



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000431965

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1506695-93.2022.8.26.0269, da Comarca de Itapetininga, em que é apelante MUNICIPIO DE ITAPETININGA, é apelado FELIPE DONATO CANTO PASSARO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente), BEATRIZ BRAGA E HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 5 de maio de 2025.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação nº 1506695-93.2022.8.26.0269.

Apelante: Prefeitura Municipal de Itapetininga.

Apelado: Felipe Donato Canto Passaro.

Voto nº 58.031

APELAÇÃO – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXECUÇÃO FISCAL – ISS – Imposto Sobre Serviços - Insurgência da Municipalidade contra o acolhimento da exceção de pré-executividade oposta, reconhecendo a inocorrência do fato gerador – Descabimento – Comprovação pelo autor da inexistência de fato imponible de ISS nos exercícios considerados, pela razão de estar atuando apenas em um processo crime no ano de 2018 - Não comprovado pela Municipalidade que o lançamento se lastreou na efetiva prestação de serviços - Inocorrência de fato gerador – A mera existência de inscrição nos cadastros municipais não acarreta, por si só, cobrança de tributo – Manutenção da sentença que se impõe – Recurso desprovido.

Vistos.

Trata-se de ação de execução fiscal (proc. nº. 1506695-93.2022.8.26.0269, da E. Vara das Execuções Fiscais Municipais da Comarca de Itapetininga), ajuizada pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE ITAPETININGA** contra **FELIPE DONATO CANTO PASSARO** para a cobrança de crédito de ISS-IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS, referente aos exercícios de 2018 a 2020, pleiteando a citação do executado para o pagamento do débito no prazo legal.

Foram opostos pelo executado Embargos à Execução às fls.6/8, visando a extinção do feito, em razão da inexistência de fato gerador para a cobrança do tributo, posto que não exerceu a advocacia de forma efetiva, e que no

decorrer de 4 (quatro) anos, atuou em um ou dois processos; assim, a mera inscrição cadastral não constitui o fato gerador para cobrança do determinado imposto.

Registre-se que foi proferida a r. sentença às fls.39/40, que acolheu a exceção de pré-executividade e julgou extinto o processo. Deixou de fixar condenação relativa à sucumbência, ante a ausência da baixa nos cadastros municipais que deu causa ao ajuizamento.

A Municipalidade, então, apresentou o seu recurso de apelação de fls.45/50, no qual argumenta que a cobrança é legal e amparada na legislação municipal. Requer a reforma da r. sentença, com condenação do executado ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Tempestivo o recurso, foi regularmente recebido e processado, com a apresentação de contrarrazões (fls.55/57).

Subiram os autos a esta Corte.

É o relatório.

Entende-se que o presente recurso *não reúne condições de ser provido*.

Senão, vejamos.

Com efeito, a *exceção de pré-executividade* é providência processual de *cunho restritíssimo, sendo apenas admissível com a ocorrência de situação jurídica clara e demonstrável de plano*, de molde a obstar a execução. Isto significa que não enseja qualquer tipo de dilação probatória ou abertura de debate mais aprofundado, para possibilitar, ao final, o seu conhecimento.

Em verdade, admite-se a utilização de tal remédio processual, oriundo de criação doutrinário-jurisprudencial relativamente recente, em sede de ação de execução fiscal, independentemente de depósito judicial, desde que as matérias aduzidas na exceção possam ser conhecidas de ofício pelo magistrado.

Neste sentido, MANOEL ÁLVARES, MAURY ÂNGELO BOTTESINI, ODMIR FERNANDES, RICARDO CUNHA CHIMENTI e CARLOS HENRIQUE ABRÃO entendem, a respeito da matéria, ser cabível a

utilização da exceção de pré-executividade em sede de ação de execução fiscal: “Cuidando-se de exceção de pré-executividade a infirmar o vínculo jurídico e não apenas a certeza e liquidez da obrigação cartular fiscal, o *due process of law* pede a análise do ponto controvertido, independentemente de qualquer garantia do Juízo. Os ditames da transparência, legalidade e regularidade da inscrição efetivada autorizam a existência da exceção de pré-executividade” (Lei de Execução Fiscal comentada e anotada; Editora Revista dos Tribunais, São Paulo, 2ª edição, 1997, p. 159).

Sobre a matéria, aduz FRANCISCO FERNANDES DE ARAÚJO: “...é importante salientar que as matérias argúveis por meio da exceção de pré-executividade devem ser daquelas que o Juiz possa conhecer de ofício, mesmo porque é esse o fato pelo qual fica dispensada a segurança do juízo. São as chamadas matérias de ordem pública. Contudo, como toda regra existe alguma exceção, entendemos que matérias como a prescrição e a decadência, em direitos disponíveis, o excesso de execução, o pagamento, a compensação, a novação etc., também possam ser arguidas sem a necessidade de oposição de embargos” (“Exceção de pré-executividade”; artigo, in Revista dos Tribunais, vol. 775, 732-745).

Ademais, a súmula nº 393 do C. STJ prescreve que: “*a exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória*”.

Quanto à questão referente à **inexigibilidade do crédito tributário, em razão da ausência de fato gerador do serviço prestado**, embora não seja matéria cognoscível de ofício, o excipiente cuidou de trazer aos autos prova suficiente de suas alegações, capaz de elidir a presunção relativa de liquidez e certeza de que goza a Certidão de Dívida Ativa, o que autoriza a sua defesa por meio da exceção.

De acordo com o art. 113, §1º, do Código Tributário Nacional, a obrigação tributária principal surge com a ocorrência do fato gerador, que, no caso, em se tratando de Imposto Sobre Serviço – ISS, corresponde, nos termos do art. 3º da Lei Complementar nº 116/2003, à prestação, por empresa ou profissional autônomo, de serviço constante na lista anexa.

Portanto, como bem mencionou O MM. Juiz *a quo*:

“A jurisprudência, há muito, reconhece a possibilidade de ser trazida na exceção ou objeção de pré-executividade a discussão de matérias que possam ser conhecidas de plano, sem a necessidade da dilação probatória, caso dos autos, em que os documentos juntados demonstram que o excipiente não exerceu efetivamente atividade laborais nos períodos em que há a cobrança do débito.

Não obstante o caráter de prova pré-constituída da CDA, a excepta não demonstrou a ocorrência do fato gerador, pois não comprovou que o lançamento se lastreou na efetiva prestação de serviços, o que poderia ser feito pela juntada de documentos, notas fiscais ou da demonstração de que tenha adotado outras medidas administrativas, a seu cargo.”
(...)

Assim, salienta-se que a falta de comunicação e baixa da inscrição do executado no cadastro do Município, embora possa caracterizar infringência à obrigação acessória (art. 113, §2º, CTN) se assim previsto na legislação municipal, por si só, não tem o condão de tornar exigível o imposto, porque sequer realizado o respectivo fato imponible (prestação de serviço pelo executado).

Neste sentido a jurisprudência deste E. Tribunal de Justiça:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO. Município de Cotia. ISS dos exercícios de 2003 a 2006. Pretensão à reforma de decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta. Cobrança indevida. O fato gerador do ISSQN é a efetiva prestação do serviço e não a mera inscrição do contribuinte no cadastro municipal. A realização da baixa das atividades nos cadastros municipais configura atividade administrativa e acessória que, por si só, não tem o condão de impor a obrigação tributária. Não comprovação de que tenha havido prestação de serviços nos exercícios cobrados. Decisão reformada para extinguir a execução. RECURSO PROVIDO” (Agravado de Instrumento nº 2259540-34.2018.8.26.0000; 14ª Câmara de

Direito Público, j.26.04.2019, Rel. Des. Henrique Harris Júnior).

“APELAÇÃO - Município de Campinas - Declaratória - Inexigibilidade de ISS - Inscrição não baixada nos registros fiscais do Município - Parcial procedência da demanda, reconhecendo a inexigibilidade com determinação de cancelamento dos protestos correspondentes - Pretensão à reforma - Descabimento - **O fato gerador do ISSQN é a efetiva prestação do serviço e não a mera inscrição do contribuinte no cadastro municipal - A realização da baixa das atividades nos cadastros municipais configura atividade administrativa e acessória que, por si só, não tem o condão de impor a obrigação tributária - Não comprovação de que tenha havido prestação de serviços nos exercícios cobrados** - Sentença mantida - Recurso desprovido” (Apelação 1031439-73.2014.8.26.0114; 14ª Câmara de Direito Público, j. 10.08.2017, Rel. Des. Henrique Harris Júnior grifei).

“AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TAXA DE FISCALIZAÇÃO DE INSTALAÇÃO E DE FUNCIONAMENTO e MULTA (por falta de recolhimento do ISS). Exercícios de 2004 a 2009. Comarca de Sorocaba. Prestação de serviços médicos - **Encerramento das atividades da empresa antes e após os fatos geradores do tributo - Inexistência de prestação de serviço nos exercícios posteriores à dissolução judicial da empresa - Inadmissibilidade dessa cobrança - Tributação com base em inscrição aberta no Cadastro Municipal - Impossibilidade** - Precedentes do C. STJ e deste E. Tribunal - Repetição devida em parte - Sucumbência dividida igualmente - Sentença reformada nesses pontos - Apelo da municipalidade parcialmente provido” (Apelação nº 0041293-07.2011.8.26.0602, 15ª Câmara de Direito Público, j. 10.10.2016, Rel. Des. Silva Russo - grifei).

“Agravado de Instrumento - Execução fiscal. ISS e Taxa de Fiscalização e Funcionamento dos exercícios de 2006 a 2009 - Decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade, sob o fundamento de que a matéria alegada depende de dilação probatória - Insurgência do executado - Pretensão à reforma - Possibilidade - Matéria alegada em exceção que restou suficientemente comprovada - Cabimento. Precedentes do STJ - **Documentos hábeis a demonstrar o**

encerramento da atividade da excipiente antes da ocorrência do suposto fato gerador - Tributação com base em inscrição aberta no Cadastro Municipal - Impossibilidade - Inobservância de obrigação acessória que não autoriza o lançamento do tributo - Inexigibilidade dos créditos tributários - Recurso provido” (Agravado de instrumento n. 2135196-15.2017.8.26.0000, 19.10.2017, Rel. Des. Ricardo Chimenti - grifei).

“APELAÇÃO – Ação anulatória de débito fiscal – Município de Campinas – ISS, exercícios de 2012 a 2017 – Serviços autônomos de advocacia – Inscrição municipal realizada de ofício pelo Fisco, com cobrança retroativa, após inscrição do profissional na OAB/SP – Presunção do pleno exercício da atividade – Comprovação pelo autor da inexistência de fato imponible de ISS nos exercícios considerados, excetuando poucos casos em que atuou em causa própria ou por intermédio do Convênio da OAB/Defensoria, sem intuito de lucro – Presunção meramente relativa, que admite prova em sentido contrário – Ausência de comprovação pela Municipalidade da efetiva ocorrência do fato gerador – Sentença reformada – RECURSO PROVIDO” - Classe/Assunto: Apelação Cível / ISS/ Imposto sobre Serviços, Relator(a): Henrique Harris Júnior Comarca: Campinas Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 20/08/2020 Data de publicação: 20/08/2020.

Desta forma, não se vê, com a devida vênia, como reformar-se o entendimento do ínclito Magistrado de primeiro grau, impondo-se a *manutenção* da r. sentença tal qual prolatada.

Para os devidos fins de direito, ficam os dispositivos legais e constitucionais mencionados pelos litigantes devidamente prequestionados.

Com isto, **nega-se provimento** ao recurso.

WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI

Relator.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO