TRF da 4ª Região decidiu que¹⁸ “é cabível a condenação da exequente ao pagamento de honorários advocatícios, à medida em que, sendo a executada parte ilegítima para figurar no pólo passivo da demanda, viu-se compelida a constituir Procurador no autos, na forma de Exceção de pré-executividade.”

Concluindo, ao receber a Citação da execução fiscal promovida pelo INSS, a primeira providência é

examinar se o pólo passivo (Executados) está correto, bem como a data do lançamento (normalmente consta nos anexos da citação) e o discriminativo das competências abrangidas pelo mesmo, averiguando se está presente ou não a decadência. Em caso positivo cabe ao contribuinte fazer prevalecer seus direitos, constituindo advogado antes do oferecimento de qualquer penhora.

Notas

- [1] Contidas no Parágrafo 5º do artigo 2º da Lei 6.803/1980.
- [2] Lei 6.830, de 22/09/1980.
- [3] AgRg EDivResp 109639/RS, Dez/99, DJ de 28/02/2000
- [4] Art. 13 da Lei 8.620/93.
- [5] REsp 987.991 – MG, julgamento 20/11/2007.
- [6] 1ª Seção nos EREsp 260.107/RS, unânime, DJ de 19/04/2004.
- [7] AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO 905.343 — RS, julgamento 20/11/2007.
- [8] REsp 717.717 – SP, julgamento em 28/09/2005.
- [9] Agravo Regimental em Recurso Especial 536.098-MG.
- [10] CPC, art. 618.
- [11] REsp 624.842.
- [12] AI no RECURSO ESPECIAL 616.348 — MG, DJ de 15/10/2007.
- [13] REsp 472.514.
- [14] in Curso de Direito Constitucional Positivo, ed. Malheiros, 20ª edição, pág.47.
- [15] Art. 2o, § 8o, da Lei 6.830/80.
- [16] AG/SP 2003.03.00.021642-1, 18.11.03, p. 382.
- [17] REsp 195.351/MS.
- [18] AG/PR 2002.04.01.044714-0, DJU 07.01.04, p. 181.

Date Created

03/01/2008