

Responsabilidade tributária



O Chamado de São Mateus - Hendrick Terbrugghen

S início com uma questão teórica que diz respeito à relação jurídica tributária e onde ela se posiciona dentro da estrutura da norma jurídica, onde a sujeição passiva encontra-se na estrutura completa da norma jurídica. Rapidamente - já que imagino que vocês devem ter visto isto inúmeras vezes - temos a estrutura lógica da norma jurídica completa, inicialmente idealizada por Kelsen quando ele escreveu a Teoria Pura do Direito, e que considerava que a norma jurídica completa era composta por duas normas, primária e secundária. A primária, na Teoria Pura, era o que hoje nós entendemos por secundária, era a norma eminentemente processual, e a de direito material era secundária. Na visão dele, a coercitividade é que efetivamente

regulava a conduta, por isso classificou como primária a que seria mais importante, que é a que tornava eficaz a norma jurídica, e a secundária de cunho material, menos importante, uma vez que não provida de coercitividade. Em sua obra póstuma, Kelsen reviu esse posicionamento, afirmando que em que pese a norma de direito processual ser aquela que imprime a coercitividade, como nós estamos tratando de estrutura lógica, não faria sentido essa inversão, primeiro há direito material, depois o processual.

Dentro do direito material, que desde aquela época passou a ser a norma primária, temos a dispositiva e a sancionadora. Na dispositiva, dada uma hipótese, deve ser a consequência; na sancionadora, dada o descumprimento da consequência da primária, deve ser a sanção. Assim, dado ao fato de eu aferir renda, dever ser minha obrigação de pagar imposto sobre a renda; dado ao fato de eu não ter pagado imposto sobre a renda, deve ser a sanção. Na secundária tenho a minha negativa, este “não” refere-se tanto ao consequente da primária dispositiva quanto da sancionadora – o “v”, em lógica, significa “e/ou”.

Dentro do processo de positivação, temos a norma que descrevi no *slide* anterior, o ato de aplicação de direito pelo ser humano, fato e relação jurídica. Dentro do fato e da relação, chegamos à sujeição passiva. Sujeito ativo, sujeito passivo, um objeto, uma prestação de dar ou de fazer. E o direito subjetivo, que é subjetivo porque temos sujeitos identificados e o mínimo deontico, que modaliza sua conduta em obrigatória, permitida ou proibida. Essa é a estrutura mínima necessária para que o direito possa obrigar alguém. Eu necessito de um objeto e no mínimo dois sujeitos, ativo e passivo.

Se vocês concordarem com o que foi posto até este momento, ótimo, daqui para a frente abordaremos algumas questões em que essas premissas teóricas não são aplicadas em muitas decisões. E em muitos entendimentos doutrinários. Quando tratamos, por exemplo, de decadência no que diz respeito ao sujeito passivo, e ele não for incluído num processo administrativo, e esse débito for redirecionado numa execução fiscal. Não estou tratando de dissolução irregular. Estou tratando da hipótese em que o ilícito ocorre no



“momento dois”, não vinculado ao fato gerador. Mas se meu ilícito é vinculado a esse fato gerador, existe um termo de verificação fiscal que aponta quem são esses sujeitos pretensamente responsáveis pela prática do ilícito, do crime contra a ordem tributária. E esses sujeitos não são intimados no processo administrativo e, portanto, não se defendem administrativamente, esse débito é redirecionado em fase de execução fiscal. Ocorreu ou não a decadência para as pessoas físicas? Se pensarmos que relação jurídica é um vínculo estabelecido entre no mínimo dois sujeitos e um objeto, tenho por obrigação identificar todo aquele que é devedor quando constituir uma relação.

Existe em Lógica um princípio que é o da identidade, que é um princípio que estabelece que P é igual a P . Então, se algo é branco, ele é branco, se algo é amarelo, é amarelo, se eu sou contribuinte, eu sou contribuinte, sempre P é igual a P . Isso significa que, se eu constituo uma relação jurídica que eu tenho como credor a Fazenda Nacional e como devedora a Maria Rita, o meu $P=P$ só pode ser a Maria Rita, a devedora. Este sujeito passivo Maria Rita Ferragut é diferente do Prof. José Eduardo Soares de Melo, são sujeitos diversos. Se decadência é decurso de prazo para constituição de relações jurídicas, se eu constituo uma relação jurídica Fazenda Nacional e Maria Rita, a relação constituída não é José Eduardo Soares de Melo. Nessa medida, se a Fazenda sabe que esse ilícito ocorreu e ela tem como identificar os sujeitos responsáveis durante a fiscalização, tanto é que ela os identifica no termo de verificação fiscal, a nossa premissa teórica nos guia a essa conclusão. Então, se entendermos que a relação jurídica é o vínculo estabelecido entre no mínimo duas pessoas que tenham como objeto uma obrigação de dar ou de fazer, e que $P=P$ (princípio de identidade) é aplicável ao direito em todas as situações, não há como não reconhecer a decadência nos casos em que o administrador não é incluído no auto de infração.

