RECURSO ESPECIAL Nº 1.629.497 - SP (2016/0257858-5)

RELATORA	**:**	**MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
RECORRENTE	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	NATHALY CAMPITELLI ROQUE E OUTRO(S) - SP162679
RECORRIDO	:	ASSOCIACAO ESCOLA GRADUADA DE SÃO PAULO
ADVOGADOS	:	MAURÍCIO DE ÁVILA MARÍNGOLO E OUTRO(S) - SP184169 ADRIANO GONZALES SILVÉRIO - SP194905

DECISÃO

Trata-se de Recurso Especial, interposto pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, em 18/05/2016, mediante o qual se impugna acórdão, promanado do Tribunal de Justiça daquele Estado, assim ementado:

> "APELAÇÃO - Anulatória. Autos de infração. ISS não recolhido. Sentença de procedência. Entidade de ensino com fins assistenciais. Recurso administrativo interposto contra indeferimento de imunidade - Crédito tributário ainda não constituído em definitivo, dada suspensão nos termos do artigo 151, III, do CTN. Nulidade dos autos de infração, da certidão de dívida ativa e do executivo fiscal (ajuizado em 15/5/2012), antes, portanto, do julgamento do recurso administrativo (em 11/10/2012). Recurso voluntário não provido, e reexame necessário a que se dá parcial provimento" (fl. 200e).

Embargos de Declaração rejeitados (fls. 217/224e).

Alega-se, nas razões do Recurso Especial, manejado com apoio nas alíneas **a** e **c** do permissivo constitucional, a existência de dissenso pretoriano e ofensa aos arts. 267, VI, 286 e 295, I, do CPC/73 e 128 do CTN.

Sustenta, a parte recorrente, em síntese, que:

> "Ao contrário do que alega a autora, não há qualquer impedimento à lavratura de autos de infração enquanto pendente de apreciação recurso administrativo por ela interposto em processo cujo objeto era o reconhecimento de suposta imunidade em seu favor.
> Ora, não se pode confundir o direito e dever da Fazenda Pública Municipal de constituir o crédito tributário, com a exigibilidade ou não do crédito, em virtude da existência de causa suspensiva ou extintiva do crédito. A constituição e a exigibilidade do crédito são institutos jurídicos que não se confundem.
> De se ressaltar que o processo administrativo nº 2006-0.227.752-0 não versava sobre a lavratura dos autos de infração n°s 66.398.576 e 66.398.592, versava sobre pedido de reconhecimento de imunidade no tocante ao ISS e ao IPTU. Por conseguinte, eventual recurso

> contra a decisão desfavorável nele proferida não teria o condão de impedir a constituição de créditos tributários.
> Em outras palavras, o recurso administrativo (que gerou o Processo Administrativo nº 2011-0.317.736-9) interposto contra a decisão de indeferimento do pedido de reconhecimento de imunidade não tem o condão de impedir a lavratura de autos de infração.
> O artigo 151, III, do Código Tributário Nacional, prevê que suspendem a exigibilidade do crédito tributário as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo.
> A leitura do referido artigo evidencia que os recursos e reclamações em processos administrativos obstam apenas e tão somente a exigibilidade do crédito tributário. Obviamente, a constituição do crédito tributário não fica impedida, até porque a natureza jurídica do lançamento no se confunde com os subsequentes atos tendentes à cobrança do crédito.
> Se assim no fosse, bastaria aos contribuintes que apresentassem petições à administração pública sobre qualquer tema que lhes aprouvesse, para impedi-la de constituir qualquer crédito tributário no prazo decadencial enquanto não houvesse decisão.
> Cumpre salientar, aliás, que, nos termos do artigo 142, parágrafo único, do Código Tributário Nacional, o lançamento é atividade vinculada e obrigatória e sua não realização pela autoridade competente implica responsabilidade funcional.
> Portanto, considerando que a pendência do recurso em processo administrativo não implica suspensão do prazo decadencial para a constituição do crédito tributário, a autoridade fiscal apenas cumpriu seu dever legal ao efetuar o lançamento e evitar a decadência e não poderia agir de forma diversa, sob pena de responsabilidade funcional" (fls. 236/237e).

Requer, por fim, "(a) conhecimento do recurso especial já que presentes seus requisitos, (b) o seu total provimento, para fins de reconhecer a afronta ao artigo 142, CTN e ao regime jurídico da decadência tributária, (c) a condenação do Recorrido nas custas e honorários de advogado" (fls. 239/240e).

Contrarrazões às fls. 247/258e.

Recurso Especial admitido (fl. 260e).

A irresignação merece prosperar.

Pacífica a jurisprudência do STJ no sentido de que, havendo decisão judicial a determinar, apenas e tão-somente, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, compete ao Fisco proceder, desde logo, ao lançamento tributário, de sorte a evitar o fenômeno da decadência.

À guisa de ilustração, confiram-se os seguintes precedentes:

"TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE DÉBITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE ISSQN. VEDAÇÃO CONTIDA EM LIMINAR DEFERIDA EM MANDADO DE SEGURANÇA. DECADÊNCIA AFASTADA. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal local consignou: a) não se desconhece que o STJ vem entendendo que o deferimento de liminar em Mandado de Segurança, na exegese do art. 151, IV, do CTN, constitui forma de suspensão da exigibilidade do crédito tributário, mas não o meio de impedir sua própria constituição; b) todavia, entende também o STJ que, nos casos em que eventual ordem judicial tenha obstado o Fisco de realizar o lançamento, não ocorre decadência; c) a liminar suspendia a própria lei que estendeu o ISSQN aos serviços cartorários e notariais. Assim, o Fisco Municipal não tinha como realizar nenhum lançamento em face dos devedores do crédito tributário; e d) estando a LC 33/2003 suspensa por força de decisão liminar em Mandado de Segurança, o Fisco Municipal não tinha fundamento legal para realizar lançamento tributário baseado naquela legislação, sob pena de quebra do princípio da legalidade.

2. **O STJ possui jurisprudência firme no sentido de que o deferimento de medida liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário não obsta a sua constituição, a fim de evitar a decadência**. Entretanto, no caso dos autos, o Tribunal de origem deixou expressamente delineado que liminar concedida em Mandado de Segurança vedava a atuação do Fisco, inclusive quanto à constituição do crédito tributário, não estando, portanto, caracterizada a inércia do sujeito ativo. Nesse sentido: AgRg no AREsp 410.492/PR, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 18.3.2014; REsp 849.273/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 7.5.2008.

3. É evidente que, para modificar o entendimento firmado no acórdão recorrido, é necessário exceder as razões colacionadas no acórdão vergastado, o que demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos, vedada em Recurso Especial, conforme Súmula 7/STJ.

4. Agravo Interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 930.915/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 11/05/2017).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. IPTU. **CONCESSÃO DE LIMINAR EM MANDADO DE SEGURANÇA. SUSPENSÃO**

> **DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO. LANÇAMENTO. NÃO IMPEDIMENTO**.
>
> 1. **A jurisprudência desta Corte orienta-se no sentido de que a suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede a prática de qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita o Fisco de proceder ao lançamento com o desiderato de evitar a decadência, cuja contagem não se sujeita às causas suspensivas ou interruptivas. Precedentes: EREsp 572.603/PR, Rel. Ministro Castro Meira, Primeira Seção, DJ 5/9/2005; AgRg no REsp 1.183.538/RJ, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 24/8/2010; AgRg no REsp 1.058.581/RS, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 27/5/2009; REsp 977.386/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJe 7/8/2008**.
>
> 2. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 356.479/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 08/04/2016).

Indevida, portanto, a anulação dos autos de infração fiscal em espeque.

Ante o exposto, com fundamento no art. 255, § 4°, III, do RISTJ, **dou provimento** ao Recurso Especial, para julgar improcedente o pedido inicial.

Fixo honorários advocatícios em favor do recorrente, no percentual mínimo estipulado no art. 85, § 3º, I a V, do CPC/2015, a ser apurado em execução de sentença.

I.

Brasília/DF, 05 de abril de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora