



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 430.927 - SP (2013/0371618-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**  
**AGRAVANTE** : MITITOMO NISHIKAWA  
**ADVOGADOS** : LEINA NAGASSE  
THIAGO FERNANDEZ ALONSO MARQUES DE SOUZA E  
OUTRO(S)  
**AGRAVADO** : FAZENDA NACIONAL  
**ADVOGADO** : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL  
**INTERES.** : STARPAC PLÁSTICOS INDUSTRIAIS LTDA  
**INTERES.** : ATUSHI NISHIKAWA

### **EMENTA**

TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SÚMULA 393/STJ. SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" (Súmula 393/STJ).
2. "Para se chegar à conclusão diversa da firmada pelas instâncias ordinárias no tocante ao redirecionamento da execução fiscal em razão do descumprimento ao art. 135, III do CTN pelo sócio-gerente seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (AgRg no Ag 1.341.069/PR, Primeira Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 15/9/11).
3. A matéria relativa à prescrição, apesar de ser de ordem pública, não foi enfrentada pelas instâncias ordinárias, restando ausente o indispensável requisito do prequestionamento. Inviável, assim, sua apreciação em sede de recurso especial.
4. Agrado regimental não provido.

### **ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agrado regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente), Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina e Ari Pargendler votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 17 de dezembro de 2013(Data do Julgamento)

**MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**  
Relator



## **SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA**

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 430.927 - SP (2013/0371618-9)**

**RELATOR** : **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA**  
**AGRAVANTE** : MITITOMO NISHIKAWA  
**ADVOGADOS** : LEINA NAGASSE  
THIAGO FERNANDEZ ALONSO MARQUES DE SOUZA E  
OUTRO(S)  
**AGRAVADO** : FAZENDA NACIONAL  
**ADVOGADO** : PROCURADORIA-GERAL DA FAZENDA NACIONAL  
**INTERES.** : STARPAC PLÁSTICOS INDUSTRIAIS LTDA  
**INTERES.** : ATUSHI NISHIKAWA

### **RELATÓRIO**

#### **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA:**

Trata-se de agravo regimental interposto por MITITOMO NISHIKAWA contra decisão unipessoal de minha relatoria (fls. 613/617e), que conheceu do agravo para negar seguimento ao recurso especial ao fundamento de que: a) não houve prequestionamento da matéria atinente à prescrição; e b) é assente neste Superior Tribunal que, se o nome do sócio consta na CDA, a ele incube o ônus de provar que não agiu com excesso de poderes ou contrário à lei; c) o exame da ocorrência ou não das hipóteses de responsabilização tributária elencadas no art. 135 do CTN é matéria incompatível com exceção de pré-executividade, por demandar análise probatória.

O agravante sustenta, em síntese, que: a) "não houve no executivo fiscal de origem a comprovação de atos de excesso de poder ou infração à lei ou estatutos sociais, não poderia ora o Agravante ter sido responsabilizado pelos débitos da empresa executada" (fl. 631e); e b) a prescrição, por ser matéria de ordem pública, prescinde de prequestionamento.

Requer, assim, a reconsideração da decisão agravada ou a submissão do agravo regimental ao Colegiado.

É o relatório.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 430.927 - SP (2013/0371618-9)**

### EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. SÚMULA 393/STJ. SÓCIO. REDIRECIONAMENTO. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. PRESCRIÇÃO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. IMPOSSIBILIDADE DE APRECIÇÃO. AGRADO NÃO PROVIDO.

1. "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória" (Súmula 393/STJ).
2. "Para se chegar à conclusão diversa da firmada pelas instâncias ordinárias no tocante ao redirecionamento da execução fiscal em razão do descumprimento ao art. 135, III do CTN pelo sócio-gerente seria necessário o reexame de matéria fático-probatória, o que encontra óbice na Súmula 7 desta Corte, segundo a qual a pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial" (AgRg no Ag 1.341.069/PR, Primeira Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 15/9/11).
3. A matéria relativa à prescrição, apesar de ser de ordem pública, não foi enfrentada pelas instâncias ordinárias, restando ausente o indispensável requisito do prequestionamento. Inviável, assim, sua apreciação em sede de recurso especial.
4. Agrado regimental não provido.

### VOTO

#### **MINISTRO ARNALDO ESTEVES LIMA (Relator):**

A parte agravante não trouxe elementos capazes de infirmar a decisão agravada, que merece ser mantida por seus próprios fundamentos (fls. 613/617e):

Trata-se de agrado interposto de decisão que negou seguimento ao recurso especial manifestado por MITITOMO NISHIKAWA, com fundamento no art. 105, III, "a" e "c", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal Regional Federal da 3ª Região assim ementado (fls. 440/441e):

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO LEGAL EM AGRADO DE INSTRUMENTO. ARTIGO 557, § 1º, DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. CITAÇÃO POR EDITAL. VALIDADE. SÓCIO QUE CONSTA NA CDA. ÔNUS DO CO-EXECUTADO DE AFASTAR PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PENHORA DE ATIVOS FINANCEIROS. POSSIBILIDADE.

1. O inciso III, do artigo 8.º da Lei de Execução Fiscal estabelece a possibilidade da citação por edital. Desde o ajuizamento da execução em agosto de 2002, diligenciou-se para realizar a citação do co-executado (vide fls.52 e 70), revelando-se frustradas todas as tentativas. Cabível, portanto, a citação do co-executado por edital (fl.74).



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

2. O simples inadimplemento da obrigação de pagar o tributo não pode ser considerado infração à lei para o fim de tornar solidariamente responsáveis os sócios dirigentes da empresa contribuinte. Todavia, não se pode confundir o simples inadimplemento com a sonegação de tributos: se o contribuinte omitir fato gerador, no todo ou em parte, ou fizer dedução indevida, ou por outro meio reduzir ilegalmente o valor a ser recolhido, estará caracterizada a infração à lei e, consequentemente, a responsabilidade tributária do administrador da pessoa jurídica faltosa. Com mais forte razão se aplica esse entendimento àquelas hipóteses em que a falta de lançamento ou o lançamento a menor constitua ilícito penal, mas a lei não exige que se reconheça o caráter criminal da conduta, porquanto a expressão "infração à lei" é muito mais abrangente. Tal responsabilidade atinge a tantos quantos dividam a gestão da pessoa jurídica contribuinte, de direito ou de fato.

3. Em se tratando de sociedade por quotas de responsabilidade limitada, pode ser alcançado pela execução o patrimônio de todos os que, à época do fato gerador, tinham poderes de gerência, ainda que cotidianamente não a exercessem ou não a exercessem especificamente sobre a área responsável pelo lançamento e recolhimento dos tributos, uma vez a divisão interna de tarefas ou a delegação delas a subalternos não os exime do dever de zelar pelo lançamento.

4. Cumpria ao sócio co-executado demonstrar que não era responsável tributário pelo débito. A toda evidência, não se lhe pode exigir prova negativa, propriamente dita, mas cabe-lhe afastar aqueles fatos que induzem à presunção por força de lei (*juris tantum* e *jure et de jure*) ou por experiência cotidiana (presunção *hominis*) de responsabilidade tributária.

5. A constrição por meio eletrônico, nos termos do Art. 655-A do CPC, é medida que poderia ter sido deferida nos moldes das alterações introduzidas no CPC pela Lei nº 11.382/2006 e da jurisprudência recente.

6. O artigo 620 do CPC não pode se transformar num óbice para a efetividade da tutela jurisdicional, máxime porque também de igual quilate o comando do art. 612 do mesmo estatuto.

7. Deve ser mantida, por ora, a penhora dos ativos financeiros do executado, até que este indique outros bens aptos a garantir a dívida e desde que não seja atingido o interesse da exequente.

8. Agravo a que se nega provimento.

Opostos embargos de declaração (fls. 445/450e), restaram rejeitados (fls. 452/459e).

Nas razões do recurso especial (fls. 463/484e), a recorrente alega, além de dissídio jurisprudencial, violação aos arts. 124 e 135, III, do CTN, 535 e 536 do CPC e 13 da Lei 8.620/93. Aduz, em resumo, que: a) "a inclusão do Recorrente no pólo passivo da Execução Fiscal se deu em total descompasso com a lei, isto é, sem que fossem cumpridos os requisitos necessários para a caracterização de eventual responsabilidade do sócio" (fl. 471e); b) é nula a citação por edital uma vez que "percebe-se dos autos de Execução de origem que não foi feita nenhuma diligência com o intuito de efetivamente encontrar o ora Recorrente" (fl. 473e); e c) "é clara a ocorrência da prescrição haja vista o decurso do lapso temporal quinquenal entre a constituição do crédito tributário (29.02.2000) e a suposta citação válida, ocorrida por Edital em 26.1.2005" (fl. 476e)

Contrarrazões às fls. 537/542e.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O recurso especial foi inadmitido ao fundamento de: a) que não houve violação ao art. 535 do CPC; b) ausência de prequestionamento quanto à prescrição; e c) óbice da Súmula 83/STJ (fls. 544/549e), pelo que foi interposto o presente agravo (fls. 554/576e).

Decido.

Inicialmente, quanto à alegação de ofensa ao art. 535 do CPC, esta Corte possui entendimento firmado no sentido de que "Não há violação ao artigo 535 do CPC quando o Tribunal de origem, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos da recorrente, adota fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, apenas não acolhendo a tese da recorrente" (AgRg no REsp 1.239.343/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, DJe 22/10/13).

O Tribunal de origem resolveu a controvérsia de forma clara e sem contradições, ao afirmar que "em exceção de pré-executividade, a pessoa física que constar como responsável tributária e quiser impedir que seus bens sejam executados para satisfação da dívida fiscal da pessoa jurídica deve demonstrar que nunca foi sócia da empresa, ou que seus estatutos nunca lhe conferiram poderes de gestão, ou ainda que o débito decorre de auto-lançamento, não de lançamento de ofício. No caso dos autos, não há prova de que o próprio contribuinte lançou as contribuições devidas" (fl. 438e).

Quanto à citação do executado por edital, o Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que "A citação do devedor por edital só é admissível após o esgotamento de todos os meios possíveis à sua localização" (AgRg no REsp 1.044.953/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Primeira Turma, DJe 3/6/09).

No caso nos autos, o Tribunal de origem assim se manifestou (fl. 436e):

A execução fiscal foi ajuizada em face da STARPAC PLÁSTICOS INDUSTRIAIS LTDA e dos co-responsáveis em agosto de 2002 (fls. 31/33).

Desde então, diligenciou-se para realizar a citação do co-executado MITITOMO NISHIKA4 WA, como se comprova das certidões dos oficiais de justiça às fls. 52 e 70, no entanto revelando-se frustradas todas as tentativas. Cabível, portanto, a citação do co-executado por edital (vide fl. 74).

Dessa forma, a modificação do entendimento firmado pelo Tribunal de origem quanto à ocorrência de cerceamento de defesa do devedor pela intimação editalícia sem esgotamento dos demais meios previstos em lei configura incursão no contexto fático-probatório dos autos, defeso em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ.

Além disso, quanto à alegação de prescrição dos créditos, apesar de sere matéria de ordem pública, não foi debatida nas instâncias ordinárias, sendo inviável o conhecimento do recurso especial dada a ausência de prequestionamento. Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL E DA IMPETRANTE DO MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DECLARATÓRIOS ASSINADOS POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO. SÚMULA 115/STJ. POSTERIOR JUNTADA. VÍCIO INSANÁVEL. OMISSÕES NÃO VERIFICADAS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

**1. Carecendo de prequestionamento, o tema relativo à prescrição quinquenal, mesmo sendo de ordem pública, não poderia**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**ser apreciado de ofício por esta Corte, estando descaracterizada a omissão apontada pela Fazenda Nacional. Precedentes.**

2. Os embargos de declaração assinados por advogado sem procuração não devem ser conhecidos nesta Corte Superior (Súmula 115/STJ), constituindo-se, ainda, vício que não se sana pela posterior juntada do instrumento de mandato ou do respectivo substabelecimento.

.....  
4. Embargos de declaração da União rejeitados e da impetrante não conhecidos. (EDcl no REsp 988.032/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 14/2/13 - destacou-se)

AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. ARTS. 359, I, 372 E 514, II, TODOS DO CPC: AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. TRIBUTOS RECOLHIDOS NA SISTEMÁTICA DO SIMPLES POR SOCIEDADE POSTERIORMENTE EXCLUÍDA DELE E, ASSIM, COMPELIDA A PAGÁ-LOS SEM ESSA BENESSE. ART. 333, II DO CPC. O ÔNUS DA PROVA QUANTO À EXISTÊNCIA DO INDÉBITO (NO CASO, COBRANÇA EM DUPLICIDADE DOS MESMOS TRIBUTOS) COMPETE AO CONTRIBUINTE, NÃO AO FISCO. NEGADO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL.

1. Não houve o prequestionamento da matéria relativa aos arts. 359, I, 372 e 514, II, todos do CPC, ou seja, sobre eles não se manifestou o Tribunal de origem, de modo que não se verifica no acórdão recorrido qualquer menção a respeito da disciplina normativa neles contida, até porque desnecessária. **O prequestionamento, como requisito de admissibilidade para a abertura da instância extraordinária, é admitido não só na forma explícita, mas, também, implícita, o que não dispensa, em ambos os casos, o necessário debate acerca da matéria controvertida. Incide, portanto, o Enunciado 211 da Súmula de jurisprudência desta Corte.**

.....  
3. Com efeito, o ônus da prova cumpre, em regra, ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito; no caso dos autos, o direito alegado diz respeito à repetição do indébito, o qual, supostamente, constituir-se-ia a partir do recolhimento, em duplicidade, dos mesmos tributos, que teriam sido pagos tanto na sistemática do SIMPLES como fora dela, circunstância que não restou demonstrada, conforme consta no acórdão recorrido; na verdade, esse eventual pagamento duplo terá de ser demonstrado com a exibição de documentos que, ao certo, devem estar em poder do contribuinte, e não do Fisco.

4. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1.206.916/SC, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Primeira Turma, DJe 7/3/13 - destacou-se)

Por fim, é assente neste Superior Tribunal que, se o nome do sócio consta na CDA, a ele incube o ônus de provar que não agiu com excesso de poderes ou contrário a lei. O exame da ocorrência ou não das hipóteses de responsabilização tributária elencadas no art. 135 do CTN é matéria incompatível com exceção de pré-executividade, por demandar análise probatória. Nesse sentido:



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. PEDIDO DE EXPEDIÇÃO DE CERTIDÃO NEGATIVA DE DÉBITO EM NOME DO IMPETRANTE/AGRAVADO INDEFERIDO EM RAZÃO DE DÍVIDAS TRIBUTÁRIAS DA EMPRESA DA QUAL É SÓCIO. NOME DO SÓCIO NA CDA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ. INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA QUANTO À ALGUMA EXCLUDENTE DE RESPONSABILIDADE. PROVA REALIZADA, COM A CONCLUSÃO, PELAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS, DE INOCORRÊNCIA DAS HIPÓTESES DO ART. 135, III DO CTN. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL DO ESTADO DO ESPÍRITO SANTO DESPROVIDO.

1. O MM. Juiz de primeiro grau e o Tribunal Estadual afirmaram não ter ficado provado que o sócio (ora agravado) agiu com excesso de poderes, infração a lei ou ao contrato social nem a dissolução irregular da sociedade, razão pela qual mostrava-se ilegal a negativa de expedição de certidão de regularidade fiscal em seu nome, não obstante a dívida fiscal da sociedade.

2. Nesse contexto, não se trata de examinar abstratamente a tese de inversão do ônus da prova quando o nome do sócio constar da CDA, mas a própria existência dos requisitos do art. 135 do CTN, uma vez ter sido feita a prova necessária para afastar a responsabilidade pessoal do dirigente/sócio da pessoa jurídica; essa investigação, por óbvio, demandaria o reexame de matéria fático-probatória, sabidamente inviável na via eleita, a teor do enunciado 7 da Súmula desta Corte.

3. Agravo Regimental do Estado do Espírito Santo desprovido. (AgRg no AREsp 91.278/ES, Primeira Turma, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 19/6/12)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL SUBMETIDO À SISTEMÁTICA PREVISTA NO ART. 543-C DO CPC. EXECUÇÃO FISCAL. INCLUSÃO DOS REPRESENTANTES DA PESSOA JURÍDICA, CUJOS NOMES CONSTAM DA CDA, NO PÓLO PASSIVO DA EXECUÇÃO FISCAL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA DE DEFESA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INVIABILIDADE. RECURSO ESPECIAL DESPROVIDO.

1. A orientação da Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que, **se a execução foi ajuizada apenas contra a pessoa jurídica, mas o nome do sócio consta da CDA, a ele incumbe o ônus da prova de que não ficou caracterizada nenhuma das circunstâncias previstas no art. 135 do CTN, ou seja, não houve a prática de atos "com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos"**.