Sujeito passivo é pessoa física ou jurídica que consta de uma relação jurídica tributária. O sujeito que praticou o ilícito, mas em nenhum momento é chamado para figurar no polo passivo de uma relação, na minha visão não é sujeito passivo. Nas

situações de substituição tributária, nos regimes monofásicos, será que os sujeitos do meio da cadeia são sujeitos passivos? Algumas pessoas entendem que sim e outras que não. A minha questão é: se não há nenhum crédito constituído contra um intermediário dessa cadeia, uma empresa que está ali no meio, como vem no processo de industrialização, como é que eu posso dizer que ela é devedora? Não há nada, não há declaração em nome dela, não há auto de infração em nome dela, então a relação jurídica não foi estabelecida.

Uma outra premissa importante é a questão da inexistência de previsão constitucional do sujeito passivo tributário. Esse é também um ponto em relação ao qual a doutrina se divide, muitas pessoas não concordam com isso: para mim inexistente previsão constitucional, a Constituição prevê materialidades, então eu posso tributar a renda, eu posso tributar a receita, a importação, a prestação de serviço mas ela não traz um elemento de quem seja o sujeito obrigado a levar dinheiro aos cofres públicos. Eu sei que por conta da capacidade contributiva e do fato de a tributação ser uma incursão no patrimônio privado, legítima desde que aquele fato que o sujeito praticou revele uma riqueza, deve existir alguma relação entre a riqueza produzida e o sujeito que figura naquele polo passivo. Se não foi o sujeito que manifestou a riqueza propriamente dita, deve ao mínimo ser uma pessoa vinculada a ele ou àquela materialidade: o imóvel que ele está adquirindo, o carro que ele está adquirindo que de alguma maneira permita que aquele terceiro possa se ressarcir, ou retenção na fonte ou ressarcimento, daquele valor que ele pagou por conta de um fato jurídico tributário não praticado por ele. Mas quem define se é o vendedor do imóvel ou o comprador do imóvel é a lei complementar, de acordo com o art. 146, III, da Constituição Federal.

Passemos às espécies de sujeito passivo. São elas: contribuinte e responsável. Contribuinte é o sujeito que praticou o fato jurídico, e responsável aquele que não praticou mas que, em função de uma previsão legal, é colocado na situação de devedor.

Dentre as espécies de responsabilidade tributária que a doutrina normalmente elenca como existentes no direito brasileiro, temos cinco. Algumas pessoas não concordam com isso e entendem



que teríamos apenas três espécies, e solidariedade, por exemplo, seria um efeito da substituição. O que é um entendimento completamente defensável. Para mim parece que é mais fácil e tranquilo trabalhar com essas categorias se nós definíssemos assim: substituição, solidariedade, sucessão, terceiros e infração. A substituição que eu coloquei aqui como “ST”, como hoje é denominada, é quando tenho um terceiro que não aquele que praticou o fato jurídico. Desde o início ele figura como sendo o devedor daquela relação, desde o início, desde a constituição, seja por ele, seja pela Fazenda. Ele figura como devedor daquela obrigação. Na solidariedade temos dois ou mais responsáveis pelo pagamento. Sucessão, um contribuinte ou um terceiro deve, ocorre um fato qualquer não tributário que enseja o deslocamento da sujeição passiva para um terceiro. Essa responsabilidade por sucessão pode ser por um fato lícito qualquer, como num caso de falecimento, de uma morte, como por um ilícito na aquisição de um estabelecimento, que até no finalzinho eu vou ver um pouco com vocês, quando se adquire um estabelecimento comercial e não se tomam algumas precauções. Já na responsabilidade de terceiros, temos o famoso artigo 135 do CTN, que é uma forma, na minha visão, extremamente eficaz, juntamente com a substituição tributária, de arrecadação, porque todas essas regras de responsabilidade existem há muitos anos, desde o advento do CTN.

Se é assim, por que é que atualmente as pessoas discutem tanto responsabilidade tributária? Porque passou-se a aplicar demais esta questão. Foi um remédio legal que o aplicador do direito encontrou porque de fato dentro de uma sociedade – e essa é uma constatação que eu tenho no meu dia a dia profissional – quando lidamos com empresas de executivos em que o sujeito é contratado para administrar uma empresa e o Fisco vem e redireciona o processo para ele – não estou falando de fraude, não – um redirecionamento porque o sujeito era administrador, ele era o controller, o diretor financeiro, há esse redirecionamento. Muitas empresas pagam, elas não querem que aquele executivo seja envolvido num débito da pessoa jurídica em relação à qual ele não teve qualquer atitude incorreta. Nessa medida, a redirecionamento tornou-se

medida muito eficaz do ponto de vista de arrecadação. E aqui não estou fazendo qualquer juízo de valor, se isto é certo ou errado. O que estou dizendo é que o CTN prevê essa possibilidade e hoje em dia o Fisco a utiliza muito. O que para mim é uma constatação, vamos dizer assim, é que, a partir do momento em que se passou a arrecadar mais por conta de o administrador estar envolvido no polo passivo das execuções, houve um exagero por parte do credor - Fisco, de envolver todo e qualquer devedor. Nós tínhamos um determinado momento que só a pessoa jurídica era responsável, existiam inúmeras situações de sonegação, de crime contra a lei tributária, e o administrador, em que pese poder responder pelo débito, não o era. Aí a balança vai para o outro lado, e se incluem todos os administradores. Sejam aqueles que participam de um ilícito, sejam aqueles que estão administrando uma empresa completamente regular. É necessário achar esse ponto de equilíbrio.

Acredito que o papel do Judiciário seja extremamente relevante, e é o único que pode resolver. Não dá pra ser radical de um lado e radical do outro. Tive uma experiência há alguns anos de um diretor da Kodak, em que o Fisco fez uma auditoria por amostragem e comparava a receita de vários anos dizendo que ali havia fraude, indício de omissão de receitas e incluía o administrador na execução fiscal na qualidade de sujeito passivo solidário. Mas qual foi o elemento probatório utilizado pelo fiscal à época para chegar à conclusão de que houve a fraude? O fato de a Kodak ter faturamento médio de X milhões e de repente a receita diminuir bruscamente. Ora, isso era um fato real? Era. Interpretação é texto e contexto. A Kodak há 10, 15 anos devia ser uma grande contribuinte de tributos federais. Era uma grande empresa, empregava muitos funcionários. Mas por quê? Todos nós consumíamos o filme, você tirava foto com filme, e você comprava filme da Kodak. Com o advento da câmera digital, poucas pessoas ainda consomem esse produto, então não dá pra uma empresa daquela dimensão manter o mesmo faturamento que ela tinha há dez anos. Isso é impossível. E não há fraude ou ilegalidade nisso, são condições do mercado.

Uma outra situação que tomei conhecimento foi da Olivetti, máquinas elétricas. Quando comecei a estagiar, tive o prazer de



trabalhar com o Dr. Aires Barreto. Eu estava no primeiro ano da faculdade e me sentia muito orgulhosa, pois apenas eu e uns 2 ou 3 amigos meus, que estagiavam no Pinheiro Neto e no Mattos Filho, tinham a máquina elétrica da Olivetti. Para todos os demais, a máquina era manual. E isso não faz tanto tempo assim... Mas será que hoje em dia alguém sai para comprar uma máquina da Olivetti? O contexto social e econômico se alterou, e ele não pode ser desprezado quando se decide um caso concreto. Idem para o envolvimento do administrador nos passivos fiscais. O ponto de equilíbrio pode ser encontrado pelo Judiciário, por meio das provas. Se o sujeito cometeu algum ilícito, ele deve necessariamente constar do polo passivo, a legislação infraconstitucional permite, a legislação constitucional permite, ele responde com patrimônio particular de uma forma ilimitada. Eu entendo que isso é totalmente constitucional. Qual é o meio para que essa legalidade seja preservada? Que se tenham provas contra esse sujeito.

A jurisprudência do STJ, como as senhoras e os senhores bem sabem, entende que não é necessária a prova do ilícito, bastando a inclusão do nome do administrador na certidão de dívida ativa, ato jurídico eivado de presunção de validade. Mas se vocês analisarem essas decisões do STJ, constatarão que elas não dizem respeito ao conteúdo do ato jurídico e sim à forma. Então o procedimento de introdução daquele ato é presumidamente válido, ou seja, órgão e procedimento. É processo de constituição, fonte do direito, e não conteúdo do ato em si: envolver a Maria Rita ou qualquer outra pessoa. A presunção que recai é sobre o ato mas esse posicionamento acabou sendo um pouco desvirtuado, e hoje todos entendem que o posicionamento do STJ é no sentido de que a CDA possui presunção de validade e o Fisco não precisa apresentar qualquer prova. Acho isso temeroso porque compete a quem alega provar. E não adianta dizer assim, “ah, essa prova é impossível de ser produzida”. Não é impossível de ser produzida.

Tive oportunidade de participar, há alguns anos, de um projeto da Receita Federal em que o foco era a discussão da responsabilidade tributária, em vários aspectos. E nós tivemos reuniões quinzenais durante 1 ano e meio. E num determinado momento

essa questão foi abordada e a Procuradoria não concordava com o que eu estava dizendo, pois alegava que a produção de provas era inviável. Como é que o Procurador vai fazer para produzir essa prova, perguntavam? E respondia que ela cabia ao auditor. Quando a execução fiscal chega para o Procurador, a prova, de fato, é de produção praticamente impossível, pois ele não tem como retornar à empresa e descobrir quem foi a pessoa física responsável pela prática daquele ilícito. Isso não dá. Se o processo não chegar com todos os subsídios, é um esforço vão. Ocorre que o auditor fiscal, ao se dirigir até a empresa, tem todos os elementos disponíveis. Passemos agora à responsabilidade do administrador por fraude, que de antemão exclui débitos declarados e não pagos, os quais são incluídos na dissolução regular. Se a pessoa declarou e não pagou, não há que se falar em ilícito do administrador porque o débito está declarado. Então não há auto de infração.

A segunda hipótese é de haver auto de infração. Se há auto de infração, o auditor foi até a empresa e verificou que havia um ilícito e, da mesma forma que o auditor intima a pessoa, apresenta talonário de notas fiscais, os livros, os extratos bancários, ele pode intimar a pessoa jurídica para que apresente o autor desse crime contra a ordem tributária. Daí as pessoas falavam assim: “ah, Rita, quem é que vai responder isso?”. Talvez ninguém responda, mas a função administrativa está sendo adequadamente cumprida.

Se o auditor fiscaliza, tem acesso a um indício, a uma prova direta de fraude, preciso descobrir a autoria deste fato. Se a pessoa jurídica se nega a apresentar a autoria, aí eu, auditor, escrevo isso no meu relatório fiscal dizendo que não foi apresentada autoria e aí envolvo o controle, o diretor financeiro, o gerente, dependendo da estrutura daquela empresa. Mas eu tive como subsidiar o julgador depois. Seja o julgador do Carf ou V.Exas., você tem elemento para decidir. O problema é quando o processo chega sem provas. Estava participando de um evento semana passada com Dr. Renato Becho e ele fez uma colocação bem engraçada, com que eu concordei. Ele falou assim que o juiz devia ter direito de opor embargo de declaração. Não sei se era brincadeira ou se era sério, mas eu achei que foi muito feliz essa colocação. Porque tem situações em que vocês



precisam decidir apesar das provas e, se não tem provas, como é que eu decido? Se o Fisco alega que a Maria Rita cometeu um ato de má gestão, ele precisa descrever adequadamente qual é esse ato e indicar qual é a autoria. Se não o faz, é como se o Direito permitisse que as pessoas fossem responsabilizadas apesar dos fatos que elas praticam. Porque veja bem, se a gente levar até a última consequência – e aí eu não estou querendo trabalhar com exceção, mas isso é uma realidade, infelizmente no Direito brasileiro – alega-se e não se prova. Qual é a segurança jurídica que eu tenho de que só paga imposto de renda quem auferir renda, só paga imposto de importação quem importar, só paga o ICMS quem circular mercadorias, se a prova é irrelevante? Para mim, a legalidade e a segurança jurídica só são concretamente atingíveis mediante produção probatória.

