**MODELO DE PETIÇÃO**

**EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PREEXECUTIVIDADE. CABIMENTO. SÓCIO MINORITÁRIO SEM CARGO DE ADMINISTRADOR. EXCLUSÃO DO POLO PASSIVO**

Rénan Kfuri Lopes

Exmo. Sr. Juiz Federal da ... Vara Federal Seção Judiciária de ...

Execução Fiscal n. ...

(nome, qualificação, endereço e CPF), por seu advogado *in fine* assinado, nos autos da execução fiscal promovida pela UNIÃO FEDERAL, vem, respeitosamente, apresentar a presente EXCEÇÃO DE PREEXECUTIVIDADE pelas razões de direito adiante articuladas:

I - CABIMENTO DA EXCEÇÃO DE PREEXECUTIVIDADE

ARGUIÇÃO DE FALTA DE PRESSUPOSTO VÁLIDO PARA O DESENVOLVIMENTO DO PRESENTE PROCESSO DE EXECUÇÃO FISCAL-

NA ÉPOCA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO A EXCIPIENTE JÁ HAVIA SE RETIRADO DA SOCIEDADE EMPRESA –

IMPOSSÍVEL ATRIBUIR A EXCIPIENTE A OBRIGAÇÃO DE PAGAR A DÍVIDA FISCAL, ADQUIRIDA PELA EMPRESA, EM DATA POSTERIOR A SUA RETIRADA DA SOCIEDADE-

ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM*

ACOLHIMENTO DA ILEGITIMIDADE PASSIVA *AD CAUSAM* DA EXCIPIENTE -

EXTINÇÃO DO PROCESSO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO (CPC, art. 485, VI)

PRECEDENTES DOUTRINÁRIOS E JURISPRUDENCIAIS -

1. *Ab initio*, cabe enfatizar que o repertório doutrinário e jurisprudencial[[1]](#footnote-1)permite a arguição incidental nos próprios autos do processo de execução, quando patente a ausência de pressuposto válido para o desenvolvimento do feito.

2. Nada obstante, insta pontuar que pressuposto processual é matéria de ORDEM PÚBLICA, ou seja, incumbe ao próprio juiz, DE OFÍCIO, em qualquer tempo ou grau de jurisdição deliberar, *ex vi* art. 485, IV e § 3º do CPC[[2]](#footnote-2).

3. Sobre a exceção de preexecutividade, oportuna é a lição do Prof. HUMBERTO THEODORO JÚNIOR;

“*A nulidade é vício fundamental e, assim, priva o processo de toda e qualquer eficácia. Sua declaração, no curso da execução, não exige forma ou procedimento especial. A todo o momento o juiz poderá declarar a nulidade do feito tanto a requerimento da parte como ex-ofício. Não é preciso, portanto, que o devedor utilize dos embargos à execução. Poderá arguir a nulidade em simples petição, nos próprios autos da execução*”.(*in* PROCESSO DE EXECUÇÃO, ed. Forense, 14ª ed., p.202).

4. Dentro dessa mesma ótica ensina EDUARDO ARRUDA ALVIM:

“*Nesse contexto, a exceção de preexecutividade inova, visto que possibilita ao executado se manifestar no bojo do processo de execução e apresentar elementos fortes que demonstrem a insubsistência do direito aparentemente comprovado pelo exequente, sem que, par isso, precise se valer de ações paralelas (que, como dito, não obstam o prosseguindo da execução) ou dos embargos à execução, medida que somente poderá lançar mão se garantir o juízo*”. (In Execução preexecutividade, RTAMG 81:19).

5. Portanto, adequada a forma de se buscar a extinção da execução fiscal conforme a seguir desenvolvido.

6. Imprescindível, na *specie in examine*, abreviar em apertada síntese o caso concreto, pois a matéria em debate não oferece qualquer complexidade.

7. A exequente/excepta promoveu a presente execução fiscal com base Certidão de Dívida Ativa-CDAn. ..., inscrita em “...”, cujo fato gerador foram “*débitos confessados em G*FIP”, no período de..., lançados em “...”.

8. Desde o seu ajuizamento, a execução foi dirigida contra a devedora principal, ...e seus sócios cotista.

9. *In casu*, a coexecutada ..., assenta o presente pleito por entender ser flagrantemente ilegítima sua figuração no polo passivo litisconsorcial, posto que (i) já havia se retirado da sociedade executada há época da ocorrência do fato gerador da execução fiscal, (ii) sua participação do quadro social da devedora principal é ínfimo e meramente figurativo; (iii) jamais atuou na gerência ou administração da devedora principal e, (iv) não foi imputado ou provado nenhum ato por ela realizado em desconformidade à lei ou ao contrato social.

10. A excipiente fez parte do quadro societário da sociedade executada, devedora principal “...” Limitada apenas no lapso temporal compreendido entre os anos ...e ....

11. Em ..., a coexecutada/..., com o intuito de retirar-se da sociedade e possuidora de apenas 60 (sessenta) cotas no valor unitário de 1,00 (hum real), cedeu e transferiu a totalidade de suas cotas para o Dr. ..., conforme recibo no valor de R$ ... (...), relativo a venda das cotas para o Dr. ..., (doc. n. ...).

12. Tal retirada do quadro societário da executada ..., foi devidamente registrada perante o Cartório Civil das Pessoas Jurídicas --- Cartório ... --- em ...conforme se verifica da alteração contratual em anexo (doc. n. ...).

13. Analisando detalhadamente as ALTERAÇÕES CONTRATUAIS da ..., extrai-se que:

- em .., a excipiente ... integrou o quadro social da ... – vide cláusula V – DA CESSÃO DE COTAS;

- em ..., a coexecutada/..., retirou-se da sociedade cedendo e transferindo a totalidade de suas cotas para o Dr. ... em ... – vide cláusula III - DACESSÃO DE COTAS.

- desde a entrada na sociedade até a sua retirada ocorrida em “...”, a coexecutada/..., participava apenas com 1% (um por cento) do capital social.

14. Verifica-se ainda, que na alteração contratual em anexo, restou convencionado nas cláusulas VIII e IX – DA ADMINISTRAÇÃODA SOCIEDADE E RETIRADA PRO LABORE que a administração da sociedade competia EXCLUSIVAMENTE aos sócios ... (diretor financeiro) e ... (diretora administrativa), que seriam os responsáveis tanto pelos atos administrativos como judiciais.

15. Conclui-se que, na época da inscrição da CDA, ocorrida em ..., a coexecutada ... não mais fazia parte do quadro societário da devedora principal, tornando-se assim evidente a ilegitimidade da coexecutada para integrar a relação processual já que NÃO faziam parte da sociedade à época do fato gerador da dívida fiscal.

16. Dessa forma, não é possível que a excipiente seja obrigada a pagar o *quantum* devido, quando não mais fazia parte da sociedade executada, devedora principal “...”, conforme alteração contratual em anexo, tendo retirado da sociedade no ano “...”, ou seja, 2 (DOIS) ANOS ANTES DO FATO GERADOR QUE CONSUBSTANCIOU O SURGIMENTO DO CRÉDITO FISCAL.

17. Assim, impossível atribuir a excipiente a obrigação de pagar a dívida fiscal, adquirida pela empresa, em data posterior a sua retirada da sociedade.

18. *Rogata venia*, insólita a pretensão de executar a excipiente, posto que evidenciada sua ilegitimidade passiva, o que de per si retira a exigibilidade do título. (CPC, art. 485).

19. Mais, a *ratio legis* do art. 135, III do Código Tributário Nacional estabelece que os sócios só respondam por dívidas tributárias quando exercerem gerência da sociedade ou qualquer outro ato de gestão vinculado ao fato gerador.

20. O art. 1.016 do Código Civil 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.

21. Destarte, a responsabilidade pelas dívidas tributárias de uma sociedade limitada não pode ser imputada aos seus sócios pelo simples fato de serem sócios. Indispensável para sobressaltar a solidariedade do débito fiscal, que o credor demonstre não só que o sócio exercia a administração da sociedade na época do fato gerador da exação fiscal, mas que tal crédito tributário corresponde a obrigações resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos, *ex vi* norma cogente expressa no art. 135 do Código Tributário Nacional.

22. Verifica-se daí que a infração a que se refere o art. 135 do CTN não é objetiva, mas substitutiva. A solidariedade do sócio pela dívida da sociedade só se manifesta quando comprovado que, no exercício de sua administração, praticou os atos elencados na forma do art. 135, *caput*, do CTN. Há impossibilidade, pois, de se cogitar na atribuição de tal responsabilidade substitutiva quando sequer estava a sócia e coexecutada/..., investida das funções diretivas e gerenciais da sociedade.

23. A responsabilidade nesse quadrante é pessoal, advém da conduta individual, portanto, subjetiva, como preleciona IVES GANDRA DA SILVA MARTINS:

 “*A responsabilidade prevista no art. 134 do CTN deriva de culpa e é subsidiária, enquanto que a prevista no art. 135 do CTN deriva de dolo e, por isso, é pessoal*” (Comentários ao Código Tributário Nacional, 3ª ed., São Paulo, Saraiva, 2002, pp. 270-2).

24. No mesmo sentido, SACHA CALMON NAVARRO COELHO expõe entendimento de que:

“*A norma contida no art. 135 do CTN consagra hipótese de substituição tributária, e não de mera transferência, sendo exclusivamente responsável pelo crédito tributário o agente que praticou uma das condutas ali descritas*” (Curso de Direito Tributário Brasileiro, 6ª ed., Rio de janeiro, Forense, 2003, p. 627).

25. É cristalina, portanto, a condição de se encontrar o sócio no “*exercício gerencial*” da sociedade para que lhe seja atribuída a responsabilidade prevista no art. 135 do CTN.

26. Valha a contundência dos múltiplos arestos emanados do colendo TRIBUNAL REGIONAL FEDERAL DA 1ª REGIÃO, em situações idênticas ao processo em tablado, *verbi gratia*:

“*PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PREEXECUTIVIDADE. REDIRECIONAMENTO. SÓCIOS QUE NÃO MAIS INTEGRAVAM O QUADRO SOCIETÁRIO À ÉPOCA DOS DÉBITOS FISCAIS. ILEGITIMIDADE DOS SÓCIOS. 1. Se os sócios já não faziam parte da sociedade à época dos fatos geradores da dívida fiscal, são partes ilegítimas para integrarem a relação processual. (...) Como tal, a ilegitimidade passiva arguida pelos agravados é notória, já que, conforme consta na sentença de fls. 80/81, os débitos em questão, são oriundos de Notificação de Lançamento de Débito referente aos anos de 1997/1999 (fls. 15/33), sendo que os sócios, Walter Gama Terra Júnior e Sueli de Fátima Mattar Terra, se retiraram do quadro societário da empresa executada em 07/06/1996, conforme cópia da alteração contratual, devidamente registrada na Junta Comercial (fls. 65/67). Assim, torna-se evidente a ilegitimidade dos sócios para integrarem a relação processual já que não faziam parte da sociedade à época dos fatos geradores da dívida fiscal*.”(TRF-1Agravo de Instrumento n. 0025662-20. 2008.4.01.0000/MG - OITAVA TURMA Rel. Convocado. Des. Federal OSMANE ANTONIO DOS SANTOS - DJ:23/04/2010).

“*PREVIDENCIÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PREEXECUTIVIDADE - ILEGITIMIDADE PASSIVA - EXERCÍCIO DE GERÊNCIA EM PERÍODO ANTERIOR AO DOS FATOS GERADORES - DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA: VIA ADEQUADA - HONORÁRIOS: CABIMENTO - AGRAVO PROVIDO MONOCRATICAMENTE - A exceção de preexecutividade não é ação autônoma nem chega a ser incidente processual. É de tão restrito espectro que, criação da jurisprudência, se resume a uma simples petição convenientemente instruída, que permita ao juízo conhecer de plano das questões que, à vista d'olhos, permitam concluir, de logo, pelo insucesso da execução (AG n. 1999.01.00.055381-1/DF; AG 1999.01.00.026862-2/BA; AGA 197.577/GO).*

*- A ilegitimidade passiva é matéria que, a princípio, pode ser examinada em exceção de preexecutividade, porque uma das condições da ação (preceito de ordem pública), se não necessário, para tal, mais que superficial exame do conjunto probatório dos autos. - O sócio retirando-se da sociedade anteriormente ao período do fato gerador do crédito, não é possível imputar-lhe qualquer responsabilidade. 5 - A jurisprudência atualmente dominante no STJ tem entendido possível a condenação da Fazenda Pública em honorários na execução fiscal quando acolhida exceção de preexecutividade. Nesse sentido: STJ, AgRg no Ag n.º 7415933/PR, Rel. Min. LUIZ FUX, T1, DJ08/06/2006 p. 13*2.” (AGTAG 2009.01.00.050721-8/MG – SÉTIMA TURMA- Rel. Des. Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL - DJ: 13/11/2009).

“*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EXECUÇÃO FISCAL - EXCEÇÃO DE PREEXECUTIVIDADE - ILEGITIMIDADE PASSIVA - SÓCIO-COTISTA SEM PODERES DE ADMINISTRAÇÃO (NÃO EXERCENTE DE GERÊNCIA) - AGRAVO PARCIALMENTE PROVIDO (MONOCRATICAMENTE) - AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.1- De regra, o exame da responsabilidade tributária (art. 135 do CTN) encontra leito natural nos embargos do devedor. No caso, ante a prova plena documental da irresponsabilidade, pode-se, mesmo em sede de exceção de preexecutividade, excluir os agravados do pólo passivo, por isso que jamais exerceram a gerência da empresa devedora principal, sendo a administração da sociedade desempenhada exclusivamente por sócio outro, e sua participação na empresa de forma minoritária*.” (TRF-1 AGTAG 2009.01.00.014449-4/PI - SÉTIMA TURMA- Rel. Des. Federal LUCIANO TOLENTINO AMARAL - DJ: 21/08/2009 ).

“ *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO DE INSTRUMENTO. EXECUÇÃO FISCAL. COBRANÇA DE DÍVIDA DE FGTS. ILEGITIMIDADE PASSIVA DO SÓCIO. EXCEÇÃO DE PREEXECUTIVIDADE. CABIMENTO. 1. É admissível o manejo da exceção de preexecutividade para arguição de questões de ordem pública, tais como condições da ação (v.g. legitimidade de partes, como é o caso) e pressupostos processuais, bem assim prescrição e decadência, desde que não se exija dilação probatória, conforme ocorre na espécie. Precedentes do STJ. 2. Com apoio na tese de que as contribuições para o FGTS não possuem natureza tributária, firmou-se a jurisprudência do STJ no sentido da inaplicabilidade das regras pertinentes do Código Tributário Nacional relativamente à responsabilidade de sócios de empresa, incluindo as hipóteses de responsabilização do sócio-gerente (CTN, art. 135, III). 4. Assim, a responsabilidade de sócios em caso de dívida que não ostenta natureza de tributo, como ocorre com o FGTS, só se configura quando presentes, na espécie, os elementos da teoria da despersonalização da pessoa jurídica. 5. Agravo de instrumento provido, para acolher a exceção de preexecutividade e, de consequência, reconhecer a ilegitimidade passiva do sócio para responder pela dívida em execução. Condenação da Fazenda Nacional ao pagamento dos honorários advocatícios fixados em R$ 200,00 (duzentos reais). Pedido de assistência judiciária deferido*.” (TRF-1 AG 2005.01.00.058748-1/MG QUINTA TURMA - Rel. Des. FEDERAL FAGUNDES DE DEUS -DJ: 07/11/2008).

“*PROCESSUAL CIVIL. COBRANÇA DE CONTRIBUIÇÕES DO FGTS. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS. RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO SÓCIO MINORITÁRIO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. 1. O eg. Superior Tribunal de Justiça e esta Corte têm decidido que o sócio minoritário, sem função de gerência ou administração, não é parte legítima para figurar em execução fiscal. 2. Apelação a que se nega provimento*.” (TRF -1 Processo: AC 2003.38.02.005811-0/M – QUINTA TURMA - Rel. Des. FEDERAL JOÃO BATISTA MOREIRA - DJ: 05/2009 ).

26. Destarte, impõe-se o acolhimento da presente exceção de preexecutividade para alijar a coexecutada ..., do polo passivo litisconsorcial.

II - PEDIDOS

27. ***Ex positis***, a ora executada requer:

a) seja ACOLHIDA A PREFACIAL ORA ARGUIDA EM SEDE DE EXCEÇÃO DE PREEXECUTIVIDADE, e, diante da inarredável ILEGITIMIDADE PASSIVA *ad causam* da excipiente, EXTINTA A PRESENTE EXECUÇÃO SEM RESOLUÇÃO DO MÉRITO, (CPC, art. 485, VI)[[3]](#footnote-3);

b) seja condenada a embargada ao pagamento dos ônus sucumbenciais, inclusive honorários advocatícios;

c) o cadastramento dos signatários para as vindouras publicações.

P. Deferimento.

(Local e data)

 (Assinatura e OAB do Advogado)

1. “*Hojejánão prevalece o mito dos embargosparalevar os juízes a uma atitude de espera, postergando o conhecimento de questõesque poderiam e deveriam ter sido levantadas e conhecidas liminarmente no processo de execução, condicionando o sue conhecimento à oposição deste. Poderá o executado arguir a nulidade emsimplespetição, nosprópriosautos da execução*” (CANDIDO DINAMARCO, ExecuçãoCivil, Ed. RT, 3ª ed., p. 448).

EXECUÇÃO. EXCEÇÃO DE PREEXECUTIVIDADE. CABIMENTO. O SuperiorTribunal de Justiça vem admitindo a exceção de preexecutividadeemaçãoexecutivapara arguição de matérias de ordempública, taiscomo as condições da ação e os pressupostos processuais, desdequenão haja necessidade de dilaçãoprobatória (STJ- EDcl no Resp 572.088/SC, DJ 22.10.2007). [↑](#footnote-ref-1)
2. **Art. 485.** O juiz não resolverá o mérito quando: (...) IV - verificar a ausência de pressupostos de constituição e de desenvolvimento válido e regular do processo; (...) § 3º O juiz conhecerá de ofício da matéria constante dos incisos IV, V, VI e IX, em qualquer tempo e grau de jurisdição, enquanto não ocorrer o trânsito em julgado. [↑](#footnote-ref-2)
3. **Art. 485**. O juiz não resolverá o mérito quando: (...) VI - verificar ausência de legitimidade ou de interesse processual; [↑](#footnote-ref-3)