



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0215759-5

AGRAVANTE: São Mateus Comércio e Indústria Ltda.

AGRAVADO: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)

RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

EMENTA: AGRAVO DE INSTRUMENTO EM EXECUÇÃO FISCAL. NÃO CONHECIMENTO, PELO JUÍZO SINGULAR, DE EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO EXECUTIVA. ALEGAÇÃO IDÊNTICA JÁ APRECIADA NA SENTENÇA PROFERIDA NOS RESPECTIVOS EMBARGOS À EXECUÇÃO. PRECLUSÃO. PRESCRIÇÃO INTERCORRENTE. INOCORRÊNCIA. SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO PROVOCADA PELA PROPOSITURA DOS EMBARGOS. AGRAVO IMPROVIDO. 1. Quanto à tese recursal concernente à suposta prescrição da pretensão executiva, trata-se de matéria prejudicada, haja vista que, por ocasião da prolação (em 06/05/2010) da decisão objeto deste agravo, o Juízo singular já havia sentenciado (em 02/02/2010) os respectivos embargos à execução fiscal, no âmbito dos quais a parte excipiente/agravante tinha deduzido alegação idêntica. 2. Nesse cenário, não deveria mesmo o magistrado de piso conhecer da alegação em comento, na medida em que, quanto a este aspecto específico, a exceção de pré-executividade encontrava-se prejudicada, passando a veicular matéria preclusa, agora pendente de apreciação em sede de apelação ajuizada contra a sentença dos embargos. 3. Por outro lado, remanesce passível de exame o argumento consistente na eventual consumação da prescrição intercorrente, posto constituir questão de ordem pública não abordada anteriormente nos embargos à execução fiscal. 4. Todavia, neste particular, revela-se insubsistente a insurgência da parte agravante, tendo em conta o efeito suspensivo desencadeado pela propositura (em 1997) dos embargos à execução fiscal, não havendo, portanto, que se cogitar em prescrição intercorrente no bojo da ação executiva. 5. Agravo improvido, à unanimidade dos votos.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos do Agravo de Instrumento nº 0215759-5, acima referenciado, acordam os Desembargadores integrantes da 2ª Câmara de Direito Público deste Tribunal de Justiça, à unanimidade, em negar-lhe provimento, nos termos do voto do Relator, que integra o acórdão.

Recife, 25 de maio de 2013 (data do julgamento).


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator

166



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0215759-5
AGRAVANTE: São Mateus Comércio e Indústria Ltda.
AGRAVADO: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)
RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

RELATÓRIO

Trata-se de **agravo de instrumento** interposto em face da seguinte decisão, proferida pelo Juízo da 1ª Vara dos Executivos Fiscais Estaduais da Comarca da Capital, nos autos da **Execução Fiscal** NPU 0107964-46.1996.8.17.0001:

“Trata-se de EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE (fls. 26/29) em que, resumidamente, pretende a Executada, SÃO MATEUS COMÉRCIO LTDA., o reconhecimento da prescrição intercorrente. Argui para tanto que o crédito tributário teria sido constituído definitivamente em 1981 (mil novecentos e oitenta e um), mas a ação de execução fiscal só foi proposta mais de 15 (quinze) anos depois. Assim, o título executivo que embasa ação executiva não se revestiria dos requisitos legais, porquanto não apresentaria liquidez, certeza e exigibilidade. Em face de tais fatos, requer a excipiente a extinção do feito executivo e condenação da excepta em custas e honorários advocatícios.

Instada a se manifestar, a Fazenda Pública (fls. 40/46), argüiu preliminarmente, a impossibilidade de utilização da via excepcional em sede de execução fiscal, cabendo em seu lugar a oposição de embargos à execução, bem assim que a arguição de prescrição, no caso em tela, requer mais do que a simples análise dos autos, fazendo-se mister a apresentação de provas documentais, o que seria incabível em sede de exceção de pré-executividade. Aduziu também, lançando mão do disposto no art. 174 do CTN, assim como da noção de constituição definitiva do crédito tributário aceita pela doutrina majoritária, que tal data apenas pode ser aferida através da análise do processo administrativo tributário, uma vez que houve impugnação no referido processo e apenas a partir da intimação desta é que se teria iniciado o prazo prescricional. No mérito, assevera que em 13 (treze) de dezembro de 1984 foi concedida medida liminar em mandado de segurança suspendendo a exigibilidade do crédito tributário, na forma do art. 151 do CTN. Ulteriormente, em grau de apelação, teria sido julgado improcedente o mandado de segurança, implicando a substituição da CDA em junho de 1996 (mil novecentos e noventa e seis), ocorrendo a citação da ora excipiente em junho de 1997, o que teria afastado definitivamente a prescrição, segundo o disposto no art. 174 do CTN.