Nós vivíamos um determinado momento histórico e época. Assim, o professor Geraldo Ataliba insistia muito na reflexão da Constituição, que a Constituição era muito importante, que nós tínhamos que estudar a Constituição e que a Constituição era tudo. Ele tinha uma retórica toda particular, quem teve oportunidade de assistir a alguma apresentação dele sabe disso, ele defendia coisas que ninguém mais conseguiria. Se ele chegasse aqui e dissesse que esta sala é vermelha, nós sairíamos daqui acreditando que esta sala é vermelha, tamanha era a retórica que ele tinha, mas uma retórica extremamente importante para um momento em que as pessoas esqueciam que a Constituição existia. Era tudo instrução normativa. Só que esse momento já passou. Tivemos um segundo momento em que tudo era tese fiscal. Só tínhamos teses fiscais. Esta página também já está virada e hoje o que nós precisamos é analisar provas. E essa retórica é fundamental para persuasão, para o livre convencimento motivado de vocês. Então o Fisco precisa entender que essa prova é possível e necessária e o Judiciário, na minha visão, precisa, com todo respeito, acatar, senão qualquer alegação basta e aí não há segurança jurídica que se sustente. Basta que eu autue, por que eu tenho uma constituição com divisão constitucional de competências? Claro que eu estou levando à última instância, mas a consequência é essa, eu simplesmente não vejo outra.

Um avanço que identifico, e que sei que o meu caro professor José Eduardo tem as suas divergências, é a questão da Portaria 180/10, da Procuradoria, que, em minha visão, é um grande avanço na questão da produção probatória. Claro que ela deve ser ainda melhorada, mas nem por isso deixa de ser um avanço. Ela estabelece que a partir de junho desse ano os responsáveis devem estar incluídos na certidão de dívida ativa, e que esta inclusão deve ser fundamentada nas provas apresentadas. Se essa inclusão for feita posteriormente, como no caso do artigo 4º, os documentos probatórios da autoria da infração, precisam estar juntados. Se não o fizer, haverá invalidade da inscrição e conseqüentemente da execução fiscal. Inscrição inválida, execução fiscal também inválida. Esta é a consequência, mas o ponto extremamente positivo é que em que pese o STJ se firmar no sentido de que essa prova é desnecessária, a Procuradoria vem dizendo que não, o Sr Procurador deve municiar a execução com provas. Da mesma forma que a tese dos 10 + 10 era pacífica no STJ e que a sociedade não acatou essa tese, nem o Fisco nem o próprio Judiciário, ela vigorava. Para mim, a presunção de validade, apesar das provas, deve ser revertida no futuro, e eu espero que se reverta, efetivamente.

Decadência e processo administrativo. Crédito tributário, como inicialmente coloquei para vocês, é conceito relacional. Constituir o crédito é constituir uma relação jurídica, um objeto e dois sujeitos, credor e devedor. Para isso eu devo fazer num determinado prazo, que é o que a lei imputa, e, se eu não fizer por inércia, perco o direito de constituição. O administrador que é identificado durante a fase de fiscalização como responsável pela prática do ato ilícito, e não é intimado para se defender do processo, contra ele impera a decadência. Sem dúvida alguma, o crédito não foi constituído contra aquele administrador. Diferentemente da dissolução que ocorre no momento posterior, e então não há inércia qualificada. Mas, no ilícito vinculado ao fato gerador, há inércia.

Tenho uma decisão relativamente recente, muito interessante doutrinariamente, do TRF2. Tratava-se de uma situação de uma fraude, com interposição fraudulenta, uma operação estruturada em que existiam laranjas participando. A Receita Federal



lavrou o auto de infração contra um determinado distribuidor que ficava no Espírito Santo, e do começo ao fim do relatório fiscal mencionou os dois sócios, que eram os laranjas, etc. Tinha todo um descritivo de responsabilidade para aquelas pessoas, de crime cometido contra o erário. Eles não foram intimados do auto de infração, só a pessoa jurídica que estava inativa, e não foi localizada. A dívida foi inscrita, e no processo de execução foram apresentadas defesas via embargos à execução. Perderam em primeira instância, recorreram e o processo hoje se encontra no TRF para decisão da apelação. Até então, a empresa e as pessoas físicas perderam tudo. Nesse meio tempo, essas duas pessoas físicas impetraram um mandado de segurança dizendo “Sr. Juiz, eu fui acusado em 50 folhas daquele relatório fiscal e eu não tive oportunidade de me defender administrativamente. Quero a reabertura do processo administrativo.” O juiz não deferiu a liminar, não concedeu a segurança mas o Tribunal, no final do ano passado, e por unanimidade, reformou a sentença, por entender que “se o sujeito foi acusado de um crime, ele tem direito de se defender. Então reabra-se o processo administrativo intimando essas pessoas físicas para apresentação de defesa”. E é o que está ocorrendo agora. As pessoas físicas foram intimadas, está no prazo ainda de apresentação de impugnação e esse processo foi reaberto. E onde eu quero chegar com vocês: é um débito acima de 100 milhões de reais, em que até agora tudo foi perdido, a apelação está no TRF2, as duas pessoas físicas são pessoas de bens, são ricas, e estão iniciando uma defesa administrativa em que será alegada a nulidade da CDA porque o processo administrativo foi reaberto. Então o título, que tem que ser certo, líquido e exigível, não o é, e há decadência com relação às pessoas físicas.

Se vocês me perguntarem se eu acredito que existe a possibilidade de êxito diante de um débito tão elevado, com um relatório bem feito pela Receita, eu diria que não, porque dificilmente um juiz decidiria pela decadência. O lado emocional conta, pois o juiz é um ser humano impregnado de valores. Mas se abstrairmos essas peculiaridades fáticas e analisarmos exclusivamente o direito, não vejo como não se decidir favoravelmente às pessoas físicas, com base na

decadência. E ainda que essa não seja a decisão do Judiciário, em última análise um processo que já está no Tribunal será anulado, com o reinício de toda a discussão e vários anos de lide.

Continuando a questão da decadência, a possibilidade de substituição da CDA é diversa de contagem de prazo decadencial na minha visão, isso pode ocorrer, sempre, a legislação permite, desde que esses dados não estejam decaídos.

Indicação do sócio na certidão de dívida ativa para mim é necessário e a Portaria 180 corrobora esse posicionamento. Uma coisa é a legitimidade passiva que pressupõe a legitimidade material, e a outra é a questão da sujeição passiva na execução fiscal. Então fui citado, já sou sujeito passivo dessa execução fiscal e possuo legitimidade processual, que é diversa da legitimidade material que pressupõe a prova. O responsável tributário é sujeito passivo a partir de sua citação, mas o processo não deve se desenvolver validamente caso não exista nenhum indício de que há algum ato de má gestão por parte daquele administrador.

Aqui é a continuidade do que eu coloquei e a ilegalidade que existe na inobservância dessa indicação está nos artigos 202 e 203 do CTN e na lei de execuções fiscais. O posicionamento do STJ é em sentido diverso, é de que é dispensável essa apresentação de provas de que falei.

Uma outra questão que gostaria de tratar e considero como extremamente importante, e que foi um assunto que tive conhecimento na metade do ano por conta de discussões com a Procuradoria, e que me assustou.

Está sumulado pelo STJ - Súmula 435 - que a não localização da empresa gera presunção relativa de dissolução irregular. Empresa inativa não é mais considerada a de dissolução irregular. O primeiro ponto que coloco é de quem é o sócio responsável no caso de dissolução irregular. Para mim é o sócio responsável pela dissolução, porque é esse o ilícito. Então imaginem que tem uma empresa que declara e não paga, essa empresa é vendida e depois ela desaparece. O sócio responsável deve ser aquele que era sócio à época do desaparecimento, não à época da prática do fato gerador em que esses débitos foram declarados, ou mesmo que fosse auto



de infração, mas que a empresa foi localizada. A infração é única, e refere-se exclusivamente ao desaparecimento.

A Portaria 180 considera que os dois são responsáveis: tanto o sócio da época do fato gerador quanto o sócio da dissolução irregular.

O ponto polêmico dessa questão toda é a questão da comprovação. Como provo a dissolução irregular? O STJ entende que é certidão do oficial de justiça. Essa é a forma da comprovação da dissolução irregular. Se essa jurisprudência, que é pacificada no STJ, vai mudar, eu não sei, pode ser que ela mude. Mas hoje, se nós tirássemos uma fotografia, eu só provo dissolução irregular com certidão do oficial de justiça, para o STJ. Devolução de AR negativo não é prova de dissolução irregular.

E qual o problema que se coloca? A forma ordinária de citação é o AR. Oficial de Justiça ou edital são meios excepcionais previstos em lei. O AR retorna negativo, uma ou duas vezes. A Procuradoria requer o redirecionamento com base na não localização da empresa. Qual é o despacho que vem sendo dado? Credor ou Procurador, informe o novo endereço para que o oficial de justiça se dirija até a devedora, e nós possamos citá-la. Ocorre que o Procurador não sabe qual é o novo endereço. É uma situação de dissolução irregular, ele não tem como comprovar qual é esse novo endereço. Na verdade, o pedido do Procurador é para que o oficial de justiça vá e constate a não localização, uma vez que o STJ entende que é necessária essa certidão do oficial. Essa é a função, e não a de citação, porque o Procurador não sabe onde o sujeito está, ele desapareceu. E o Judiciário só defere o redirecionamento se for apresentado um endereço novo. Quando não é apresentado esse endereço, ele indefere. E então como a Procuradoria produz prova? Ela não produz, e o advogado ganha tranquilamente no STJ, porque eu excludo a pessoa física do polo passivo dessa relação. Se vocês concordam ou não com essa decisão, é outra história. O que eu gostaria de chamar a atenção é que a produção probatória é muito complicada nessa situação, porque realmente, se não houver a citação pelo oficial de justiça, a dissolução não é comprovada.

Como alternativa, existe uma decisão do desembargador

Carlos Muta, aqui do Tribunal, em que depois de várias tentativas da Procuradoria em solicitar o envio do oficial de justiça para atestar a não localização, eles protocolaram um pedido de constatação de não funcionamento da atividade empresarial, e o desembargador o deferiu. Neste caso concreto, portanto, o oficial de justiça foi até a empresa para constatar a inatividade e a não localização dessa empresa.

Passemos ao prazo para redirecionamento, que é de 5 anos da constatação do ilícito. Isso é uma coisa muito complicada porque, se nós considerarmos 5 anos de ilícito, pode ser qualquer prazo, podemos chegar a 40 anos! Sim, isso é verdade, mas não dá pra ser diferente porque até então eu não tenho o fato que autorize o redirecionamento. E se ele foi praticado depois de 10 anos do processo de execução, paciência, é a partir desses 10 anos que se dissolveu, e é a partir dali que deve ser feito o redirecionamento. Menos que isso seria punir o credor de uma forma indevida.

Para encerrar, eu gostaria de trazer para vocês a questão da prescrição no redirecionamento. O prazo prescricional conta-se da citação do devedor para o redirecionamento. O devedor, no caso, a pessoa jurídica, o contribuinte. A partir do momento dessa citação, em 5 anos deve ser o redirecionamento. Se não for, tem prescrição intercorrente. Era uma posição consolidada. Existe uma decisão agora de 8 de outubro, que foi dada pela Segunda Turma do STJ, que diz o seguinte: a posição está firmada nesse sentido, mas o contexto em que essas decisões foram dadas era em outro contexto, do artigo 40 da LEF, em que não havia nenhuma relação com inércia do credor. Eu não posso generalizar prazo prescricional, de 5 anos para todas as situações. O prazo prescricional deve se contar no caso de ilícito praticado pelo administrador, em 5 anos do fato ilícito descoberto, durante um processo de execução.

No caso concreto desta decisão que mostro a vocês, o sujeito embarga a execução, depois solicita um parcelamento, vai pagando, pagando, e desaparece antes de quitar a dívida. A pessoa jurídica pretende usar dos cinco anos da citação do devedor e, assim que se passam os cinco anos, a empresa desapareceu. A Procuradoria tentou redirecionar a execução, e alegava prescrição intercorrente.



O STJ decidiu que não, pois durante o adimplemento do parcelamento o devedor embargou e depois parcelou. Então, durante o pagamento do parcelamento, não existia qualquer tipo de inércia do credor, ele não poderia redirecionar porque o devedor estava cumprindo com sua obrigação. Então esse fato não tributário, que originaria o redirecionamento, inexistiria no caso concreto. Esse é o exemplo usado nesta decisão. O prazo prescricional é de cinco anos da descoberta do ilícito e não da citação. Talvez existam outras, mas é a primeira que eu tenho conhecimento, do STJ, que muda o entendimento de que o redirecionamento deve ser sempre de cinco anos da citação do devedor.

