

A (IM)POSSIBILIDADE DA APLICAÇÃO DA SÚMULA 392 DO STJ NA EXECUÇÃO FISCAL

Natan Galves Santana¹

RESUMO: Este artigo visa analisar a Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça perante o vigente Código de Processo Civil, uma vez que a nova lei processual é contrária à Súmula, em que pese o enunciado tenha sido editado com fundamento nas regras até então definidas pelo antigo Código de Processo Civil. Busca-se, portanto, analisar o instituto da arguição de ilegitimidade passiva nas execuções fiscais, segundo a vertente implementada pelo novo Código de Processo Civil. Para tanto, há que se fazer considerações de como a Súmula foi criada, ou seja, a sua base legal, ainda uma breve reflexão sobre os princípios da celeridade e da economia processual e, por fim, uma ponderação da Súmula no atual ordenamento, demonstrando por que a súmula está ultrapassada, uma vez que proíbe a alteração do polo passivo nas execuções fiscais, em que pese essa possibilidade seja expressamente permitida no novo Código de Processo Civil, sendo que o Código Tributário Nacional e a Lei de Execução Fiscal são omissos quanto à substituição da parte no caso de ilegitimidade passiva.

PALAVRAS-CHAVE: Ilegitimidade passiva. Execução fiscal. Súmula 392.

THE (IM)POSSIBILITY OF THE APPLICATION OF STATUS 392 IN FISCAL EXECUTION

ABSTRACT: This article aims to analyze Precedent 392 of the Superior Court of Justice before the New Code of Civil Procedure, since the new procedural law is contrary to the Precedent, although the statement has been edited based on the rules previously defined by former Code of Civil Procedure. The present work seeks, therefore, to analyze the institute of the argument of passive illegitimacy in the tax executions, according to the slope implemented by the new Code of Civil Procedure. In order to do so, it is necessary to consider how the Precedent was created, that is, its legal basis, and also a brief reflection on the principles of celerity and procedural economy, finally, a consideration of the Precedent in the current order, demonstrating why the summons is outdated, since it prohibits the change of the passive pole in the fiscal executions, in spite that this possibility is expressly allowed in the new Code of Civil Procedure, being that the National Tax Code and the Law of Fiscal Execution are omitted as to the substitution of the party in case of passive illegitimacy.

KEYWORDS: Passive illegitimacy. Tax Execution Action. Precedent 392.

1. INTRODUÇÃO

Primeiramente, frisa-se que mudanças acontecem a todo tempo, e esse fenômeno é salutar para que o ordenamento jurídico pátrio possa acompanhar a evolução do anseio social. Por mais que o processo legislativo tente acompanhar a vontade social ao seu tempo, nem

¹Mestrando em Direito Processual e Cidadania. Advogado no Paraná. E-mail: ngalvess@gmail.com.

sempre a atualização do texto normativo se opera na mesma rapidez, o que demanda frequente interpretação da norma pelo operador do direito.

Desse modo, este trabalho tem por objetivo analisar a Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça frente à nova legislação, observando o contraste entre ambas. Para tanto, há que se averiguar ponderado estudo acerca dos princípios processuais do ordenamento jurídico, bem como as leis específicas.

Até a entrada em vigor do Código de Processo Civil de 2015, não havia conflito normativo entre a Súmula 392 do STJ e a então vigente regra processual, pois o revogado CPC/73, bem como a Súmula, proibiam a alteração das partes na execução fiscal. Contudo, o atual CPC autoriza a modificação das partes, cabendo destacar que a mencionada Súmula foi edificada com base no ordenamento em vigor à época. Portanto, é compreensível a impossibilidade de modificação do polo passivo no processo executivo fiscal.

O atual Código de Processo Civil, no entanto, deu nova vertente ao caso. Tratando-se de regra processual, as modificações implementadas pela norma têm aplicação imediata. Não bastasse isso, o Código de Processo Civil tem aplicação subsidiária ao processo executivo fiscal, de modo que os artigos 338 e 339 do mencionado Codex estão sendo ignorados pelos operadores do direito, salientando, ainda, que a lei específica (Lei n. 8.630/80) não proíbe tal alteração.

Diante disso, surgem inúmeros questionamentos quanto à aplicação desse Enunciado Sumular, tais como: até quando uma súmula deve ser aplicada? Uma lei revogada pode servir como base, quando existente uma nova norma totalmente contrária? Seria possível a não aplicação dessa súmula? O CPC/2015 aplica-se à Execução Fiscal? Qual deve ser o entendimento do magistrado? Os princípios no direito brasileiro têm realmente importância?

Para as perguntas supracitadas podem ser dadas inúmeras respostas, já que o direito admite várias interpretações, motivo esse que nos permite a pesquisa sobre o tema, devendo ter consideração o que seria melhor não apenas para as partes, mas para toda a coletividade.

Destaca-se que para a elaboração deste trabalho, utilizou-se de análise jurisprudencial, doutrinas, artigos e legislação infraconstitucional, bem como a Constituição Federal, objetivando, assim, esclarecer qual legislação deve ser aplicada e quais serão os efeitos no caso da emenda da Certidão de Dívida Ativa, no caso de alteração do polo passivo na execução fiscal.

2. DA PARTE NA EXECUÇÃO FISCAL

Antes de adentrar em relação à parte, necessita-se esclarecer o que é uma execução fiscal. Ademais, a execução fiscal é o direito da Administração Pública de cobrar os seus devedores por meio judicial, pela Certidão de Dívida Ativa, na qual conterá todos os dados para a cobrança, devendo realizar a execução no prazo de 5 (anos) a partir do vencimento, para que não ocorra a prescrição.

A execução fiscal é regida pela Lei n. 6.830/80, que determina o caminho a ser percorrido, bem como pelo Código Tributário Nacional (CTN) e, subsidiariamente, o Código de Processo Civil.

A Certidão de Dívida Ativa – CDA é o documento utilizado pela Administração Pública, que indicará todos os dados do devedor e o valor da dívida, conforme o artigo 202 do CTN:

Art. 202. O termo de inscrição da dívida ativa, autenticado pela autoridade competente, indicará obrigatoriamente:

I - o nome do devedor e, sendo caso, o dos co-responsáveis, bem como, sempre que possível, o domicílio ou a residência de um e de outros;

II - a quantia devida e a maneira de calcular os juros de mora acrescidos;

III - a origem e natureza do crédito, mencionada especificamente a disposição da lei em que seja fundado;

IV - a data em que foi inscrita;

V - sendo caso, o número do processo administrativo de que se originar o crédito.

Parágrafo único. A certidão conterá, além dos requisitos deste artigo, a indicação do livro e da folha da inscrição. (BRASIL, 1966).

Além do disposto no CTN, há previsão dos requisitos no art. 2º, § 5º, da Lei de Execução Fiscal, especificamente no inciso I, que menciona que deverá haver o nome do devedor, bem como o comprovante de pessoa física – CPF, sendo necessário estarem os dois corretos, pois, até mesmo no caso de homônimo, os tribunais entendem que é caso de extinção da execução.

Caso a CDA for ajuizada ocorrendo à omissão dos dados essenciais supramencionados, o art. 203 do CTN determina que será causa de nulidade, exceto se for sanada a nulidade até decisão de primeira instância. Nesse viés, determina o § 8º, do art. 2º da Lei 6.830/80, que: § 8º - “Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos” (BRASIL, 1980).

É evidente que a CDA deverá conter o nome do devedor que a Administração Pública executará, porém, por equívoco do órgão Público, houve a execução fiscal contra pessoa estranha à relação tributária, ou seja, essa pessoa não tem qualquer vínculo com o bem que levou a inscrição em dívida ativa, surgindo o caso da ilegitimidade passiva.

Cabe destacar os problemas que a Administração Pública tem quando se refere ao IPTU, eis que há vários casos de mudança de proprietário, responsável, e uma simples falta de observação pode ocasionar diversos danos tanto para o contribuinte, que poderá ser executado, quanto para o Exequente, já que também terá danos decorrentes a essa execução.

Diante disso, Wambier et al (2016, p. 92) dispõe sobre legitimidade, por ora, as partes do processo:

A legitimidade é uma qualidade que resulta da relação entre o sujeito e o objeto: essa qualidade é aferida em função de ato jurídico realizado ou a ser praticado, ou, mais especificadamente, da relação entre sujeito e a relação jurídica. A noção de legitimidade é, pois, relacional, e supõe a de capacidade. Consiste num liame que se estabelece entre um sujeito, um objeto e outro sujeito. De fato, a relação jurídica abrange, pelo menos, dois sujeitos e uma relação. Logo, se se diz que a legitimidade é um liame que envolve um sujeito e uma relação jurídica, nesta relação haverá sempre o outro sujeito. [...] A legitimidade ad causam nasce da coincidência entre as titularidades no plano do direito material e da relação processual.

Compreende-se como partes na execução fiscal o Exequente, que é a Administração Pública, e o Executado, que é o devedor, e em um possível erro sobre a parte na execução fiscal, deve-se aplicar a legislação específica e a subsidiária.

3. DA ILEGITIMIDADE PASSIVA

Para iniciar este estudo sobre a ilegitimidade, deve-se saber a sua etimologia. De acordo com o vocabulário jurídico conciso, Silva (2012, p. 326) tem o seguinte conceito:

Derivado do latim *illegitimus*, exprime o vocábulo o que não é conforme à lei ou não é legítimo. [...] É adjetivo que qualifica todo fato, ato, coisa ou pessoa, que se apresenta fora das regras ou dos princípios legalmente instituídos, em virtude do que, ou se apresenta como fato ou coisa nula e ineficaz, como pessoa incompetente e incapaz, ou a quem a lei não concede os favores normalmente outorgados às quem se dizem legítimas. Desse modo, em amplo conceito, ilegítimo ou é tudo que se apresenta contra a lei, ou é tudo que é feito sem atenção as regras, prescrições ou formalidades.

Mister ressaltar que nenhuma lei específica em relação à execução fiscal determina o que se deve fazer no caso de ilegitimidade do polo passivo, portanto, neste caso de omissão, deve-se aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil.

Vale lembrar a recente mudança processual, assim, destaca-se a antiga e a atual legislação acerca do tema.

3.1 CPC/73

O Código de Processo Civil, Lei nº 5.869/1973, ficou em vigor por mais de 40 (quarenta) anos, sendo considerado uma boa legislação, que sofreu diversas alterações com o fim de se adequar às novas realidades sociais. Ocorre que não foi suficiente, visto a ampla mudança do direito.

Em relação à substituição do polo passivo, o código em comento não autorizava a substituição do réu, devendo o juiz extinguir a ação sem a resolução do mérito, conforme elencava o art. 267, VI, CPC/73: “extingue-se o processo, sem resolução de mérito: [...] VI - quando não concorrer qualquer das condições da ação, como a possibilidade jurídica, a legitimidade das partes e o interesse processual” (BRASIL, 1973).

O mais próximo que chegava o Código de Processo Civil/73, no que tange à ilegitimidade passiva, era a nomeação à autoria, elencada na Seção II, nos artigos 62 a 69, de acordo com Carneiro (2008):

A nomeação impõe ao réu, que se considere parte ilegítima ad causam (por agir como mero detentor da coisa, ou como preposto), o dever de “nomear” o terceiro, que afirme seu preponente, a fim de que este venha substituí-lo no polo passivo da relação processual. Em última análise, é instituto que, em sua feição atual, visa a correção de ilegitimidade passiva, e isso por razões de ordem prática, assim superando com simplicidade processual os percalços decorrentes de haver o autor, com frequência iludido pelas aparências, dirigido a ação contra quem não seja o verdadeiro legitimado passivo.

Neste caso, quando houvesse erro na propositura de uma ação, o réu nomearia um terceiro, para que o réu se eximisse da ação. Entretanto, o terceiro deveria manifestar concordância, caso contrário a ação continuaria contra o nomeante, tornando a nomeação sem efeito. Porém, se na execução fiscal existisse equívoco quanto à parte elencada na Certidão de Dívida Ativa – CDA, por óbvio, essa execução seria extinta sem resolução do mérito, não cabendo a nomeação em hipótese alguma.

A título de esclarecimento, menciona-se que o CPC/73 também zelava pela boa-fé processual, já que condenava a parte que não nomeava a autoria quando lhe competia, bem como quando nomeava pessoa diversa (art. 69, o CPC/73). Assim, percebe-se que a lei sempre protege o de boa-fé e pune quem age com intenções maliciosas.

Ocorre que o Fisco poderia alterar os valores da CDA, desse modo, trouxe à tona a possibilidade de alterar o polo passivo. Entretanto em diversas decisões houve o entendimento que não seria possível a alteração da parte, tendo em vista a falta de amparo legal na Lei nº 8.630/80. Diante de vários precedentes, sendo eles: AgRg no Ag 771386 BA; AgRg no Ag 815732 BA; AgRg no Ag 888479 BA; EDcl no REsp 820249 RS; EREsp 823011 RS; EREsp 839824 RS; REsp 750248 BA; REsp 829455 BA; REsp 837250 RS; REsp 837364 RS; REsp 897357 RS; REsp 902357 RS e REsp 904475 RS. Por fim, foi pacificado, no dia 07/10/2009, o Enunciado Sumular 392 do Superior Tribunal de Justiça, estabelecendo 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” (BRASIL, 2009).

É evidente que a súmula supramencionada teve como base o Código de Processo Civil de 73, destaca-se o fundamento do precedente que proibiu a substituição da CDA, por consequência a mudança das partes:

consoante jurisprudência desta Corte, é inviável a substituição do sujeito passivo no curso da lide, após constatação da ilegitimidade passiva ad causam, ensejadora da extinção do processo sem exame do mérito, conforme inteligência do art. 267, VI, do CPC. (BRASIL, 2009).

Por fim, é claro que a súmula foi editada proibindo a alteração das partes, pois tinha por fundamento o artigo 267, IV, do CPC/73, portanto, em total constância com o ordenamento jurídico em vigor à época.

3.2 CPC/2015

Com o objetivo de uma evolução no campo jurídico, foi publicado, em 2015, o novo Código de Processo Civil, Lei nº. 13.105/2015. Com diversas alterações, dentre elas destaca-se a possibilidade de alteração do polo passivo, já que o autor poderá alterar o polo passivo no caso de ilegitimidade de parte, ou seja, se houver erro ao propor a ação, o réu deverá alegar na contestação ser parte ilegítima, e o juiz facultará ao autor a alteração para substituir o polo

passivo, conforme elenca o art. 338 do Código de Processo Civil, em que “alegando o réu, na contestação, ser parte ilegítima ou não ser o responsável pelo prejuízo invocado, o juiz facultará ao autor, em 15 (quinze) dias, a alteração da petição inicial para a substituição o réu” (BRASIL, 2015).

Com essa nova modalidade, a substituição do réu, a nomeação de autoria no Novo CPC deixou de existir, aumentando a possibilidade de alteração do polo passivo.

Visto isso, vislumbra-se que autor poderá alterar a petição, e caso juiz conheça liminarmente da ilegitimidade, facultará ao autor a alteração sem ônus de sucumbência, como bem elenca Cambi (2017):

Logo, além do autor poder alterar o pedido ou a causa de pedir, poderá modificar, inclusive para acrescer, pessoas tanto no polo passivo quanto no polo ativo do processo (litisconsórcio). E o juiz, se conhecer liminarmente e de ofício a ilegitimidade passiva, deve facultar ao autor a alteração da petição inicial, para a substituição do réu, sem ônus sucumbenciais. (NCPC, arts. 339 e 340; Enunciado 296 do FPPC).

No caso de o autor alterar o polo passivo, deverá pagar as despesas processuais, bem como os honorários ao procurador da parte ilegítima. Desse modo, elucida o parágrafo único, do artigo 338: “realizada a substituição, o autor reembolsará as despesas e pagará os honorários ao procurador do réu excluído, que serão fixados entre três e cinco por cento do valor da causa ou, sendo irrisório, nos termos do art. 85, § 8º” (BRASIL, 2015).

Logo, quando o valor da ação for mínimo, o valor será arbitrado conforme os incisos do art. 85, ou seja, o magistrado, ao arguir o valor, deverá levar em consideração vários quesitos, como: se o serviço prestado deve o zelo esperado, qual foi a importância da causa, o trabalho que o advogado teve e o tempo de serviço, o lugar em que foi prestado o serviço.

Ainda, o mencionado código, no artigo 339, determina que o réu deverá indicar o sujeito passivo da ação quando tiver conhecimento, no caso de o réu ser parte ilegítima e não indicar o verdadeiro polo deverá arcar com as despesas processuais e ainda pagar indenizações, logo, é meio para evitar a má-fé processual.

Todavia a responsabilidade do réu em indicar o verdadeiro polo passivo é subjetiva, como determinou o Enunciado 44, do FPPC (apud, MEDINA, 2016, P. 604). Diante disso, verifica-se que haverá indicação apenas se a parte tiver conhecimento, tratando, portanto, de um dever, já que do contrário terá ilícito civil pelo prejuízo ocorrido da falta de indicação do polo passivo, sendo condenada em indenizações.

O § 1º, do art. 339 do CPC, determina que ao autor é facultativo aceitar a indicação do réu para substituir o polo passivo, pois caso não concorde com a indicação, basta não fazer a alteração do Réu no prazo de 15 (quinze) dias. Nessa lógica, o processo continuará seguindo os trâmites legais, sem qualquer alteração.

Frisa-se o posicionamento doutrinário a respeito do tema:

O art. 339 trata de situação em que o réu não deve se limitar a alegar sua ilegitimidade para a causa, mas deverá indicar aquele que deveria compor a lide em seu lugar. Isso ocorre quando, pelas circunstâncias do caso o réu tem conhecimento de quem seria o legitimado passivo. (WAMBIER, 2016, p. 653).

Há possibilidade de autor apenas acolher a indicação, assim, indicará os dois, ocorrendo o litisconsórcio, conforme inteligência do § 2º, do art. 339 do CPC, ou seja, possuirá várias pessoas no polo passivo em um único processo. Quando ocorrer tal previsão, não será possível determinar o pagamento das despesas enquanto não determinar os verdadeiros réus.

No caso de formação de litisconsórcio, deverá seguir a regra processual, portanto, ambos deverão ser intimados de todos os atos, e ambos terão direito de prosseguir com o processo, como bem esclarece o art. 118 do CPC.

Concordando com o réu para alterar o polo passivo, o FPPC, Enunciado 152 (apud MEDINA, 2016, p. 604), determina que “nas hipóteses dos §§ 1º e 2º do art. 339, a aceitação do autor deve ser feita no prazo de quinze dias destinados à sua manifestação sobre a contestação ou sobre essa alegação de ilegitimidade do réu”.

A correção do polo passivo é destacada pelos autores Wambier et al (2016, p. 652), cita-se:

Os arts. 338 e 339 trazem alteração relevante, também voltada à simplificação do procedimento, que diz respeito à possibilidade de correção do polo passivo pelo autor. A medida excepciona o princípio da perpetuatio legitimationis, mas se mostra coerente com o princípio da sanabilidade, consagrado os atos não só nesses dispositivos, mas em vários outros do NCPC. 1.1. De acordo com esse princípio, que decorre outro fundamental, que é o princípio da instrumentalidade, os atos processuais, mesmo que eivados de vício, devem ser aproveitados, de maneira a permitir que se chegue a uma solução de mérito.

O artigo 317 do Código de Processo Civil elenca que o juiz, antes de proferir a decisão de mérito, deve dar oportunidade à parte para corrigir o vício quando possível, quando não ferir

princípios constitucionais. Veja-se o posicionamento da doutrina na aplicação do art. 338, e da inteligência do art. 317, ambos do CPC:

Caso o réu alegue ilegitimidade passiva ad causam na contestação, permite à lei processual a correção do vício, com a substituição do réu. A solução encontrada pelo Código ajusta-se ao princípio previsto no art. 317 CPC 2015, segundo o qual não se deve extinguir o processo sem resolução do mérito, quando possível a correção do vício. (MEDINA, 2016, p. 603).

Na visão de Alvim (2012), é inegável que a extinção de um processo sem resolução do mérito, independente da área do direito, é o resultado mais indesejável para o autor, e a possibilidade de sanar os vícios dando às partes a possibilidade de retificar defeitos, desde que materialmente possível e sem ofender a Carta Magna, é um grande avanço. Havendo, ainda, uma prevenção, que pretende que os vícios sanados não possibilitem uma sentença nula.

É possível notar que a implantação desse dispositivo deixou o processo mais ágil, diminuindo o perigo da demora, bem como o assombro da prescrição, já que não existe mais a necessidade da propositura de uma nova ação, apenas a reforma da petição inicial.

Mister ressaltar Ementa do Tribunal de Justiça de Amazonas (2017), em que demonstra a possibilidade de alteração no caso de ilegitimidade ad causam, aplicando o artigo 338 do CPC. Assim, cita-se:

PROCESSUAL CIVIL. RESPONSABILIDADE CIVIL EX DELICTO. INDENIZAÇÃO POR DANO MORAL. ILEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. - Alegada a ilegitimidade passiva em contestação, facultada ao autor a substituição do réu (art. 338, caput, CPC/2015) - Embora o despacho judicial não contenha referência expressa ao art. 338, caput, do CPC/2015, tem-se como cumprida sua finalidade, uma vez que foi oportunizado aos autores, que se manifestasse quanto aos termos da contestação, no prazo de 15 (quinze) dias, tendo estes refutado, expressamente, a alegada ilegitimidade passiva - Apelo conhecido, mas desprovido. (TJ-AM 06014833520178040001 AM 0601483-35.2017.8.04.0001, Relator: Ernesto Anselmo Queiroz Chixaro, Data de Julgamento: 09/04/2018, Primeira Câmara Cível).

Diante dessa mudança, é evidente a evolução processual, uma vez que o processo não será extinto, apenas haverá substituição na petição. Ocorre que esse dispositivo não vem sendo aplicado em todo ordenamento jurídico brasileiro, pois, em relação à execução a fiscal, ainda não é possível aplicar o mencionado art. 338 do CPC, uma vez que ainda é observada a súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça.

Veja-se o posicionamento do Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro (2017) acerca da aplicação do art. 338 do CPC na execução fiscal:

APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. IPTU. ILEGITIMIDADE PASSIVA. IMPOSSIBILIDADE DE ALTERAÇÃO DO POLO PASSIVO. SÚMULA Nº 392 DO STJ. INAPLICABILIDADE DO ART. 338 DO CPC/15. CABIMENTO DA CONDENAÇÃO DA FAZENDA EM HONORÁRIOS SUCUMBENCIAIS. SENTENÇA MANTIDA. Impossibilidade de alteração do polo passivo, nos termos da Súmula nº 392 do STJ. Inaplicabilidade do art. 338 do CPC/15, posto que as normas que direcionaram o entendimento sumular advêm de matéria tratada em Leis Especiais, não revogadas pelo NCP. Possibilidade de condenação da Fazenda em honorários sucumbenciais em razão da extinção da execução pelo acolhimento da exceção de pré-executividade, diante da necessidade do então executado em contratar advogado para sua defesa. Recurso desprovido. (TJ-RJ - APL 01994036920058190001 RIO DE JANEIRO CAPITAL CARTORIO ELETRONICO DA 12 VARA FAZ PUBLICA, Relator: MARÍLIA DE CASTRO NEVES VIEIRA, Data de Julgamento: 29/11/2017, VIGÉSIMA CÂMARA CÍVEL, Data da Publicação: 01/12/2017).

É possível notar o posicionamento que vem ocorrendo em todo o país. No que tange à ilegitimidade passiva na execução fiscal e um processo cuja aplicação do CPC é principal, ambos devem aplicar a mesma norma processual, apesar de serem tribunais diversos.

O fundamento para a não aplicação do art. 338 do Código de Processo Civil é que se trata de uma norma subsidiária, entretanto, observa-se que a norma específica (LEF/CTN) em nenhum momento proíbe a modificação do polo passivo, devendo aplicar nos casos omissos o atual Código de Processo Civil. Logo, é evidente que deve aplicar os artigos 338 e 339, ambos do CPC, conforme fundamento do relatório do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo:

Por fim, consiga-se que às execuções fiscais não se aplica o disposto no art. 338 do CPC/2015, uma vez que o processo executivo fiscal é regido pela Lei nº 6.830/80 e pelo CTN, prevalecendo, portanto, a especialidade destas leis, com aplicação subsidiária da lei geral apenas naquilo que não colidirem com os preceitos contidos nas leis específicas. (BRASIL, 2018).

Pois bem, destaca-se que a norma processual deve ser aplicada subsidiariamente em relação à execução fiscal, conforme determina o artigo 1º da LEF, frisa que esta possui ordenamento próprio, sendo a Lei nº. 6.830/80 Lei de Execução Fiscal – LEF e o Código Tributário Nacional, e essas leis em nenhum momento proíbem a alteração do polo passivo. Nesse caso, não há motivo para aplicar uma norma revogada. Nesse viés, dispõe o § 8º, do art. 2º da LEF: “Até a decisão de primeira instância, a Certidão de Dívida Ativa poderá ser

emendada ou substituída, assegurada ao executado a devolução do prazo para embargos” (BRASIL, 1980).

Assim, é possível notar que poderá ter todo tipo de alteração, com exceção da substituição do polo passivo, tendo em vista que o Enunciado Sumular mencionado, o qual foi edificado sob a égide da antiga norma processual, se encontra totalmente revogado e não há mínima aplicabilidade.

Logo se percebe que tanto a lei específica quanto a atual lei subsidiária não proíbem a alteração da parte passiva, sendo que até autorizam a modificação. Porém as decisões vêm sendo em sentido contrário, dispondo de uma súmula que, em tese, não tem eficácia.

Não faz sentido um Estado Democrático de direito manter em aplicação uma norma defasada.

4. DA INAPLICABILIDADE DA SÚMULA 392 DO STJ

Primeiramente, evidencia-se que se está em uma nova era do direito, sendo possível a alteração das partes conforme mencionado no atual Código de Processo Civil. Ocorre que ainda está em vigor uma súmula que foi edificada sobre a antiga norma processual.

Ao observar os fundamentos dos precedentes dessa súmula, destaca-se que o objetivo era a economia processual, assim,

a propósito, firmou-se nesta Corte orientação no sentido de que a emenda ou substituição da Certidão de Dívida Ativa é uma faculdade conferida à Fazenda Pública, em observância ao princípio da economia processual, sendo esse procedimento permitido até a prolação da sentença, a teor do disposto no § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980. Nessa linha os seguintes julgados. [...] Assim, em homenagem ao princípio da economia processual, deve ser concedida oportunidade à recorrente para substituir a Certidão de Dívida Ativa eivada de irregularidade. (BRASIL, 2009).

A busca pelo princípio da economia processual vem desde os primórdios, buscando o menor gasto possível para realização de um maior número de serviços, complementando com o princípio da celeridade, no qual dispõe:

É permitida à Fazenda Pública a substituição da Certidão de Dívida Ativa até a prolação da sentença dos embargos à execução. Inteligência do § 8º do art. 2º da Lei n. 6.830/1980. Em homenagem ao princípio da celeridade processual, não é razoável manter a sentença que extinguiu o feito antes de citado o executado, sem conferir à exequente oportunidade para substituir o

título que engloba num único valor a cobrança de diferentes exercícios”. (REsp n. 745.195-RS, 2ª Turma, Min. Castro Meira, DJ de 15.8.2005).

Nesse caso, é possível notar que a súmula sempre buscou abordar os princípios da celeridade e da economia processual, entretanto, levou-se em consideração o Código de Processo Civil que estava em vigor, logo expressamente proibida a alteração do polo passivo na execução fiscal.

Os princípios, portanto, devem ser observados como um equilíbrio normativo, para que não haja nenhum prejuízo às partes que estão na lide, já que é interesse de todos os envolvidos uma resposta rápida do judiciário e sem despesas excessivas. Por este motivo, na balança do direito, todos os lados devem ser pesados, já que a justiça é para todos.

Vale destacar que a celeridade é princípio constitucional, no qual o autor Marinoni (2012) reza:

A Emenda Constitucional n. 45/2004 agregou ao art. 5.º inciso que institui o direito fundamental à duração razoável do processo e aos meios que garantam a celeridade da sua tramitação. Diz esse inciso (CF, art. 5.º, LXXVIII) que a todos, no âmbito judicial e administrativo, são assegurados a razoável duração do processo e os meios que garantam a celeridade de sua tramitação.

O princípio da celeridade, por se tratar de uma norma constitucional, em hipótese alguma poderá ser violado, assim, toda norma que contrariar tal dispositivo deverá ser declarada inconstitucional, isto é, a súmula 392 do STJ, ao não permitir a substituição do polo passivo, não fere apenas o Código de Processo Civil, mas vai além, atacando diretamente a Lei Maior, especificamente o inciso LXXVIII do artigo 5º.

Vislumbra-se que o princípio da economia processual ultrapassa o campo dos gastos públicos ou das partes. Por ser de extrema importância, serve de base para todo o ordenamento jurídico brasileiro. Incumbe destacar que é o princípio cujo objetivo não é apenas o aspecto “econômico, mas também o social, com fins visados, quais sejam o da eficiente prestação jurisdicional. O princípio da economia processual assegura a efetividade do processo” (SILVA, 2012, p. 237).

Entende-se que os princípios possuem diversos objetivos para o direito, sobressai-se o poder de limitação da vontade subjetiva, definindo regras com o fim de manter uma sociedade civilizada e equilibrada. Nesse caso, não resta dúvida que os operadores do direito, muitas vezes, estão julgando contra a lei, mesmo que não haja lei proibindo, prejudicando todos que necessitam do judiciário. Tendo em vista que os princípios são matérias genéricas, ou seja,

contrapondo-se às leis, que se tratam de normas específicas, assim, torna-se a legislação mais individualizada (SILVA, 2012).

Frisa-se que não está apenas em “jogo” alteração das partes ou pagamento de sucumbência, mas quando se fala em execução fiscal, ou seja, impostos, vão muito além da simples proibição de aplicar uma norma em vigor, causa grave prejuízo para a Administração Pública, uma vez que ao propor uma nova execução fiscal, parte ou até mesmo todo débito poderá estar prescrito.

Conforme acima mencionado, tudo indica que não deve ser aplicada a súmula 392 do STJ no que tange à vedação da alteração do polo passivo. Desse modo, adequando-se aos artigos 338 e 339, ambos do Código de Processo Civil, respeitando, ainda, os princípios que serviram como base para edificação da mencionada súmula.

Logo, o judiciário não ficaria tão abarrotado de processo, uma vez que hoje, no Brasil, há um alto número de execuções fiscais, tornando a justiça mais eficiente e menos burocrática, pois estaria de acordo com uma legislação a qual foi pensada para sanar todos os problemas atuais. Do contrário, não há lógica essa resistência para aplicar algo mais benéfico.

Em decorrência da aplicação de uma súmula defasada, pode haver danos a toda coletividade em tamanho inimaginável, sendo que haverá diminuição da receita, bem como gastos extras ao executar novamente o mesmo débito, com a única diferença, a mudança no polo passivo.

Destarte, essa súmula não pode mais ser aplicada no ordenamento jurídico, ou seja, aplicará na execução fiscal os artigos 338 e 339, ambos do CPC, incorrendo em diversos efeitos para a execução. Possibilita-se, assim, a alteração da CDA, bem como da petição inicial, substituindo o polo passivo na execução fiscal. Também pode ser revogada a parte que veda a alteração, adequando ao Novo Código de Processo Civil, eis que nenhuma norma é vitalícia.

5. CONSIDERAÇÕES FINAIS

O atual Código de Processo Civil foi um grande avanço para a sociedade, em especial por permitir a substituição do polo passivo, atendendo aos princípios da economia processual e da celeridade processual, com o fim de obter maior resultado com o mínimo de gasto possível.

Diante da falta de regulamentação em lei específica sobre a ilegitimidade passiva no processo de execução fiscal, deve-se aplicar subsidiariamente o Código de Processo Civil.

Portanto, tornou-se obsoleta a parte da súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça que veda a substituição da parte, por não ter mais fundamento legal, já que a nova legislação contraria diretamente a súmula. Tendo em vista a mudança processual, todos os processos devem se adequar à nova legislação, pois do contrário nada adiantaria a evolução legislativa.

Ademais, os magistrados devem aplicar o artigo 338 do Código de Processo Civil nas execuções fiscais, facultando ao Exequente no prazo de 30 dias por se tratar da Fazenda Pública, tendo prazo em dobro, conforme o artigo 183 do mencionado código, a substituição do polo passivo, no caso de ilegitimidade, ainda, incumbindo ao Executado indicar o sujeito passivo caso tenha conhecimento, sob a pena de arcar com as despesas processuais, como elenca o artigo 339 do CPC.

Nessa mesma linha de raciocínio, o Exequente deve ser condenado ao pagamento dos honorários do procurador que foi Executado de forma equivocada, para que não haja prejuízo a alguém que não faça parte da relação processual.

O direito não admite a aplicação de uma norma processual que se encontra revogada, que ficou em vigor por mais de 40 (quarenta) anos e, por não se adequar aos anseios sociais, necessitou ser substituída. Assim, devido a essa substituição, em função de uma legislação mais avançada, que não impede alteração do polo passivo na Execução Fiscal, não há porque ainda essa legislação ultrapassada ser discutida pela justiça.

Por fim, mister ressaltar que a súmula está desatualizada conforme a nova vertente processual, assim sendo, o Superior Tribunal de Justiça necessita fazer uma nova análise da mencionada súmula, para que o ordenamento jurídico possa ficar harmônico, respeitando a cronologia das leis e os princípios do direito brasileiro. Por consequência, autorizando a aplicação do artigo 338 o Código de Processo Civil, tanto nos processos em que é principal quanto nos que se aplica subsidiariamente, no caso em tela nas execuções fiscais. Evidente que a saída razoável para o caso em comento é a não aplicação da Súmula 392 do Superior Tribunal de Justiça.

6. REFERÊNCIAS

ALVIM, A. A. et al. **Comentários ao código de processo civil**. São Paulo: Saraiva, 2016.

AMAZONAS. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 06014833520178040001**. Relator: Ernesto Anselmo Queiroz Chixaro. Disponível em: <<https://tj-am.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/583164828/6014833520178040001-am-0601483-3520178040001/inteiro-teor-583164849?ref=juris-tabs>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

BRASIL. Constituição (1998). **Constituição da República Federativa do Brasil**: promulgada em 5 de outubro de 1988. Brasília, DF: Senado Federal, 1988.

_____. Novo Código de Processo Civil – Lei nº 13.105, de 16 de março de 2015. In: **Vade Mecum Saraiva OAB**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Código de Processo Civil – Lei nº 5.869, de 11 de janeiro de 1973**. Disponível em: <<http://www2.camara.leg.br/legin/fed/lei/1970-1979/lei-5869-11-janeiro-1973-357991-norma-Atualizada-pl.html>>. Acesso em: 01 nov. 2018.

_____. Código Tributário Nacional – Lei nº 5.172, de 25 de outubro de 1966. In: **Vade Mecum Saraiva OAB**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. Lei nº 6.830, de 22 de setembro de 1980 – Lei de Execuções Fiscais. In: **Vade Mecum Saraiva OAB**. 15. ed. São Paulo: Saraiva Educação, 2018.

_____. **Superior tribunal de justiça**. Súmula nº 392/2009. Brasília. DF: STJ, 2009.

_____. **Superior Tribunal de Justiça**: precedentes da súmula 392/2009. Disponível em: <https://ww2.stj.jus.br/docs_internet/revista/electronica/stj-revista-sumulas-2013_36_capSumula392.pdf>. Acesso em: 04 jun. 2018.

CAMBI, E. et al. **Curso de Processo Civil Completo**. Revista dos Tribunais, 2017. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/128147379/v1/document/136130564/anchor/a-136130564>>. Acesso em: 31 out. 2018.

CARNEIRO, A. G. Intervenção de terceiro no CPC, de lege ferenda. **BDJur**, Brasília. 2008. Disponível em: <<http://bdjur.stj.jus.br/dspace/handle/2011/21097>>. Acesso em: 31 out. 2018.

MARINONI, L. G. **Curso de Processo Civil**. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2012. Disponível em: <<https://proview.thomsonreuters.com/launchapp/title/rt/monografias/75784877/v6/document/75918705/anchor/a-75918705>>. Acesso em: 31 out. 2018.

RIO DE JANEIRO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 01994036920058190001**. Relator: Marília De Castro Neves Vieira. Disponível em: <<https://tj-rj.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/584331251/apelacao-apl-1994036920058190001-rio-de-janeiro-capital-cartorio-eletronico-da-12-vara-faz-publica>>. Acesso em: 19 out. 2018.

SÃO PAULO. Tribunal de Justiça. **Apelação Cível nº 00041055320048260075**. Relator: Raul de Felice. Disponível em: <<https://tj-sp.jusbrasil.com.br/jurisprudencia/635401681/apelacao-apl-41055320048260075-sp-0004105-5320048260075/inteiro-teor-635401701?ref=juris-tabs#>>>. Acesso em: 19 out. 2018.

MEDINA, J. M. G. **Novo código de processo civil comentado**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.

SILVA, D. P. e. **Vocabulário jurídico conciso**. 3. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2012.

WAMBIER, L. R.; WAMBIER, T. A. A. **Princípios e temas gerais do processo civil.** São Paulo: Revistas dos Tribunais, 2011. v. 1.

WAMBIER, T. A. A. et al. **Primeiros comentários ao novo código de processo civil:** artigo por artigo. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2016.