


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

CEP: 13560-760 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº:	0025206-31.2004.8.26.0566
Classe - Assunto	Execução Fiscal
Requerente:	Fazenda Publica Municipal de Sao Carlos
Requerido:	Devon Imóveis Sc Ltda, Espólio de Julio Caio Schmid e Julio Caio Schmid

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Daniel Felipe Scherer Borborema

ESPÓLIO DE JÚLIO CAIO SCHMID e DEVON IMÓVEIS S/C LTDA

opõem exceção de pré-executividade (fls. 105/113) nos autos da execução fiscal que lhe move a **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS**, aduzindo (i) a prescrição tributária referente aos débitos dos exercícios de 1997, 1998 e 1999 (ii) prescrição quinquenal de todo o débito (v) nulidade da citação e ilegitimidade passiva.

A excepta manifestou-se (fls. 132/148) aduzindo (i) descabimento da exceção de pré-executividade (ii) inaplicabilidade da súmula 392 do STJ (iii) inocorrência da prescrição.

FUNDAMENTAÇÃO

Cabível a exceção de pré-executividade, pois as matérias alegadas devem ser conhecidas de ofício e, ademais, dispensam qualquer dilação probatória.

A citação dos excipientes ESPÓLIO DE JÚLIO CAIO SCHMID e DEVON IMÓVEIS S/C LTDA foram válidas, não podendo declarar nulidade, como se observa dos documentos de fls. 30/31.

O art. 8º, II da Lei nº 6.830/80 dispõe que, na execução fiscal, "a citação pelo correio considera-se feita na data da entrega da carta no endereço do executado".

A norma, especial, prevalece sobre o disposto no art. 223, parágrafo único do CPC.

Assim, dispensa-se, na execução fiscal, o recebimento da carta pelo próprio citando, com sua assinatura.

Nesse sentido, entendimento tranquilo do STJ: "(...) O acórdão recorrido está de acordo com o entendimento desta Corte Superior no sentido de que, na execução fiscal, a citação é realizada pelos Correios, com aviso de recebimento, sendo dispensada a pessoalidade da citação, inclusive, a assinatura do aviso de recebimento pelo próprio


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

CEP: 13560-760 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

executado, bastando que seja inequívoca a entrega no seu endereço." (AgRg no AREsp 593.074/DF, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ªT, j. 04/12/2014)

Ingressa-se no exame da alegação de prescrição.

Quanto aos tributos em execução, IPTU e contribuição de melhoria, o lançamento dá-se de ofício, de modo que a constituição definitiva do crédito tributário (art. 174, caput, CTN) ocorre com a notificação do sujeito passivo. Todavia, há que se ponderar que antes do vencimento do imposto ele é inexigível, não havendo a possibilidade de se deduzir pretensão executiva (art. 580, CPC), devendo exigir-se então, para o início do lapso prescricional, o vencimento, orientação esta admitida no STJ: "constituído o crédito tributário pelo envio do carnê ao endereço do sujeito passivo e encontrando-se pendente o prazo de vencimento para o pagamento voluntário, ainda não surge para o credor a pretensão executória, sem a qual não tem início o prazo prescricional" (REsp 1399984/PE, Rel. Min. Herman Benjamin, 2ªT, j. 10/09/2013).

Mas, no caso de pagamento parcelado para o tributo, qual vencimento? É razoável fixar como termo inicial o vencimento da última parcela, pois antes deste ainda há a oportunidade de o contribuinte quitar as parcelas anteriores, evitando a exigibilidade do crédito.

O TJSP possui diversos julgados fixando como termo inicial, nesses casos, o vencimento da última parcela: AI 0163023-74.2013.8.26.0000, Rel. Silvana Malandrino Mollo, 14ª Câmara de Direito Público, j. 31/10/2013; Ap. 0007147-55.2002.8.26.0116, Rel. João Alberto Pezarini, 14ª Câmara de Direito Público, j. 31/10/2013; MS 0122461-57.2012.8.26.0000, Rel. Nuncio Theophilo Neto, 14ª Câmara de Direito Público, j. 09/08/2012; Ap. 0080516-16.2001.8.26.0602, Rel. Rodolfo César Milano, 14ª Câmara de Direito Público, j. 16/06/2011.

À luz de tais ensinamentos, no caso concreto:

- CDA de fls. 03: termo inicial, 01/03/97;
- CDA de fls. 04: termo inicial, 01/03/98;
- CDA de fls. 05: termo inicial, 18/12/99;
- CDA de fls. 06: termo inicial, 18/12/00;
- CDA de fls. 07: termo inicial, 18/12/01;


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

CEP: 13560-760 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

- CDA de fls. 08: termo inicial, 27/12/01;
- CDA de fls. 09: termo inicial, 27/11/02;
- CDA de fls. 10: termo inicial, 18/12/02;
- CDA de fls. 11: termo inicial, 18/12/03.

A interrupção da prescrição somente ocorreu **com a citação**.

A matéria rege-se pelo art. 174, parágrafo único do CTN, não importando a disciplina da LEF, pois esta, nessa matéria, não se aplica aos créditos de natureza tributária, uma vez que a prescrição tributária é regida, segundo o art. 146, III, "b" da CF/88, pela lei complementar que estabelece normas gerais em matéria tributária, in casu o CTN (recepcionado com lei complementar); na execução fiscal, o momento interruptivo é estabelecido pelo inciso I do parágrafo único acima referido; tal inciso I, até a LC nº 118/05, previa a citação como ato interruptivo, e, após a LC nº 118/05, que entrou em vigor em 09/06/05, passou a prever o despacho do juiz que determina a citação como ato interruptivo; segundo o STJ, REsp 999901/RS, Rel. Min. Luiz Fux, 1ªS, j. 13/05/2009, a norma superveniente, de caráter processual, tem incidência nos processos em curso, desde que ainda não tenha sido prolatado o despacho do juiz que determina a citação, quer dizer, se em 09/06/05, no executivo fiscal específico, já tinha sido proferido o despacho de citação, a interrupção ocorre com a citação, se ainda não tinha sido proferido tal despacho, a interrupção ocorre com a sua prolação.

Quanto ao caso em exame, em 09/06/05 já havia sido proferido o despacho de citação (18/05/2004, fls. 12), logo a interrupção ocorreu com o ato citatório.

A citação somente ocorreu em 16/07/2008, após transcorridos mais de 05 anos desde o penúltimo dos termos iniciais acima destacados.

Observe-se que a suspensão do prazo prescricional pela inscrição em dívida ativa, prevista no art. 2º, § 3º da LEF, não se aplica aos créditos de natureza tributária, uma vez que a prescrição tributária é regida, segundo o art. 146, III, "b" da CF/88, pela lei complementar que estabelece normas gerais em matéria tributária, in casu o CTN (recepcionado com lei complementar), que não prevê a suspensão prescricional em comento. O entendimento está consolidado no STJ: REsp 1165216/SE, Rel. Min. Eliana Calmon, 2ªT, j. 02/03/2010.


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
 FORO DE SÃO CARLOS
 VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 Rua Sorbone, 375
 CEP: 13560-760 - São Carlos - SP
 Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

A interrupção da prescrição, que se deu com a citação, no caso concreto não retroage à propositura da execução fiscal.

O § 1º do art. 219 do CPC, segundo o qual a interrupção da prescrição retroage à data da propositura da ação, aplica-se aos créditos tributários, segundo orientação do STJ, REsp 1120295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, 1ªS, j. 12/05/2010, posicionamento este coerente com o fenômeno da prescrição, que pressupõe inércia do credor, inexistente no caso do credor que cobra a dívida em juízo.

Assim, também na execução fiscal é válida a Súm. 106 do STJ, segundo a qual "proposta a ação no prazo fixado para o seu exercício, a demora na citação [ou a demora para a prolação do despacho de citação], por motivos inerentes ao mecanismo da justiça, não justifica o acolhimento da arguição de prescrição ou decadência" (Súm. 106, STJ).

Sendo assim, é necessário examinar, em cada caso, se houve omissão, inércia ou negligência do credor ao dar andamento processual, causadora do atraso que levou à prescrição antes do marco interruptivo.

Intelecção esta, veja-se, na linha do disposto no § 2º do art. 219 do CPC.

Quanto ao caso em exame, o executivo fiscal foi distribuído em 07/05/2004, cerca de 04 anos antes da citação, e essa demora para a citação não é imputável exclusivamente aos mecanismos da justiça, mas também à negligência ou delonga da exequente em diligenciar na busca do executado e requerer, tempestivamente, a inclusão das partes adequadas, representante do espólio e demais atos processuais.

O despacho citatório foi proferido em 12/05/2004. Em 08/02/2006 (dois anos após o despacho), a Fazenda Pública pediu suspensão do feito por 90 dias, repetindo o pedido em 21/08/2006. Requereu a inclusão de DEVON IMÓVEIS S/C LTDA e a substituição do polo passivo para ESPÓLIO DE JÚLIO CAIO SCHMID em 22/01/2007. Conclui-se que custou cerca de três anos para a Fazenda postular mera regularização processual das partes.

Sob tal linha de raciocínio, na hipótese vertente não se fazem presentes os requisitos necessários para que a interrupção da prescrição retroaja à propositura da ação, prevalecendo a regra do art. 174, parágrafo único, I do CTN na redação anterior à LC nº


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

CEP: 13560-760 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

118/05.

Ocorreu, realmente, a **prescrição parcial**.

Quanto as alegações de ilegitimidade passiva, observa-se que esta execução foi movida inicialmente contra a pessoa física JULIO CAIO SCHIMID, em 04/12/2004. Pelo menos desde 19/04/2000, como consta nos documentos que instruíram essa exceção (fls. 129, vº), o exequente já tinha conhecimento a propósito do falecimento. Não se trata de óbito conhecido no curso da ação. A demanda deveria ter sido aforada, *ab initio*, contra o espólio. Não se admite, nesse contexto, qualquer mitigação da Súm. 392 do STJ que, por sinal, aquela corte vem aplicando à hipótese de redirecionamento contra o espólio (REsp 1222561/RS, j. 26/04/2011; AgRg no REsp 1056606/RJ, j. 27/04/2010).

Como consequência, temos a impossibilidade de prosseguimento desta execução, seja contra o espólio (em razão da impossibilidade de redirecionamento: falta um pressuposto processual pois não é o devedor que consta na CDA e a retificação da CDA com a alteração do pólo passivo não é admitida), seja contra a pessoa física, por conta de seu óbito.

Ademais, a pessoa jurídica DEVON IMÓVEIS S/C LTDA fora inserida no polo passivo depois da distribuição dos autos, não estando incluída sequer nas CDA's, razão que impede prosseguir a execução fiscal contra esta.

Observe-se que a substituição alvitada pela Fazenda Pública não decorre de mero erro material ou simples defeito formal, mas sim de alteração do próprio sujeito passivo da execução fiscal, depois de verificada a ilegitimidade da parte executada original para figurar no pólo passivo da demanda.

Dispõe o Código Tributário Nacional:

“Art. 203 - A omissão de quaisquer dos requisitos previstos no artigo anterior, ou o erro a eles relativo, são causas de nulidade da inscrição e do processo de cobrança dela decorrente, mas a nulidade poderá ser sanada até a decisão de primeira instância, mediante substituição da certidão nula, devolvido ao sujeito passivo, acusado ou interessado o prazo para defesa, que somente poderá versar sobre a parte modificada”.