DECIDO.

Expostas as arguições das partes, faz-se mister perquirir o tratamento conferido pela doutrina e jurisprudência à exceção de pré-executividade, com vistas a aferir a possibilidade de utilização do referido instituto nesta lide.

(...) a utilização do indicado expediente processual pressupõe que os fatos alegados prescindam de dilação probatória, sendo possível seu acolhimento como verdadeiros *prima face*, quer dizer, sem que seja necessário intimar-se as partes para que as mesmas se manifestem sobre os elementos trazidos aos autos com a exceção ou sua impugnação.



167



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Observa-se, desta feita, que o fato de a excepta ter aportado fatos novos, não constantes dos autos, inclusive com apresentação de documentos, fatos estes que ilidiriam por completo a arguição de prescrição aduzida pela excipiente, afasta definitivamente a adequação da multicitada via no presente caso. É que, para que fosse respeitado o princípio do contraditório, a intimação da excipiente, para se manifestar sobre os novos fatos trazidos pela excepta, bem assim sobre os documentos que instruem sua impugnação, seria obrigatória. Contudo, não se pode se pode olvidar que a presente lide consiste em ação de execução, a qual, em razão de suas especificidades, consubstanciadas no fato de não visar à prolação de uma sentença de mérito, mas sobretudo a implementar na prática um direito, a princípio, já certo, apresenta o seu contraditório diferenciado daquele existente nas ações de conhecimento.

(...) A via da exceção de pré-executividade, conforme adiantado, pressupõe o atendimento de uma série de requisitos para que possa ser apreciado, um dos quais, que não seja necessária dilação probatória, requisito este ausente no presente caso, visto que foram levantados fatos novos pela excepta para afastar as arguições da excipiente.

(...) Por estas razões, DEIXO DE CONHECER DA EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE, e determino, em prosseguimento da presente Execução Fiscal, com vistas dos autos à Fazenda Pública para que requeira o que entender de direito, haja vista o longo tempo decorrido de sua última manifestação nos autos. Após a manifestação, voltem-me os autos conclusos. (...) Fls. 71/75. Transcrição parcial.

Inconformada, a parte agravante sustenta, em resumo: (i) a prescrição da pretensão executiva, uma vez que, constituído definitivamente o crédito exequendo em 1983, a Fazenda Estadual somente poderia cobrá-lo até 1988; (ii) que, no entanto, a propositura da execução em comento ocorreu em 1996; (iii) que não prosperaria a alegação fazendária de que o crédito exequendo estava com a sua exigibilidade suspensa por força de liminar concedida em mandado de segurança; (iv) que a comprovação da mencionada suspensão caberia ao exequente, na forma do art. 333, II, do CPC; (v) de todo modo, teria incidido à espécie a prescrição intercorrente.

Sob essa perspectiva, pede o provimento do agravo, com a decretação da prescrição suscitada.

O Estado de Pernambuco apresentou resposta, defendendo a manutenção do *decisum* questionado (fls. 92/163).

É o relatório.

Inclua-se em pauta para julgamento oportuno.

Recife, 12 de abril de 2013.


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 0215759-5
AGRAVANTE: São Mateus Comércio e Indústria Ltda.
AGRAVADO: Estado de Pernambuco (Fazenda Estadual)
RELATOR: Des. Francisco Bandeira de Mello

VOTO

Quanto à tese recursal concernente à suposta prescrição da pretensão executiva, considero tratar-se de matéria prejudicada, haja vista que, por ocasião da prolação (**em 06/05/2010**) da decisão objeto deste agravo, o Juízo singular já havia sentenciado (**em 02/02/2010**, cf. fl. 110) os respectivos embargos à execução fiscal (Processo NPU 0044065-40.1997.8.17.0001), no âmbito dos quais a parte excipiente/agravante tinha deduzido alegação idêntica.

Confira-se o seguinte trecho do ato sentencial em referência:

“SÃO MATEUS COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA, na forma do art. 16 e seguintes da Lei nº 6.830/80, opôs os presentes Embargos à Execução Fiscal tombada sob o n.º 001.1996.107964-0, essa última proposta pelo ESTADO DE PERNAMBUCO, **arguindo, em síntese, prescrição do crédito tributário, porquanto os fatos geradores teriam ocorrido no ano de 1979, com lançamento tributário no ano de 1981. A inscrição em dívida ativa, contudo, só teria ocorrido no ano de 1996, mesmo ano em que foi ajuizado o executivo fiscal, a citação, por sua vez, teria ocorrido no ano seguinte.** Ademais, que se encontra amparada por ordens judiciais, prolatadas em mandados de segurança que teria impetrado, as quais reconheceriam que não incidiria o ICMS sobre as operações de fornecimento de refeições e bebidas haja vista que usaria base de cálculo genérica que inclui o valor do serviço prestado.

