



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002136

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 9000600-45.2007.8.26.0090, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado DIARTE EDITORA E COMERCIAL DE LIVROS LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. V**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores RAUL DE FELICE (Presidente sem voto), SILVA RUSSO E EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

EURÍPEDES FAIM

Relator(a)

Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

VOTO Nº.: 30252

APELAÇÃO Nº.: 9000600-45.2007.8.26.0090

COMARCA: SÃO PAULO

APELANTE: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

APELADO: DIARTE EDITORA E COMÉRCIO DE LIVROS LTDA.

JUIZ DE 1º GRAU: FELIPE DE MELO FRANCO

EMENTA

TRIBUTÁRIO – APELAÇÃO – EXECUÇÃO FISCAL – ISS – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – EXERCÍCIO DE 1991 – Sentença que, reconhecendo a prescrição do crédito, julgou extinta a execução fiscal. Apelo do exequente.

PRESCRIÇÃO – ISS – A prescrição tributária extingue o crédito tributário. A prescrição começa a ser contada da data da constituição definitiva do crédito tributário. O dies a quo do prazo prescricional é a data da notificação da obrigação tributária e o dies ad quem do prazo prescricional retroage à data da propositura da ação. Recurso Especial Representativo de Controvérsia 1120295/SP – Precedentes do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo.

SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO – Interposição de recurso administrativo contra a cobrança dos créditos tributários referentes ao ISS do exercício de 1991 – Notificação feita ao devedor em 12/12/1991 (fls. 03) – Suspensão da exigibilidade do referido crédito enquanto pendente o exame dos recursos na via administrativa – Artigo 151, III do Código Tributário Nacional – Precedente do C. Superior Tribunal de Justiça e dessa C. Câmara.

No caso dos autos, verifica-se pela documentação juntada que a executada apresentou impugnação administrativa em 21/05/1993, encerrando-se a contenda administrativa em 26/09/2002 (fls. 44/45) – Execução fiscal ajuizada em 25/09/2007 (fls. 02) – Inocorrência de prescrição.

HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS – IMPOSSIBILIDADE – Exceção de pré-executividade rejeitada – Prosseguimento da execução – A exceção de pré-executividade só acarreta a condenação em honorários advocatícios caso seja acolhida, integral ou parcialmente, pois desta forma há, em algum grau, a extinção da execução – Precedentes do C. Superior Tribunal de Justiça e desta C. Câmara.

Sentença reformada – Recurso provido.

Trata-se de recurso de apelação interposto pelo **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO** contra a respeitável sentença de fls. 48/53, cujo relatório se adota e que, acolhendo a exceção de pré-executividade, julgou extinta a execução fiscal movida contra **DIARTE EDITORA E COMÉRCIO DE LIVROS LTDA.**, reconhecendo a ocorrência da prescrição do crédito tributário. Condenou, ainda, o Município ao pagamento de honorários advocatícios, fixados em 10% sobre o valor da execução.

Nas razões de apelação (fls. 67/69) o apelante alega a inocorrência da prescrição.

Aduz que a execução fiscal foi ajuizada tempestivamente, sendo o prazo prescricional interrompido pelo despacho citatório. Sustenta existência de causa suspensiva da prescrição. Requer a reforma da r. sentença, a fim de que seja determinada a continuidade da execução fiscal.

Vieram as contrarrazões (fls. 76/82).

Este é o relatório.

Passa-se a analisar o recurso.

DA PRESCRIÇÃO DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO.

O Código Civil de 1916 nos seus artigos 177 e 178 ao tratar da prescrição mencionava que prescrevia “a ação”, de onde se dizia outrora que a prescrição seria a perda do direito de ação, o que causa muita confusão até hoje.

Ocorre que o direito de ação é um direito constitucional exercível contra o Estado-juiz o qual não se perde nunca, pois se pode intentar uma ação até para exigir-se o que está prescrito ou é indevido.

Em virtude disso, o Código Civil de 2002 corrigiu a falha do código anterior proclamando que o que se perde é a pretensão quando ocorre a prescrição.

Diversamente do que ocorre no Direito Civil, no Direito Tributário a prescrição acarreta a extinção do crédito nos termos do disposto no art. 156, V, do Código Tributário Nacional:

Art. 156. **Extinguem o crédito** tributário: [...]

V - **a prescrição** e a decadência; [...] (grifo nosso)

A prescrição tributária, portanto, elimina o direito material do crédito, razão de ser possível a repetição de indébito de tributo prescrito, mas não de obrigação civil prescrita.

Início da contagem do prazo de prescrição tributária.

O Código Tributário Nacional trata do momento em que se inicia a contagem do prazo da prescrição:

Art. 174. A ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em cinco anos, **contados da data da sua constituição definitiva**. (grifo nosso)

Assim, quando o crédito se constituir definitivamente se inicia a contagem do prazo da prescrição. Na linguagem do Código Tributário Nacional, constituir significa tornar o crédito exigível e exequível pela determinação de sua liquidez e certeza.

Tal regra do art. 174 traz em si outra questão, ou seja, quando o crédito pode ser considerado constituído definitivamente.

A constituição do crédito tributário ocorre com o lançamento como se vê no art. 142 do Código Tributário Nacional:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa **constituir o crédito tributário pelo lançamento**, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível. (grifo nosso)

O Código Tributário Nacional não explicita qual é o momento em que se deve considerar terminado o lançamento e, assim constituído definitivamente o crédito tributário, razão pela qual a resposta tem que ser buscada na jurisprudência.

O lançamento do ISS será por homologação nos seguintes casos conforme prever a lei local:

Apuração Mensal: o sujeito passivo deve calcular e recolher mensalmente;

Estimativa: o sujeito passivo recolhe um valor estimado mensalmente pela Administração Fiscal e realiza um ajuste anual ou por ocasião da cessação de suas atividades. No ajuste, em havendo valores devidos à Fazenda, o sujeito passivo deve recolhê-los independentemente de atividade da Fazenda. Pode ocorrer de a apuração ser favorável ao sujeito passivo, caso em que receberá o excesso recolhido na forma da lei local; e

Substituição Tributária estabelecida pela lei local

- a) com retenção na fonte, quando permitido;
- b) sem retenção na fonte.

Mas esse lançamento poderá ser de ofício nas seguintes condições tendo normalmente um valor fixo e anual como prever a legislação local:

Serviço prestado por trabalho pessoal do contribuinte;

Serviço prestado por sociedade de profissionais, na forma da lei local;

Também ocorrerá lançamento de ofício quando a Fazenda constatar recolhimento a menor ou não pagamento.

Neste caso há lançamento de ofício e com relação a essa situação decidiu esta Colenda Câmara:

PRESCRIÇÃO - Execução fiscal - **ISS** - Exercícios de 2002 e 2003 - Insurgência contra o seu reconhecimento, com base no art. 174 do CTN - **Hipótese de transcurso de prazo superior a 5 anos, desde a constituição do crédito, antes do ajuizamento da execução** - Aplicação da Súmula 409 do STJ - Inocorrência, na espécie, de causas interruptivas ou suspensivas da prescrição - Recurso não provido. (grifo nosso)

Consta no corpo do acórdão:

A propósito, a constituição do crédito tributário, para efeito de aplicação do art. 174 do CTN não se dá com a inscrição da dívida, e sim com o **lançamento em caráter definitivo, que se aperfeiçoa com a sua notificação, a partir de quando começa a fluir o prazo prescricional.** (TJ/SP, 15ª Câmara de Direito Público, Apel. nº 0508015-35.2009.8.26.0405, Rel. Erbetta Filho, J. 30/10/2014) (grifo nosso)

Em outra ocasião ficou decidido:

APELAÇÃO CÍVEL - Execução fiscal - **Exceção de pré-executividade** - ISS dos exercícios de 2000 a 2002. 1) ISS do exercício de 2000 - Vencimento em 10/02/2000 e 10/03/2000 - Ação proposta em 19 de maio de 2005 - **Prescrição ocorrida antes da interposição da ação - Inteligência da Súmula 409 do STJ.** 2) [...] - Sentença parcialmente reformada - Recurso parcialmente provido. (grifo nosso)

No corpo do acórdão se lê:

Não obstante não haja expressa menção quanto à data de lançamento de **notificação** do tributo ao contribuinte, a CDA de fls. 03 indica como vencimento as datas 10/02/2000 e 10/03/2000, o que faz presumir que tanto o lançamento quanto a notificação deram-se em momento anterior a estas datas. [...]

Ressalta-se, ainda, que **o tributo ora cobrado é o ISS fixo**, conforme se verifica na CDA de fls. 03/05, e não taxa de licença de localização e taxa de licença de publicidade, como alega o apelado, restando prejudicado o exame da legalidade destas taxas. (TJ/SP, 15ª Câmara de Direito Público, Apel. nº 0062609-51.2004.8.26.0625, Rel. Eutálio Porto, J. 04/12/2014) (grifo nosso)

Por sua vez ficou decidido em Recurso Especial Representativo de Controvérsia pelo Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. **RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA.** ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PRESCRIÇÃO DA PRETENSÃO DE O FISCO COBRAR JUDICIALMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. [...] 6. Consequentemente, o **dies a quo do prazo prescricional para o Fisco exercer a pretensão de cobrança judicial do crédito tributário declarado, mas não pago, é a data do vencimento da obrigação tributária expressamente reconhecida.** [...] 16. Destarte, a **propositura da ação constitui o dies ad quem do prazo prescricional** e, simultaneamente, o termo inicial para sua recontagem sujeita às causas interruptivas previstas no artigo 174, parágrafo único, do CTN. 19. Recurso especial provido, determinando-se o prosseguimento da execução fiscal. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008. (REsp 1120295/SP, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/05/2010, DJe 21/05/2010) (grifo nosso)

(STJ, Primeira Seção, REsp 1120295/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, J. 12/05/2010, DJe 21/05/2010)

Assim, para o ISS lançado de ofício se considera:

Dies a quo do prazo prescricional: data da notificação do contribuinte; e

Dies ad quem do prazo prescricional retroage à data da propositura da ação.

Resumindo:

A prescrição tributária extingue o crédito tributário;

A prescrição começa a ser contada da data da constituição definitiva do crédito tributário;

O *dies a quo* do prazo prescricional é a data da notificação; e

O *Dies ad quem* do prazo prescricional retroage à data da propositura da ação.

Ocorrendo a prescrição o crédito tributário é extinto.

Embora este relator não concorde totalmente com essa orientação jurisprudencial, em respeito ao princípio da economia processual e ao princípio da razoável duração do processo, ela fica acatada.

DA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO.

O artigo 151 do Código Tributário Nacional elenca as causas de suspensão da exigibilidade do crédito tributário:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V – a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI – o parcelamento. (grifo nosso)

Com isso, tem-se que o crédito tributário tem sua exigibilidade suspensa enquanto tramitar o recurso administrativo do contribuinte, impedindo prática de atos executórios pela Fazenda.

Sobre o assunto já decidiu o C. Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. RECURSO ADMINISTRATIVO

CONTRA O LANÇAMENTO. CRÉDITO TRIBUTÁRIO AINDA NÃO CONSTITUÍDO EM DEFINITIVO. EXECUÇÃO FISCAL AJUIZADA ANTES DO TÉRMINO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO [...]. 1. A pendência de recurso administrativo em que se discute o próprio lançamento fulmina a pretensão executória. Com efeito, **a constituição definitiva do crédito tributário, com exaurimento das instâncias administrativas, é condição indispensável para a inscrição na dívida ativa, expedição da respectiva certidão e para a cobrança judicial dos respectivos créditos** e início do prazo prescricional. Precedente da Primeira Turma. 2. **A interposição de recurso administrativo suspende a exigibilidade do crédito, impedindo a sua constituição definitiva, que só ocorre com o julgamento final do processo, e também a fluência do prazo prescricional.** Se não existe prazo prescricional em curso, também não há direito de ação para a Fazenda Pública, pois a prescrição é, a grosso modo, o período para o exercício do direito de ação. Assim, se não corre o prazo prescricional, não há direito de ação a ser exercido. 3. A extinção da execução fiscal, em casos como este, é medida que melhor se afina com os princípios constitucionais tributários, com as normas do CTN e com as garantias mínimas do "Estatuto do Contribuinte", dentre elas a de somente ser executado por dívidas definitivamente constituídas, líquidas, certas e exigíveis. Presente, pois, a violação dos arts. 585 do CPC e 204 do CTN constatada. 4. Recurso especial provido. (STJ, Segunda Turma, REsp 1306400/RJ, Rel. Min. Castro Meira, julgado em 28/08/2012, DJe 04/09/2012) (grifo nosso)

No mesmo sentido há precedente desta C. Câmara:

ISS – Exercícios de 2002 a 2006 – Município de Três Fronteiras – Serviços bancários – Embargos à execução fiscal julgados improcedentes – **Ajuizamento da execução fiscal quando ainda pendente o exame, pela autoridade competente, de recurso no âmbito administrativo – Hipótese em que caracterizada a suspensão de exigibilidade do crédito tributário, nos termos do art. 151, inciso III, do CTN** - Preliminar de carência da ação acolhida – Extinção da execução fiscal decretada – Recurso provido. (TJ/SP, Apelação nº 0008436-28.2010.8.26.0541, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Erbetta Filho, j. 19/06/2016, V. U.) (grifo nosso)

O caso dos autos.

No caso dos autos, discute-se o ISS referente ao exercício de 1991, notificação feita ao devedor em 12/12/1991 (fls. 03).

Verifica-se pela documentação juntada (fls. 44/45) que a executada apresentou impugnação administrativa em 21/05/1993, encerrando-se a contenda em 26/09/2002.

Após o encerramento da impugnação administrativa, a execução fiscal foi ajuizada em 25/09/2007 (fls. 02), não transcorrendo o prazo de cinco anos.

Não há que se falar, portanto, em prescrição, uma vez que durante a impugnação administrativa ofertada pela executada, a prescrição do crédito tributário encontrava-se suspensa, nos termos do artigo 151, inciso III do Código Tributário Nacional.

Assim, é o caso de se afastar a prescrição, devendo a r. sentença ser reformada.

DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

A exceção de pré-executividade só acarreta a condenação em honorários advocatícios caso seja acolhida, integral ou parcialmente, pois desta forma há, em algum grau, a extinção da execução. Se rejeitada, não há qualquer alteração no prosseguimento da execução, restando inalterado, também, o panorama sucumbencial do feito, a ser resolvido oportunamente pelo princípio da causalidade.

Neste sentido, precedente do C. Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TÍTULO EXTRAJUDICIAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. IMPROCEDÊNCIA. CONDENAÇÃO AO PAGAMENTO DE HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. OMISSÃO VERIFICADA. PRECEDENTES. 1. **Não é cabível a condenação em honorários advocatícios em execução de pré-executividade julgada improcedente.** 2. Embargos de declaração acolhidos. (STJ, EDcl no AgRg no REsp 1491250/MS, 3ª Turma, Min. Rel. Moura Ribeiro, j. 05/05/2015, DJe 14/05/2015) (grifo nosso)

Esse também é a posição desta C. 15ª Câmara de Direito Público:

AGRAVO DE INSTRUMENTO - Exceção de pré-executividade - Execução fiscal de Multa e ISS dos exercícios de 1999/2000 e 2004 - **Exceção de pré-executividade rejeitada - Prosseguimento da execução - Decisão que deixou de condenar o excipiente ao pagamento de verbas sucumbenciais - Pretendida condenação ao pagamento de honorários advocatícios - Impossibilidade** - Precedentes do STJ - Decisão mantida - Recurso improvido. (TJSP, Agravo de Instrumento nº 2054411-37.2015.8.26.0000, 15ª Câmara de Direito Público, Rel. Raul de Felice, j. 21/05/2015, V.U.) (grifo nosso)

No caso dos autos, a exceção de pré-executividade oposta pela apelada restou, neste grau, rejeitada, não sendo devida, portanto, a condenação ao pagamento de honorários advocatícios.

Por derradeiro, considera-se questionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se jurisprudência consagrada, inclusive no Superior Tribunal de Justiça, no sentido de que para fins de interposição de recursos extremos às cortes superiores é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida. Bem por essa razão eventuais embargos declaratórios não se prestariam à eventual supressão de falta de referência a dispositivos de lei (STJ, EDcl no RMS 18.205/SP, Rel. Ministro Felix Fischer, Quinta Turma, DJ 08/05/2006).

Ante o exposto, meu voto propõe que se **CONCEDA PROVIMENTO** ao recurso.

EURÍPEDES FAIM
RELATOR