Por sua vez, a Lei de Execução Fiscal, em seu art. 2º, §8º, estabelece:

“§8º - Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

CEP: 13560-760 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos.”.

Como se vê, o art. 203 do CTN e o art. 2º, §8º, da Lei 6.830/80 autorizam a correção ou substituição da certidão da dívida ativa até a decisão de primeira instância.

Contudo, tal circunstância não pode alcançar o próprio lançamento tributário, sob pena de inviabilizar eventual defesa administrativa, com violação, ainda, dos princípios da estrita legalidade e do devido processo legal.

Noutras palavras, a possibilidade de substituição da CDA em caso de erro material ou formal antes da prolação da sentença não se confunde com a alteração do sujeito passivo da obrigação tributária. Isso ocorre porque, sendo a CDA mera reprodução do conteúdo da inscrição da dívida, a substituição da primeira não pode implicar alteração substancial da segunda.

Nesse sentido, já se decidiu:

“APELAÇÃO. EXECUÇÃO FISCAL. SUBSTITUIÇÃO DO PÓLO PASSIVO. INEXISTÊNCIA DE ERRO MATERIAL OU FORMAL - Impossibilidade. ILEGITIMIDADE 'AD CAUSAM' - Ocorrência. Constatada a ilegitimidade do executado para figurar no pólo passivo, não há permissivo legal para substituição por quem não tenha participado do processo administrativo que culminou na obrigação tributária. Sentença mantida. Recurso não provido” (TJSP, Apelação Cível sem Revisão nº 832.165-5/2-00, Rel. Des. J. MARTINS).

Ainda a respeito do tema, vale lembrar que a Súmula nº 392/STJ estabelece que *“A Fazenda Pública pode substituir a certidão de dívida ativa (CDA) até a prolação da sentença de embargos, quando se tratar de correção de erro material ou formal, vedada a modificação do sujeito passivo da execução”.*

A doutrina não destoa desse entendimento:

“Quando haja equívocos no próprio lançamento ou na inscrição em dívida, fazendo-se necessária alteração de fundamento legal ou do sujeito passivo, nova apuração do tributo com aferição de base de cálculo por outros critérios, imputação de pagamento anterior à inscrição etc., será indispensável que o próprio lançamento seja revisado, se ainda viável em face do prazo decadencial, oportunizando-se ao contribuinte o direito à impugnação, e que


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

CEP: 13560-760 - São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

seja revisada a inscrição, de modo que não se viabilizará a correção do vício apenas na certidão de dívida. A certidão é um espelho da inscrição que, por sua vez, reproduz os termos do lançamento. Não é possível corrigir, na certidão, vícios do lançamento e/ou da inscrição. Nestes casos, será inviável simplesmente substituir-se a CDA” (LEANDRO PAULSEN, RENÉ BERGMANN ÁVILA e INGRID SCHRODER SLIWKA, Direito Processual Tributário: Processo Administrativo Fiscal e Execução Fiscal à luz da Doutrina e da Jurisprudência, Livraria do Advogado, 5ª ed., Porto Alegre, 2009, p. 205).

Diante disso, sendo inviável a substituição da CDA para promover a modificação do sujeito passivo da execução, e uma vez verificada a ilegitimidade passiva do executado, a hipótese é de extinção do feito por carência da ação.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, ACOLHO a exceção de pré-executividade para:

- A) DECLARAR a extinção dos créditos tributários dos anos de 1997 a 2002 em razão da prescrição tributária, com fulcro no art. 156, V, primeira figura do CTN;
- B) EXTINGUIR a execução com fundamento no art. 267, VI do CPC;
- C) ANULAR a penhora efetivada de fls. 54;
- D) CONDENAR a exequente nas verbas sucumbenciais, arbitrados os honorários totais em R\$ 788,00.

P.R.I.

São Carlos, 07 de outubro de 2015.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA