



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Físico nº: **0022447-60.2005.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Execução Fiscal - ISS/ Imposto sobre Serviços**
 Requerente: **Fazenda Publica Municipal de Sao Carlos**
 Requerido: **Emece Constr e Comercio Ltda**

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

Teresinha Auad de Carvalho e seu marido Gustavo Henrique Machado de Carvalho, Tarita Hildebrand Cardinali, Waldir Rodrigues e sua esposa Marise Garcia Rodrigues, Gabriel Gonçalves de Meira e sua esposa Veridiana Estrozi Carvalho Meira, Wander de Matos Rezende e sua esposa Izildinha de Fátima Cury Rezende, José Leomar Fernandes Junior, Jasson Rodrigues de Figueiredo Filho e sua esposa Mariangela Tassinari de Figueiredo, Denise Maria Margonari, Michel Fouad Kahlakian e sua esposa Marilise Aparecida Lahos Zerbinatti Kharlakian, Maria Cristina de Oliveira Andrade, Hermano de Souza Ribeiro e sua esposa Neusa Maria Casarin Ribeiro, Cláudia Heloisa Casarin Ribeiro, Giuliano Hildebrand Cardinali e sua esposa Marina Jayme de Melo Cardinalli, e, por fim, Deives André de Souza e sua esposa Flávia Mascioli de Sousa, opuseram exceção de pré-executividade nesta execução fiscal que a Fazenda Pública Municipal de São Carlos move contra Emece Construções e Comércio Ltda.

A execução fiscal tem por objeto ISS-Construção de 2001 e 2003 relativamente ao imóvel com inscrição cadastral nº 01.02.099.022.002.

Sustentam os excipientes que são os atuais proprietários do bem, daí o seu interesse e legitimidade em manejar este incidente processual.

Argumentam pela prescrição tributária e intercorrente, pela nulidade das certidões de dívida ativa, pedindo, em consequência, a extinção do processo executivo.

Sustentam ainda que sofreram danos morais e pedem seja a Municipalidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

condenada ao pagamento de indenização correspondente.

A excepta, em manifestação de fls. 171/195, alega ilegitimidade passiva dos excipientes, descabimento da exceção de pré-executividade, e, no mais, a não ocorrência de prescrição ou vício formal nas CDAs.

É o relato. Decido.

1- O pedido de condenação da fazenda pública ao pagamento de indenização por danos morais, apresentado pelos excipientes, não será conhecido, vez que, para tanto, faz-se imprescindível a propositura de ação própria.

A exceção de pré-executividade é peça de defesa, não de contra-ataque.

Não se articula, por intermédio dela, demanda, ação, pretensão contra o excepto.

Defende-se, apenas.

Consequentemente, inadmissível o seu conhecimento nesta estreita via.

2- A preliminar de ilegitimidade *ad causam* suscitada pela excepta deve ser rejeitada, tendo em vista que há interesse jurídico dos excipientes no reconhecimento das matérias alegadas, e extinção da relação jurídica tributária, ante a sua potencial responsabilidade como proprietários do imóvel.

3- Sobre a prescrição, cuida-se aqui de cobrança de ISS – Construção Civil.

Os autos não estão instruídos com documentos que viabilizem a cognição, pelo juízo, sobre se o ISS foi lançado a partir de uma GISS, caso em que o lançamento se dá por homologação, ou se foi lançado de ofício, por exemplo no bojo de processo administrativo para a obtenção do "habite-se" ou aprovação da planta.

Num ou noutro caso o termo inicial da prescrição corresponde ao vencimento.

Supondo que estivéssemos diante de ISS lançado por homologação: a constituição



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

definitiva do crédito tributário ocorre na data da apresentação da declaração ou na data do vencimento, o que ocorrer por último (STJ: AgRg no Ag 1056045/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, 2ªT, j. 28/04/2009; AgRg no REsp 1156586/BA, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, 1ªT, j. 06/09/2012). Como no caso em tela desconhece-se a data da apresentação da declaração, julga-se por presunção *hominis*, ou seja, a partir do ordinariamente acontece (art. 375, CPC-15), quer dizer, o vencimento sendo posterior à declaração. Admite-se como termo inicial o vencimento.

Supondo que estivéssemos diante de ISS lançado de ofício: a constituição definitiva do crédito tributário ocorre na data da notificação do sujeito passivo. Entretanto, antes do vencimento do imposto ele é inexigível, não havendo a possibilidade de se deduzir pretensão executiva (art. 783, CPC-15), circunstância que, logicamente, leva o intérprete a pressupor, para o início do lapso prescricional, o vencimento. Tal orientação é admitida, no STJ, por exemplo, em relação ao IPTU – também lançado de ofício: “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).

Os termos iniciais da prescrição são, portanto, 30.03.2001 (CDA de fls. 03) e 10.03.2003 (CDA de fls. 04).

Para que seja identificada a eventual ocorrência de prescrição, necessário investigar qual o marco interruptivo da fluência do prazo.

A matéria rege-se pelo Código Tributário Nacional (CTN), não importando a disciplina da Lei nº 6.830/80 (Lei de Execução Fiscal), pois esta, nessa temática, não se aplica aos créditos de natureza tributária, uma vez que a prescrição tributária é regida, segundo o art. 146, III,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

“b” da CF/88, pela lei complementar que estabelece normas gerais em matéria tributária, *in casu* o CTN (recepcionado com lei complementar).

Admitida tal premissa, o momento interruptivo é estabelecido pelo inciso I do parágrafo único do art. 174 do CTN; 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 dos autos, observo que em 09/06/05 ainda não havia sido proferido o despacho citatório, de maneira que, forçosamente, a interrupção se deu com a sua prolação, em 10.01.2006, conforme fls. 05.

Como não transcorreram mais que 05 anos, desde os termos iniciais, até a interrupção do prazo prescricional, não se fala em prescrição tributária.

4- Sobre a prescrição intercorrente, com todas as vênias à exceção, é de rigor o seu pronunciamento pelo juízo, tendo em vista que, desde que interrompida a prescrição pelo despacho inicial, fls. 05, em 10.01.2006, nada ocorreu no processo, a título de efetivo andamento, e o fato é imputável ao credor.

O primeiro ponto a observar – e cuja compreensão deve estar clara – é que requerimentos de diligências que se mostram infrutíferas – para localizar o executado ou bens penhoráveis - não suspendem nem interrompem a prescrição intercorrente (STJ: REsp.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

1.305.755/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Dje 10.05.2012; AgRg no REsp. 1.251.038/PR, Rel. Min. CESAR ASFOR ROCHA, Dje 17.04.2012, REsp. 1.245.730/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Dje 23.04.2012, AgRg no REsp. 1.208.833/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Dje 03.08.2012 e EDcl nos EDcl no AgRg no REsp. 1.122.356/MG, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJe 18.03.2014).

Admitida essa tese, vejamos o que se deu no caso dos autos.

Com efeito, devolvido o AR de citação pelo motivo "mudou-se", fls. 08:

(a) a exequente solicitou prazo de 90 dias para diligências, fls. 09;

(b) entretanto diligência alguma efetivamente tomou, porquanto na sequência, fls. 12, limitou-se a indevidamente solicitar a citação por edital, solicitação indevida porque o STJ somente autoriza tal modalidade citatória "quando frustradas as demais modalidades" (Súm. 414) e, no caso, não havia sido tentada, ainda, a citação por oficial de justiça¹; se não bastasse, como a executada é pessoa jurídica, o mínimo exigível da exequente é que tivesse consultado a Jucesp e, à vista da ficha cadastral, obtivesse o endereço atualizado da empresa, ou, não havendo modificação neste, o endereço residencial dos sócios para a citação;

(c) sobre essa questão, a conduta subsequente da própria exequente confirma o equívoco que praticou ao requerer a citação editalícia, porque, após realizada tal citação pelo juízo, fls. 18, ao invés de prosseguir com o requerimento de penhora, não apenas solicitou duas vezes a suspensão do processo por 90 dias, fls. 20 e fls. 23, como, contraditoriamente, requereu nova tentativa de citação pessoal da pessoa jurídica, desta vez por oficial de justiça e no endereço residencial do sócio, fls. 26;

(d) não bastasse, o passo seguinte da exequente foi novamente equivocado,

¹ Necessária porque, como se sabe, o servidor do juízo costuma diligenciar em busca de informações que possibilitem a localização do citando.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

porque, expedida a carta precatória para a citação da pessoa jurídica no endereço residencial do sócio, fls. 28, a exequente devolveu-a ao juízo, fls. 31, sob o inválido fundamento de que "a empresa executada não se encontra mais no local informado", fundamento impertinente, desconectado do caso concreto, porque jamais se entendeu que a empresa estava instalada no local, e sim que o sócio lá residia, o que justificava sim a citação no seu endereço residencial;

(e) devolvida a precatória, manteve-se inerte a exequente, por isso foi intimada pelo juízo a dar andamento, fls. 33;

(f) requereu, então, a penhora de ativos financeiros, requerimento este que não interrompe nem suspende a prescrição, seja porque não foi frutífero, fls. 41/42, aplicando-se então a jurisprudência do STJ acima mencionada, seja porque sequer era cabível naquele momento, vez que a citação editalícia havia sido nula;

(g) em novo comportamento contraditório, a exequente requereu, então, às fls. 53, em 03.05.2013 – quando já decorrido o prazo de 05 anos desde o despacho inicial que interrompeu a prescrição -, carta precatória ao endereço residencial do sócio, para a penhora de bens da pessoa jurídica, solicitação que revela mais uma vez sua negligência pois (1) o endereço indicado nesse requerimento de fls. 53 é o mesmo que havia sido indicado às fls. 26, confirmando o equívoco anterior de se desistir da citação pessoal no endereço residencial do sócio, reforçando então a nulidade da citação por edital (2) não faz sentido pedir a penhora de bens da empresa no endereço do sócio, pois os patrimônios são distintos e não tinha havido (como não houve até hoje) pedido de redirecionamento, mesmo em razão de o processo não ter alcançado estágio que o viabilizasse, justamente pela inércia da exequente.

Ante tal cronologia, inegável que, entre fls. 05 e fls. 53 passaram-se mais que 05 anos, sem qualquer andamento no processo, por inércia indiscutível da exequente, o que conduz,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

como conclusão necessária e que se impõe à razão, ao pronunciamento ex officio da prescrição.

5- Prejudicada a análise sobre os requisitos formais das CDAs.

6- Ante o exposto, ACOLHO a exceção de pré-executividade para EXTINGUIR o processo, com fulcro no art. 487, II do CPC-15, e CONDENAR a excepta nas custas e despesas processuais de reembolso e honorários advocatícios arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

7- P.R.I.

São Carlos, 17 de maio de 2016.

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