



Acórdão nº
Processo nº 2012.3.005884-9
Órgão Julgador: Segunda Câmara Cível Isolada
Recurso: Reexame Necessário e Apelação
Comarca: Ananindeua
Sentenciado/Apelante: Município de Ananindeua
Procurador: José Gomes Vidal Junior (OAB/A 14.051) e Outros
Endereço: Av. Magalhães Barata nº 1515, Centro, CEP 67030-000
Sentenciado/Apelado: Web Engenharia Ltda.
Advogado: Augusto Lobato Potiguar (OAB/PA 12.729) e Outros
Relator: Des. Roberto Gonçalves de Moura

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. APLICAÇÃO DA NORMA PROCESSUAL NA ESPÉCIE. TRIBUTÁRIO. ISS. COMPETÊNCIA PARA COBRANÇA DO TRIBUTO. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. À UNANIMIDADE. I - Ante o disposto no art. 14, do CPC/2015, tem-se que a norma processual não retroagirá, de maneira que devem ser respeitados os atos processuais e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei revogada. Desse modo, não de ser aplicados os comandos insertos no CPC/1973, vigente por ocasião da publicação e da intimação da decisão guerreada.

II - Conforme orientação firmada pelo Superior Tribunal de Justiça no REsp nº 1.060.210/SC, o Município competente para a cobrança do ISS, na vigência do Decreto-Lei nº 406/68 é o da sede do estabelecimento prestador (artigo 12), e a partir da Lei Complementar nº 116/03, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador do serviço de arrendamento mercantil no Município onde essa prestação é perfectibilizada, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo.

Vistos, etc.,

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Segunda Câmara Cível Isolada, em conhecer do recurso e negar-lhe provimento, e, em reexame necessário, manter os termos da sentença, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Plenário da Segunda Câmara Cível Isolada do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos doze dias do mês de dezembro do ano de dois mil e dezesseis.

Câmara Julgadora: Desembargadores Ezilda Pastana Mutran (Presidente), Roberto Gonçalves de Moura (Relator) e Rosileide Maria da Costa Cunha (Membro).

Belém, 12 de dezembro de 2016.

DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA,

Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Trata-se de REEXAME NECESSÁRIO e APELAÇÃO CÍVEL interposta pelo MUNICÍPIO DE ANANINDEUA em face da sentença proferida pelo Juízo de Direito da 4ª Vara Cível da Comarca do mesmo nome, nos autos da AÇÃO DE EXECUÇÃO FISCAL movida contra WEB ENGENHARIA LTDA, que acolheu a exceção de pré-executividade e declarou nula a execução por ilegitimidade ativa da parte, decretando extinto o processo sem resolução do mérito.

Em suas razões (fls. 158/163), a Municipalidade pugna pela reforma da sentença em razão das seguintes questões: [1] nulidade da sentença por



falta dos requisitos legais para interposição de embargos; [2] legitimidade do Município para cobrança do tributo diante da natureza dos serviços prestados.

Foram apresentadas Contrarrazões às fls. 182/190.

Autos devidamente remetidos a este Egrégio Tribunal, coube-me a sua relatoria por distribuição (fl. 193).

É o relatório, síntese do necessário.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que, de acordo com o que dispõe o art. 14, do CPC/2015, a norma processual não retroagirá, de maneira que devem ser respeitados os atos processuais e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Eis o teor do referido dispositivo:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Desse modo, no caso em questão, não de ser aplicados os comandos insertos no CPC/1973, porquanto em vigor por ocasião da publicação e da intimação da decisão ora guerreada.

Conheço do recurso e do reexame necessário, eis que preenchidos os requisitos de admissibilidade.

PRELIMINAR DE NULIDADE

Sustenta a Municipalidade, preliminarmente, a nulidade da sentença, eis que a empresa apelada não teria opostos embargos à execução, nem garantido o juízo.

Entendo que esta preliminar se confunde com o próprio mérito da ação, razão pela qual deixarei para analisá-la no momento oportuno.

MÉRITO

Cinge-se o apelo à análise da sentença que acolheu exceção de pré-executividade, reconhecendo a ilegitimidade ativa da Municipalidade, ora recorrente, para a cobrança do ISSQN.

Argui a Municipalidade, prefacialmente, que não poderia o juízo a quo ter reconhecido sua ilegitimidade, baseando-se em documentos juntados pela recorrida, já que só é cabível exceção de pré-executividade nas matérias de ordem pública, sem a necessidade de dilação probatória.

Ocorre, contudo, que o Superior Tribunal de Justiça já sedimentou o entendimento no sentido de ser cabível a exceção de pré-executividade na execução fiscal (Súmula 393 do STJ), quando a matéria invocada puder ser conhecida de ofício pelo juiz ou prescindir de dilação probatória, assim como, além das matérias de ordem pública, também entendeu-se serem oponíveis, através de exceção de pré-executividade, os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente que possam ser analisados de plano (REsp nº 1110925/SP).

Nesse sentido, verbis:



Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. CONTRIBUIÇÃO DE MELHORIA. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. SÚMULA 393 DO STJ. NECESSIDADE DE LEI ESPECÍFICA INSTITUIDORA DO TRIBUTO. A exceção de pré-executividade, oponível na execução fiscal - Súmula 393 do STJ, é cabível quando a matéria invocada pode ser conhecida de ofício pelo juiz ou prescinde de dilação probatória. REsp nº 1110925/SP. Além das matérias de ordem pública, também são oponíveis através de exceção de pré-executividade os fatos modificativos ou extintivos do direito do exequente que possam ser analisados de plano. Hipótese em que o excipiente alega a inexistência de lei específica para a cobrança do tributo. Execução fiscal promovida pelo Município de Canela para cobrança da contribuição de melhoria, em virtude da pavimentação de via pública, com base em legislação genérica. Incidência dos art. 150, I, da CF e arts. 81, 82 e 97, I, do CTN. Manutenção da sentença que acolheu a exceção de pré-executividade, declarando nula a CDA nº 4259/02, prosseguindo-se a execução fiscal quanto aos demais créditos tributários. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70071431274, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: José Aquino Flôres de Camargo, Julgado em 10/11/2016)

Assim, perfeitamente cabível a interposição da exceção de pré-executividade, sempre que demonstrada por prova documental inequívoca.

Na espécie, a Fazenda Pública ajuizou ação de execução fiscal para cobrança do Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISSQN, relacionados a débitos fiscais de serviços, cujo fato gerador supostamente teria ocorrido no âmbito do seu território.

Analisando os documentos de fls. 37/141, depreende-se que os serviços ora cobrados pela Fazenda Pública de Ananindeua foram devidamente prestados no Município de Belém, onde também foram recolhidos importes referentes ao ISSQN.

Ressalto que a Fazenda apelante não se manifestou sobre tais documentos, aduzindo, apenas, que o ISSQN deve ser recolhido no local do estabelecimento do prestador do serviço.

Sobre o tema, o Superior Tribunal de Justiça, no REsp n.º 1.060.210/SC, de relatoria do Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, julgado sob o rito do artigo 543-C do CPC, em 28.11.2012, estabeleceu que o Município competente para a cobrança do ISS, na vigência do Decreto-Lei n.º 406/68, é o da sede do estabelecimento prestador (artigo 12), e a partir da Lei Complementar n.º 116/03, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador do serviço de arrendamento mercantil, no Município onde essa prestação é perfectibilizada, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo. Decisão cuja ementa está assim redigida:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO PACIFICADA PELO STF POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE 592.905/SC. REL. MIN. EROS GRAU, DJE 05.03.2010. COMPETÊNCIA PARA A SUA COBRANÇA NA VIGÊNCIA DO DL 406/68: MUNICÍPIO DA SEDE DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. APÓS A LC 116/03: LUGAR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO: VALOR TOTAL DA OPERAÇÃO CONTRATADA. PRECEDENTES DO STJ. RECURSO ESPECIAL DE POTENZA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL PARCIALMENTE PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO. INCOMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO DE TUBARÃO/SC PARA A COBRANÇA DO IMPOSTO, COM INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 8/STJ.

1. Não ocorre o fenômeno da prestação de serviço no contrato de arrendamento mercantil financeiro, embora ocorra, sem dúvida, nas atividades que lhes são preparatórias, tais



como a coleta de informações cadastrais do candidato ao financiamento e a elaboração de documentos que o instrumentam; contudo, o colendo STF já afirmou (RE 592. 905/SC), que ocorre o fato gerador em contrato de arrendamento mercantil, daí porque esta observação tem significado apenas doutrinário.

2. No contrato de arrendamento mercantil financeiro (Lei 6.099/74 e Resolução 2.309/96 do BACEN), uma empresa especialmente dedicada a essa atividade adquire um bem, segundo especificações do usuário/consumidor, que passa a ter a sua utilização imediata, com o pagamento de contraprestações previamente acertadas, e opção de, ao final, adquiri-lo por um valor residual também contratualmente estipulado. Essa modalidade de negócio dinamiza a

fruição de bens e não implica em imobilização contábil do capital por parte do arrendatário: os bens assim adquiridos entram na contabilidade como custo operacional (art. 11 e 13 da Lei 6.099/74).

3. O art. 12 do DL 406/68, com eficácia reconhecida de lei complementar, posteriormente revogado pela LC 116/2003, estipulou que, à exceção dos casos de construção civil e de exploração de rodovias, o local da prestação do serviço é o do estabelecimento prestador.

4. A opção legislativa representa um potente duto de esvaziamento das finanças dos Municípios periféricos do sistema bancário, ou seja, através dessa modalidade contratual se instala um mecanismo altamente perverso de sua descapitalização em favor dos grandes centros financeiros do País.

5. A interpretação do mandamento legal leva a conclusão de ter sido privilegiada a segurança jurídica do sujeito passivo da obrigação tributária, para evitar dúvidas e cobranças de impostos em duplicata, sendo certo que eventuais fraudes (como a manutenção de sedes fictícias) devem ser combatidas por meio da fiscalização e não do afastamento da norma legal, o que traduziria verdadeira quebra do princípio da legalidade tributária.

6. Apenas após a vigência da LC 116/2003 é que se pode afirmar que, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador no Município onde o serviço é perfectibilizado, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo.

7. Quanto à base de cálculo do imposto, destaque-se que não se discutiu no processo eventual irregularidade no procedimento de arbitramento ou seu cabimento na hipótese dos autos; assim, carece de prequestionamento a aventada violação ao art. 148 do CPC. Ademais, para se acolher a tese da recorrente, de ilegalidade pela ausência do processo regular mencionado na norma, seria necessário o reexame de matéria fática, o que é obstado pela Súmula 7/STJ.

8. Tanto o art. 9º. da DL 406/68 como o art. 7º. da LC 116/03 estabelecem que a base de cálculo do tributo é o preço do serviço; a complexidade do contrato de arrendamento mercantil, destacada pelo STF, não permite pinçar partes dele para o fim de definir o serviço prestado e, conseqüentemente, a sua base de cálculo, ainda que sua nota característica seja o financiamento; a operação engloba diversas fases e procedimentos, mas em essência, é uma, única, e assim deve ser entendida para o fim de se definir a base de cálculo do tributo.

9. O preço do serviço, no caso em tela, só pode ser entendido como tudo aquilo que o arrendatário paga ao arrendador em troca da disponibilização e fruição do bem objeto do contrato. Precedentes do STJ: AgRg no REsp. 853.281/SC, Rel. Min. CASTRO MEIRA, DJE 16.09.2008; AgRg nos EDcl no REsp. 982.956/RS, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJE de 06.08.2009; AgRg nos Edcl no Ag 855.164/SC, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJE 23.08.2007; AgRg no AgRg nos Edcl no REsp. 979.670/SC, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJE 26.02.2009).

10. Muito embora o caso dos autos diga respeito a cobrança oriunda de arbitramento realizado pelo Fisco Municipal, na forma do art. 148 do CTN, as diretrizes ora traçadas também podem ser ajustar aos casos de lançamento por homologação; nessas hipótese, se o próprio contribuinte já lançou o imposto que entende devido, é porque percebeu aquele Município como o competente para a sua cobrança e a discussão a respeito da competência perde relevância; todavia, cabe ao Fisco, ao conferir a apuração e o pagamento já realizado pelo contribuinte, verificar se este considerou os parâmetros aqui indicados quanto à base de cálculo do tributo, para o fim de homologar ou não o procedimento e cobrar valores que entenda ainda devidos ou mesmo restituir em caso de imposto pago a maior.



11. No caso dos autos, o fato gerador originário da ação executiva refere-se a período em que vigente a DL 406/68. A própria sentença afirmou que a ora recorrente possui sede na cidade de Osasco/SP e não se discutiu a existência de qualquer fraude relacionada a esse estabelecimento; assim, o Município de Tubarão não é competente para a cobrança do ISS incidente sobre as operações realizadas pela empresa Potenza Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, devendo ser dado provimento aos Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

12. Recurso Especial parcialmente provido para definir que: (a) incide ISSQN sobre operações de arrendamento mercantil financeiro; (b) o Município competente para a sua cobrança, na vigência do DL 406/68 é o da sede do estabelecimento prestador (art. 12), e a partir da LC 116/03, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador do serviço de arrendamento mercantil no Município onde essa prestação é perfectibilizada, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo; (c) a base de cálculo do tributo, no presente caso, abrange o valor total da operação contratada, por corresponder ao preço do serviço; (d) essas diretrizes servem também para os casos de lançamento por homologação; (e) no caso concreto, julgar procedentes os Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais, ante a incompetência do Município de Tubarão/SC para a cobrança do ISS. Acórdão submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

Destaco, por oportuno, transcrever a seguinte passagem do voto do Relator Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO:

12. Fixados esses conceitos, volta-se a primeira questão nuclear do presente recurso, qual seja, a do lugar em que ocorre a prestação do serviço. Essa questão é fundamental uma vez que determina o local do fato gerador do tributo e o Município competente para a arrecadação do ISS.

13. No concernente à competência para a cobrança do ISSQN, sustenta a recorrente que deve ser respeitado o art. 12, a do DL 406/68, vigente à época do fato gerador, com a seguinte redação:

Art. 12. - Considera-se local da prestação de serviço:

- a) o do estabelecimento prestador, ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;
- b) no caso de construção civil, o local onde se efetuar a prestação;
- c) no caso do serviço a que se refere o item 101 da Lista Anexa (exploração de rodovia mediante cobrança de preço dos usuários) o Município em cujo território haja parcela da estrada explorada.

14. Assinala a empresa que é no Município onde tem a sua sede que se pratica o serviço de arrendamento mercantil, compreendendo-o restritivamente como a contabilidade, a análise do cadastro, o deferimento e o controle do financiamento, aspectos que, segundo sustenta, definiriam o que seria a prestação do serviço de arrendamento mercantil.

15. O art. 12 do DL 406/68, com eficácia de lei complementar, posteriormente revogado pela LC 116/2003, estipulou muito claramente que, à exceção dos casos de construção civil e de exploração de rodovias, o local da prestação do serviço é o do estabelecimento prestador.

16. Para solucionar conflitos de competência tributária entre os Municípios optou-se pelo critério da localização do estabelecimento do prestador dos serviços, tendo sido especificadas pontualmente as exceções.

17. Todavia, tem sido historicamente entendido por esta Corte, mesmo na vigência do DL 406/68, como local de cobrança da exação o lugar onde o serviço é efetivamente prestado, isto é, onde as partes assumem a obrigação recíproca e estabelecem a relação contratual, exteriorizando a riqueza, exurgindo, a partir desse evento jurídico, o fato gerador da obrigação tributária subjacente; dessa forma, o Município onde concretizada a operação seria o competente para fazer



a sua cobrança. (grifo nosso)

Destarte, tendo o fato gerador ocorrido no ano de 2007, portanto após a entrada em vigor da Lei Complementar nº 116/03, é competente para a cobrança do ISSQN o Município do local da prestação do serviço, no caso Belém, sendo, portanto, incompetente para a cobrança a Municipalidade de Ananindeua.

Nesse sentido, é o entendimento pacificado do STJ:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTENTE. ISS. ARRENDAMENTO MERCANTIL. LEASING FINANCEIRO. COMPETÊNCIA PARA EFETUAR A COBRANÇA DO TRIBUTO. MATÉRIA ANALISADA EM RECURSO REPETITIVO (RESP 1.060.210/SC). SUJEITO ATIVO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA NA VIGÊNCIA DO DL 406/68: MUNICÍPIO DA SEDE DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. APÓS A LC 116/03: LUGAR DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. VERIFICAÇÃO. SÚMULA 7/STJ. ART. 20 DO CPC. DECISÃO AGRAVADA NÃO ATACADA. SÚMULA 182/STJ.

1. Não houve a alegada violação do art. 535 do CPC, pois a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão deduzida, como se depreende da análise do acórdão recorrido.

2. A matéria controvertida já foi apreciada pela Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.060.210/SC, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008. Ficou consolidado entendimento segundo o qual "(b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprove haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo".

3. Não há como se analisar recurso especial que demande incursão na seara probatória nos termos preconizados pela Súmula 7/STJ.

4. Quanto ao tópico relacionado ao art. 20 do CPC, cabe destacar que o recurso especial não foi conhecido em razão da incidência das Súmulas 282 e 356 do STF. Todavia, a parte agravada nada alegou quanto a esse fundamento, limitando-se a reiterar as razões já lançadas no recurso especial. Incidência, por analogia, da Súmula 182/STJ. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1515440/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/11/2015, DJe 16/11/2015) (grifo nosso)

Correta, portanto, a decisão de 1.º grau, ao acolher a exceção de pré-executividade, afastando a competência do Município recorrente para a cobrança do tributo.

Em reexame necessário, sentença confirmada.

Posto isso, conheço do recurso e NEGO-LHE provimento, mantendo in totum a sentença guerreada.

É o voto.

Belém, 12 de dezembro de 2016.

Desembargador ROBERTO GONÇALVES DE MOURA,
Relator