2. Por outro lado, é certo que, malgrado serem os embargos à execução o meio de defesa próprio da execução fiscal, a orientação desta Corte firmou-se no sentido de admitir a exceção de pré-executividade nas situações em que não se faz necessária dilação probatória ou em que as questões possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras.

3. Contudo, no caso concreto, como bem observado pelas instâncias ordinárias, **o exame da responsabilidade dos representantes da**



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**empresa executada requer dilação probatória, razão pela qual a matéria de defesa deve ser aduzida na via própria (embargos à execução), e não por meio do incidente em comento.**

4. Recurso especial desprovido. Acórdão sujeito à sistemática prevista no art. 543-C do CPC, c/c a Resolução 8/2008 - Presidência/STJ. (REsp 1.104.900/ES, Rel. Min. DENISE ARRUDA, Primeira Seção, DJe 1º/4/09, destacou-se)

Assim, a desconstituição do julgado não encontra campo na via eleita, dada a necessidade de revolvimento do conjunto fático-probatório, procedimento de análise próprio das instâncias ordinárias e vedado a esta Corte em recurso especial, a teor da Súmula 7/STJ, aplicável, também, aos recursos fundados em dissídio jurisprudencial.

Nesse contexto, portanto, oportuno advertir que a Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que o agravo regimental manifestado contra decisão monocrática cujo mérito esteja fundado em recurso especial julgado pela sistemática do art. 543-C, do CPC, está sujeito à multa prevista no art. 557, § 2º, do mesmo diploma (AgRg no REsp 1.025.220/RS, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 20/4/09).

Ante o exposto, nos termos do art. 544, § 4º, II, "b", do Código de Processo Civil, **conheço do agravo para negar seguimento ao recurso especial.**

Intimem-se.

As razões lançadas no regimental nada trazem de novo no sentido de se provocar alteração ou mesmo de vulnerar a conclusão assentada na decisão agravada. Em essência, repisa o recorrente a argumentação expendida no seu recurso especial.

Inicialmente, a matéria relativa à prescrição, apesar de ser de ordem pública, não foi enfrentada pelas instâncias ordinárias, tampouco questionada nos embargos declaratórios opostos pelo ora agravante.

Remanesce, assim, ausente o requisito do prequestionamento. Inviável, assim, sua apreciação em sede de recurso especial. Nesse sentido:

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DA FAZENDA NACIONAL E DA IMPETRANTE DO MANDADO DE SEGURANÇA. RECURSO ESPECIAL. PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. DECLARATÓRIOS ASSINADOS POR ADVOGADO SEM PROCURAÇÃO. SÚMULA 115/STJ. POSTERIOR JUNTADA. VÍCIO INSANÁVEL. OMISSÕES NÃO VERIFICADAS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. Carecendo de prequestionamento, o tema relativo à prescrição quinquenal, mesmo sendo de ordem pública, não poderia ser apreciado de ofício por esta Corte, estando descaracterizada a omissão apontada pela Fazenda Nacional. Precedentes.

2. Os embargos de declaração assinados por advogado sem procuração não devem ser conhecidos nesta Corte Superior (Súmula 115/STJ), constituindo-se, ainda, vício que não se sana pela posterior juntada do instrumento de mandato ou do respectivo substabelecimento.



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Aclaratórios não são cabíveis para a simples reforma do acórdão embargado, principalmente quando, nesta instância especial, as teses defendidas pela embargante estão assentadas em normas e princípios constitucionais, cuja competência para interpretar é do Supremo Tribunal Federal.

4. Embargos de declaração da União rejeitados e da impetrante não conhecidos. (EDcl no REsp 988.032/RS, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 14/2/13)

Quanto ao mérito, é assente neste Superior Tribunal que o exame da ocorrência, ou não, das hipóteses de responsabilização tributária elencadas no art. 135 do CTN é matéria incompatível com a via especial, por implicar nova cognição do acervo fático-probatório dos autos, vedada pelo verbete sumular 7/STJ. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. INADMISSÍVEL DO RECURSO ESPECIAL, QUANTO À ALEGADA VIOLAÇÃO E INTERPRETAÇÃO DIVERGENTE DO ART. 135, III, DO CTN, POR INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 7, 83 E 435 DO STJ.

1. Conforme consignado na decisão agravada, o recurso especial é manifestamente inadmissível, no ponto em que os recorrentes alegam violação e interpretação divergente do art. 135, III, do CTN, pois o acórdão do Tribunal de origem fundamentou-se na Súmula 435/STJ, segundo a qual "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".

2. No caso concreto, o juiz da execução concluiu que houve dissolução irregular da empresa executada, ora primeira recorrente, e que o sócio-gerente desta, ora segundo recorrente, não comprovou nem a baixa regular da empresa e nem a continuidade de suas atividades. O juiz da execução consignou, outrossim, que não foram localizados bens penhoráveis de propriedade da empresa executada, além do que ressaltou que o sócio-gerente desta poderá, após a garantia do juízo, interpor embargos e produzir alegações e provas de forma ampla no intuito de afastar a sua responsabilidade. O Tribunal de origem reafirmou a presunção de dissolução irregular da empresa executada. Assim, para se rever a conclusão das instâncias ordinárias, seria necessário o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado ao STJ, em sede de recurso especial, consoante enuncia a Súmula 7/STJ. Também foi aplicada ao caso a Súmula 83/STJ, do seguinte teor: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida."

3. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1.349.164/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, Segunda Turma, DJe 7/5/13)

PROCESSO CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. QUESTÃO DECIDIDA. DISSOLUÇÃO IRREGULAR. COMPROVAÇÃO E RESPONSABILIDADE DO SÓCIO-GERENTE. REEXAME. SÚMULA 7/STJ. ÔNUS DA PROVA. SÚMULA 435/STJ.

1. Não se verifica ofensa ao art. 535 do CPC quando o aresto a quo



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decide integralmente a controvérsia e se apresenta devidamente motivado, sem omissões, contradições ou obscuridades a serem sanadas. Ademais, o magistrado não está obrigado a rebater, um a um, os argumentos trazidos pela parte, desde que os fundamentos utilizados tenham sido suficientes para embasar a decisão.

2. Para modificar o juízo do acórdão recorrido e acolher os argumentos de que (a) a dissolução irregular da empresa não teria sido efetivamente comprovada, (b) o recorrente não mais integrava a sociedade à época da dissolução irregular e (c) o recorrente não teria vínculo direto com o ato abusivo que gerou a dissolução irregular, seria necessária uma minuciosa incursão no conjunto probatório dos autos, procedimento defeso em recurso especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

3. "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" (Súmula 435/STJ).

4. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp 1.276.594/PR, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe 21/3/13)

Além disso, dispõe a Súmula 393/STJ: "A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória". No caso, a instância ordinária entendeu que para verificação da tese de defesa da ora agravante, seria necessária dilação probatória, inviável em sede de exceção de pré-executividade (fl. 415e):

Como a exceção de pré-executividade, mero incidente da execução, não permite dilação probatória, ela somente se presta a resolver questões em que não haja controvérsia quanto aos fatos, mas apenas quanto ao direito aplicável.

Assim, não se poderia, sem prova pré-constituída, afastar a legitimidade passiva de sócios ou administradores da pessoa jurídica devedora.

Assim, atestar se as provas pré-constituídas são, ou não, suficientes para embasar o prosseguimento da exceção é tarefa que não pode ser realizada em sede especial, pois demandaria análise fático-probatória, exame que encontra óbice na Súmula 7/STJ. A esse respeito, vale conferir o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DISPOSITIVOS APONTADOS COMO VIOLADOS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. A Corte de origem não analisou, sequer implicitamente, os dispositivos apontados como violados, quais sejam 330; 585, VII; 586, todos do Código de Processo Civil. Incidência das Súmulas 282 e 356/STF.

2. A Corte de origem concluiu que a pretensão do recorrente



## SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**demandaria dilação probatória, sendo inadequada a via da exceção de pré-executividade para o desiderato. Incidência da Súmula 7/STJ.**

Agravo regimental improvido (AgRg no AREsp 257.169/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 4/3/13 - destacou-se)

Dessa forma, as razões lançadas no regimental nada trazem de novo no sentido de se provocar alteração ou mesmo de vulnerar a conclusão assentada no pronunciamento agravado.

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo regimental.

É o voto.