Em sua impugnação (fl. 65-68), a Fazenda Pública ilidiu a alegação de prescrição aduzindo à suspensão da exigibilidade do crédito tributário em razão de ordens judiciais obtidas pela embargante em mandados de segurança, suspensão esta que teria perdurado até o ano de 1996, quando, revogadas definitivamente as referidas ordens, inscreveu o crédito em dívida ativa e ajuizou a ação executiva. Outrossim, que não haveria afronta a ordens judiciais, uma vez que todos os mandados de segurança impetrados pela embargada já foram definitivamente julgados negando provimento ao pleito e, conseqüentemente, revogando as liminares anteriormente deferidas.

É o relatório. **D E C I D O.**

A matéria em debate é de fato e de direito, mas por não haver necessidade de produzir prova em audiência, admite-se o julgamento conforme o estado do processo. Julgo-o, então, antecipadamente (art. 330, I, do Código de Processo Civil e parágrafo único do art. 17 da Lei n.º 6.830/80).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

172
20

No que concerne à alegação de prescrição, observa-se que a embargante apóia tal preliminar no fato de que a constituição definitiva do referido crédito teria ocorrido no ano de 1981, quando o executivo fiscal teria sido ajuizado em 1996, com citação no ano seguinte. Não obstante, não se deve olvidar que o instituto da prescrição, assim como os seus congêneres, tem com diretriz axiológica a punição do titular do direito pelo seu não exercício dentro de um determinado interregno temporal definido legalmente. No caso da prescrição tributária, corresponderia exatamente à consequência jurídica pelo não ajuizamento da execução fiscal no prazo legal, em vista do não pagamento do seu crédito pelo contribuinte. Assim, busca-se conferir efetividade a princípios como o da segurança jurídica, tornando estáveis as relações jurídicas.

Desta forma, somente faz sentido reconhecer a prescrição em prejuízo do titular da ação quando este, podendo agir para salvaguardar o seu direito, não o faz em tempo hábil, mantendo-se inerte. Por isso, **existindo alguma circunstância que impeça o titular do direito de exercê-lo devidamente, não pode ele ser penalizado com a decretação da prescrição.** Sendo assim, estando suspensa a exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151 do CTN, a Fazenda Pública não pôde exercer o seu direito de ação, pois lhe faltava condição da ação consistente no interesse processual. Caso o tivesse feito, a despeito das ordens judiciais então existentes, deveria ter sua pretensão executiva extinta, na forma do art. 267, VI do CPC.

Apenas com o afastamento do impedimento então existente, consubstanciado na vigência de ordem judicial proferida em mandado de segurança impetrado pela embargante, é que a embargada poderia validamente exercer o seu direito de ação. Assim, reformada definitivamente em reexame necessário a sentença que acolheu o pleito da embargante em sede de *writ*, com a consequente revogação da liminar anteriormente deferida, o que só ocorreu no ano de 1996, é que tornou-se juridicamente viável o ajuizamento da ação executiva. A embargada, então, no mesmo ano ajuizou o feito executivo, ocorrendo a citação no ano seguinte, o que, conforme o art. 173, parágrafo único, antes da LC n.º 118/2005, suspendeu a prescrição.

(...) Face ao exposto, com base no art. 269, I, do CPC, **JULGO IMPROCEDENTES os pleitos veiculados nos presentes Embargos à Execução**, declarando, via de consequência, subsistente a penhora efetivada, e determinando o prosseguimento do feito executivo. Outrossim, condeno a Embargante em custas processuais e honorários advocatícios que fixo no percentual de 5% (cinco por cento) do valor atualizado do débito tributário." Fls. 109/110. Destaqui.

Nesse cenário, não deveria mesmo o magistrado de piso conhecer da alegação em comento, na medida em que, quanto a este aspecto específico, a exceção de pré-executividade (oposta, reconheça-se, antes do julgamento dos embargos) encontrava-se prejudicada, passando a veicular matéria preclusa, agora pendente de apreciação em sede de apelação ajuizada contra a sentença dos embargos (Recurso nº 0212491-6).



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. FRANCISCO BANDEIRA DE MELLO
2ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

Por outro lado, remanesce passível de exame o argumento consistente na eventual consumação da prescrição intercorrente, posto constituir questão de ordem pública não abordada anteriormente nos embargos à execução fiscal.

Todavia, neste particular, revela-se insubsistente a insurgência da parte agravante, tendo em conta o efeito suspensivo desencadeado pela propositura (em 1997) dos embargos à execução fiscal, não havendo, portanto, que se cogitar em prescrição intercorrente no bojo da ação executiva.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo de instrumento.**

É como voto.

Recife, 25 de maio de 2013.


Des. Francisco Bandeira de Mello
Relator