

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.510.668 - SP (2019/0138831-0)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : **MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ**
PROCURADORES : **GABRIELA DAYANE PIRES NOGUEIRA E OUTRO(S) - SP336468**
 ANDRÉ LISA BIASI - SP318387
AGRAVADO : **FARMACIA ART MED MANIPULACAO EIRELI**
ADVOGADOS : **FERNANDA VAZ GUIMARAES RATO PIZA - SP163596**
 WELLINGTON RAPHAEL HALCHUK D'ALVES DIAS - SP197214

DECISÃO

Trata-se de Agravo, interposto pelo MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ, mediante o qual se impugna acórdão, proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

"DECADÊNCIA - Multa - Execução fiscal - Insurgência contra decisão que rejeitou exceção de pré-executividade - Serviços de manipulação de medicamentos - Ocorrência do decurso do prazo de cinco anos para constituir o crédito a partir do fato gerador - Aplicação do art. 173, I, do CTN - Recurso provido" (fl. 164e).

Embargos de Declaração parcialmente acolhidos (fls. 182/186e).

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. 914 do CPC/2015, 173 do CTN e 16 da Lei 6.830/80.

Sustenta-se, em síntese, o seguinte:

"Observa-se que a Recorrida ingressou com exceção de pré-executividade para discussão da decadência, quando na realidade o correto seria a discussão em sede de embargos, tendo em vista a necessidade de comprovação dos fatos alegados por meio de produção de provas.

(...)

Em seu agravo, a Recorrida insistiu na tese de ocorrência da decadência, por um suposto transcurso de prazo superior a 05 (cinco) anos entre o fato gerador e lançamento do ISSQN devido. Embora a sua narrativa subvertesse a realidade, os E. julgadores de segundo grau reconheceram a extinção do crédito tributário e deram provimento ao recurso. No entanto, é preciso que se reforma, imediatamente, o acórdão proferido. Isso porque, como bem restou

esclarecido nos autos do processo administrativo nº. 28.805/07, em primeiro e em segundo graus, a exigibilidade e a cobrança do tributo foram suspensas por impugnação administrativa manejada pelo contribuinte bem como pela liminar conferida em mandado de segurança (processo nº 70/08 da Vara da Fazenda Pública de Jundiá).

Apenas em abril de 2010 foi publicada sentença denegando a ordem e cassando a liminar anteriormente concedida, nos autos do remédio constitucional. Após o prosseguimento da fiscalização para apuração do *quantum* devido, em virtude da negativa na apresentação dos documentos necessários pelo contribuinte, foi lavrado Auto de Infração nº 7.187/2013, com data de 03/12/2012.

Conforme bem, se demonstrou, a contagem do prazo decadencial foi obstada inicialmente em 10/12/2007 (fls. 05/11 - do processo administrativo nº. 28.805/07) em virtude da impugnação administrativa realizada pelo contribuinte.

No ano de 2008, o Recorrido impetrou mandado de segurança, no qual foi deferida a liminar, reforçando a suspensão da exigibilidade do tributo que permaneceu até a decisão denegatória do *mandamus*, proferida em abril de 2010, quando retornou o transcurso do prazo para lançamento.

Em 26/07/2010, sua contagem foi novamente obstada pela impugnação administrativa do contribuinte (processo administrativo nº. 28.805/07), reiniciando em 11/02/2012 (30 dias após a intimação pessoal do despacho denegatório de fls. 74).

Ato contínuo foram lavrados os autos de infração pertinentes em 29/08/2013, razão pela qual houve impugnação (indeferida) e conseqüente recurso administrativo por parte da excipiente, o qual também restou indeferido pela SMF.

Ainda deve ser lembrado que, em razão da interposição das impugnações o o administrativa e judicial (por meio de Mandado de Segurança), que suspenderam a exigibilidade do crédito, não ocorreu a decadência, já que transcorridos aproximadamente 4 anos e 8 meses, descontados os lapsos temporais em que não houve contagem de prazo, conforme já exposto acima.

A partir de então (lançamento) não há mais se falar em transcurso do prazo decadencial, mas tão somente em prazo prescricional" (fls. 191/193e).

Requer-se, por fim, "seja DADO PROVIMENTO ao recurso, acolhendo-se todos os fundamentos acima colacionados, a fim de REFORMAR o acórdão *a quo*, por ser

incabível a exceção de pré-executividade para a prova do alegado, bem como pela inocorrência da decadência dos tributos cobrados" (fl. 195e).

Contrarrazões às fls. 208/229e.

Recurso Especial inadmitido (fls. 230/231e), com base na Súmula 7/STJ, o que ensejou a interposição de Agravo (fls. 234/239e).

Contraminuta às fls. 247/257e.

O recurso não merece prosperar.

Pacífica a jurisprudência do STJ no sentido da possibilidade de acerto, em princípio, da questão relativa à decadência do crédito tributário em sede de Exceção de Pré-Executividade.

Senão, vejamos:

"TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ICMS. DÍVIDA ATIVA. DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURADA. INATIVIDADE EMPRESA. CADASTRO DA RECEITA FEDERAL. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE E LEGALIDADE.

1. Trata-se, na origem, de Exceção de Pré-Executividade proposta pela parte recorrida para reconhecer a inexigibilidade de Certidões de Dívida Ativa que integram Ação de Execução Fiscal proposta pela parte recorrente.

2. A sentença reconheceu a decadência do direito à constituição do crédito tributário, o que foi mantido pelo Tribunal de origem.

3. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp 973.733/SC, submetido ao rito do art. 543-C do CPC, firmou o entendimento de que a decadência para a constituição de tributo sujeito a lançamento por homologação deve ser contada na forma do art. 173, I, do CTN (do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado), para os casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado ou quando, existindo tal previsão legal, o recolhimento não é realizado. A propósito: REsp 973.733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 12/8/2009, DJe 18/9/2009; AgRg nos EDcl no REsp 1.264.479/SP, Rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 10/8/2016; AgRg no REsp 1.501.873/SC, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 6/4/2015.

4. Considerando que a decadência é matéria de ordem pública que pode ser apreciada em qualquer grau de jurisdição, entendemos por afastá-la considerando que a Ação de Execução Fiscal foi ajuizada em 21/10/2010 e o crédito tributário constituído definitivamente em 24/01/2008, como bem descrito no Acórdão recorrido.

5. Há de se prestigiar o princípio da presunção de legalidade e legitimidade dos atos administrativos em matéria tributária, cuja inscrição do crédito tributário em dívida ativa goza da presunção de certeza e liquidez (art. 3º da Lei 6.830/1980). A propósito: REsp 1.110.925/SP, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Seção, julgado em 22/4/2009, DJe 4/5/2009; AgInt no AREsp 987.568/RJ, Rel. Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 7/11/2017, DJe 10/11/2017; AgInt no REsp 1.577.637/RS, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 15/12/2016, DJe 19/12/2016; REsp 1.144.607/MG, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 20/4/2010, DJe 29/4/2010.

6. Ademais, **a jurisprudência do STJ firmou, no julgamento do REsp 1.104.900/ES, sob o rito dos recursos repetitivos, o entendimento segundo o qual a Exceção de Pré-Executividade constitui meio legítimo para discutir questões que possam ser conhecidas de ofício pelo Magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras, desde que desnecessária a dilação probatória.**

7. Quanto à declaração da nulidade da CDA, não é cabível tal instrumento processual quando, para a verificação da liquidez e certeza da Certidão de Dívida Ativa - CDA é preciso revolver o acervo fático-jurídico dos autos. Nesses termos: REsp 1.104.900/ES, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Seção, julgado em 25/3/2009, DJe 1/4/2009; AgRg no AREsp 449.834/SP, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 1/9/2015, DJe 14/9/2015; AgRg no Ag 1.199.147/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, julgado em 15/6/2010, DJe 30/6/2010.

8. Deve o sujeito passivo da obrigação tributária, a fim de elidir a presunção de legitimidade da CDA, demonstrar com provas idôneas

e inequívocas a não ocorrência do fato gerador do tributo, mostrando-se insuficiente a mera declaração realizada perante a Administração Fazendária de outro ente federativo.

9. Ou seja, a simples alegação do contribuinte de que a empresa não mais se encontrava em atividade, com base em informações repassadas pelo contribuinte à Receita Federal, não é prova suficiente para afastar a atuação do fisco estadual em relação à apuração da ocorrência de fatos geradores que repercutam na sua competência tributária.

10. Recurso Especial provido" (STJ, REsp 1.734.072/MT, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 23/11/2018).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO COLETIVA. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. ILEGITIMIDADE ATIVA. EFEITOS DA COISA JULGADA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. DILAÇÃO PROBATÓRIA. IMPOSSIBILIDADE.

I - A Primeira Seção, no julgamento do REsp 1.104.900/ES, sob o rito dos recursos repetitivos, consolidou o entendimento segundo o qual a exceção de pré-executividade constitui meio legítimo para discutir questões que possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado, como as condições da ação, os pressupostos processuais, a decadência, a prescrição, entre outras, desde que desnecessária a dilação probatória. Incidência da Súmula 393/STJ (AgRg no AREsp 552.600/PE, Rel. Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 23/09/2014).

II - Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no REsp 1.137.300/RS, Rel. Ministro NEFI CORDEIRO, SEXTA TURMA, DJe de 19/10/2015).

Impossível, outrossim, revisitar o juízo de fato, exarado pelo Tribunal de origem, quanto à suficiência da prova relativa à prescrição, uma vez que demandaria incursão no conjunto probatório dos autos, providência sabidamente vedada em sede de Recurso Especial (Súmula 7/STJ).

De outro lado, está igualmente pacificada, a jurisprudência do STJ, no sentido

de que a suspensão da exigibilidade de crédito tributário, obtida na via judicial, sem a realização de depósito integral, não afasta o dever do Fisco de lançar o crédito remanescente, sob pena de operar-se a decadência.

À guisa de mero exemplo, confirmam-se os seguintes precedentes:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. IPTU. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA. ERRO MATERIAL. SUSPENSÃO DO PRAZO. DECADÊNCIA. PRAZO QUINQUENAL. IMPOSSIBILIDADE. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO ATACADO. DEFICIÊNCIA DE MOTIVAÇÃO. APLICAÇÃO DAS SÚMULAS 283 E 284 DO STF. ALÍNEA 'C'. NÃO DEMONSTRAÇÃO DA DIVERGÊNCIA.

1. *In casu*, a Corte de origem consignou que 'vício de constitucionalidade não se confunde com erro meramente formal, como alude o inciso em comento, mas erro material. De nenhum modo se pode entender que, face esse vício, teria a Fazenda novo prazo de 5 (cinco) anos para lançar o crédito tributário de IPTU, exercício de 2000' (fl. 987, e-STJ).

2. Sendo assim, como o fundamento não foi atacado pela parte recorrente e é apto, por si só, para manter o decisum combatido, permite-se aplicar na espécie, por analogia, os óbices das Súmulas 284 e 283 do STF, ante a deficiência na motivação e a ausência de impugnação de fundamento autônomo.

3. Ademais, a **jurisprudência do STJ 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.

4. A divergência jurisprudencial deve ser comprovada, cabendo a quem recorre demonstrar as circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, com indicação da similitude fático-jurídica entre eles. Indispensável a transcrição de trechos do relatório e do voto dos acórdãos recorrido e paradigma, realizando-se o cotejo analítico entre ambos, com o intuito de bem caracterizar a interpretação legal divergente. O desrespeito a esses requisitos legais e regimentais (art. 541, parágrafo único, do CPC/1973, art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e art. 255 do RI/STJ) impede o conhecimento do Recurso Especial previsto na alínea 'c' do inciso III do art. 105 da Constituição Federal.

5. Recurso Especial não conhecido" (STJ, REsp 1.717.133/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 26/11/2018).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. ITBI. DECADÊNCIA. TERMO INICIAL. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE. DEVER DE LANÇAR. RECONHECIMENTO DA DECADÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

1. A fundamentação *per relationem* cumpre a exigência de motivação das decisões judiciais e satisfaz o requisito do prequestionamento.

2. O deferimento de medida liminar para suspender a exigibilidade do crédito tributário não obsta a sua constituição, a fim de evitar a decadência. Precedentes.

3. Recurso especial provido em parte" (STJ, REsp 1.475.188/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJ de 02/10/2015).

Como resta incontroverso, nestes autos, o fato de não ter havido depósito judicial, bem como de não ter havido ordem judicial expressa a impedir o lançamento do crédito tributário, conclui-se que, na linha da jurisprudência colacionada, a falta de lançamento de ofício operou a decadência do crédito tributário.

Ante o exposto, com fundamento no art. 253, parágrafo único, II, **a e b**, do RISTJ, conheço do Agravo para conhecer em parte do Recurso Especial e, nessa parte,

negar-lhe provimento.

Em atenção ao disposto no art. 85, § 11, do CPC/2015 e no Enunciado Administrativo 7/STJ ("Somente nos recursos interpostos contra decisão publicada a partir de 18 de março de 2016, será possível o arbitramento de honorários sucumbenciais recursais, na forma do art. 85, § 11, do novo CPC"), majoro os honorários advocatícios em 10% (dez por cento) sobre o valor já arbitrado, levando-se em consideração o trabalho adicional imposto ao advogado da parte recorrente, em virtude da interposição deste recurso, respeitados os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º do art. 85 do CPC/2015.

I.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUETE MAGALHÃES
Relatora