



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LLJ

Nº 70073958779 (Nº CNJ: 0159992-94.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

**AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ISS. AUSÊNCIA DE BAIXA. PROVA DA INEXISTÊNCIA DE PRESTAÇÃO DO SERVIÇO.** A ausência de comunicação ao Município acerca do encerramento da prestação de serviço, para fins de cancelamento da inscrição municipal de ISS, conserva a presunção *juris tantum* de ocorrência do fato gerador, a qual pode ser ilidida. Conjunto probatório dos autos que demonstra que o agravante não prestava serviço no Município apelante na época de ditos fatos geradores. Assim, o reconhecimento da nulidade da CDA que instrui a execução é de rigor e, por conseguinte, a extinção do executivo fiscal.

**ÔNUS DA SUCUMBÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE.** À medida que deixou de cancelar a inscrição junto ao cadastro municipal, o excipiente deu causa ao ajuizamento da execução fiscal, devendo arcar com os ônus advindos do processo em atenção ao princípio da causalidade. Não solicitando o cancelamento da inscrição quando da cessação das atividades o contribuinte faz com que o ente público incida em equívoco, lançando tributo quando incorrente o fato gerador, dando, pois, causa ao ajuizamento da execução fiscal. Condenado o excipiente aos ônus da sucumbência. Honorários advocatícios fixados em atenção ao artigo 85, §§ 2º e 3º, do Código de Processo Civil vigente.

**DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME.**

AGRAVO DE INSTRUMENTO

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70073958779 (Nº CNJ: 0159992-94.2017.8.21.7000) COMARCA DE SANTANA DO LIVRAMENTO

LUIS ULYSSES DO AMARAL DE PAULI

AGRAVANTE

MUNICIPIO DE SANTANA DO LIVRAMENTO

AGRAVADO

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LLJ

Nº 70073958779 (Nº CNJ: 0159992-94.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao recurso.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DES.ª LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA (PRESIDENTE) E DES. JOÃO BARCELOS DE SOUZA JÚNIOR.**

Porto Alegre, 29 de novembro de 2017.

**DES.ª LAURA LOUZADA JACCOTTET,**

**Relatora.**

## **RELATÓRIO**

**DES.ª LAURA LOUZADA JACCOTTET (RELATORA)**

Trata-se de agravo de instrumento interposto por LUÍS ULYSSES DO AMARAL DE PAULI nos autos de execução fiscal que lhe move o MUNICÍPIO DE SANTANA DO LIVRAMENTO, em face da decisão que deixou de receber sua exceção de pré-executividade, nos seguintes termos:

*Deixo de receber a exceção de pré-executividade pelas razões a seguir expostas:  
A exceção de pré-executividade afigura-se como instrumento processual idôneo apenas à oposição de matérias reconhecíveis de ofício pelo magistrado, e que independam de dilação probatória, o que não é o caso.*

*Nessa senda, o Superior Tribunal de Justiça editou o enunciado nº393 de sua Súmula, nos seguintes termos:*

*[...]*

*Descabida através do incidente discussão sobre a não atuação do profissional no Município durante os anos de 2000/2004.*

*Nesse passo, o caso em tela necessita da produção de provas adequadas, não cabíveis nos limites de exceção de pré-executividade.*

*A matéria em discussão deve ser veiculada através de embargos do devedor, que comportam ampla produção de provas, necessárias ao deslinde da alegação controvertida.*

*Nesse sentido, reproduzo o entendimento uníssono do nosso Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, vejamos:*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LLJ

Nº 70073958779 (Nº CNJ: 0159992-94.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

[...]

*Nada impede, reitero, que faça prova do não exercício de atividades no município no período executado, como alega, através de embargos ao devedor. Ante o exposto, deixo de receber a exceção de pré-executividade de fls.126/130 da presente execução. Intimem-se as partes da presente decisão.*

Em suas razões, alega ter passado a residir no Município de Porto Alegre a partir de 1998. Ademais, afirma estar impedido de atuar como advogado desde o ano de 2002, no qual foi nomeado como Juiz do Trabalho da 4ª Região. Neste quadro, defende ser inviável a cobrança do Imposto Sobre Serviços – ISS, por parte do Município de Santana do Livramento, em virtude de não ter exercido a advocacia na municipalidade do período abrangido pela ação de execução fiscal – anos de 2000 e 2004. Conclui não ter havido o fato gerador do tributo, motivo pelo qual é nula a sua cobrança pelo fisco municipal. Pugna pelo provimento do recurso, com reforma da decisão interlocutória para que seja extinto o feito, sem resolução de mérito. Pede a concessão do efeito suspensivo.

Indeferido o pedido de efeito suspensivo.

Sem contrarrazões, vieram os autos conclusos para julgamento.

É o breve relatório.

## VOTOS

### DES.ª LAURA LOUZADA JACCOTTET (RELATORA)

Conheço do recurso, porquanto preenchidos os pressupostos de admissibilidade, e passo a seu exame.

O agravante pretende com o presente recurso ver extinta da execução, tendo por fundamento a não ocorrência do fato gerador do ISSQN e, por conseguinte, a inexistência do crédito tributário.

A presente execução fiscal foi ajuizada em 19 de dezembro de 2005, tendo por objeto as CDAs nº 5586/2005, 5587/2005, 5588/2008 e 5589/2005, referentes aos exercícios de 2000 a 2004 relativas a débitos de ISS QN-FIXO.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LLJ

Nº 70073958779 (Nº CNJ: 0159992-94.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

Defende ser inviável a cobrança do Imposto Sobre Serviços – ISS, por parte do Município de Santana do Livramento, em virtude de não ter exercido a advocacia na municipalidade no período abrangido pela ação de execução fiscal – anos de 2000 e 2004.

Para tanto, sustenta que passou a residir no Município de Porto Alegre a partir de 1998, além de afirmar estar impedido de atuar como advogado desde o ano de 2002, no qual foi nomeado Juiz do Trabalho da 4ª Região.

Pois bem.

Inúmeros são os precedentes desta Corte afirmando que o cadastro municipal consubstancia apenas presunção relativa de prestação de serviços, podendo ser afastada por prova robusta a cargo do executado quando há inscrição em dívida ativa. Cito:

*APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. PROFISSIONAL AUTÔNOMO. BAIXA NA INSCRIÇÃO NÃO EFETUADA. PRESUNÇÃO RELATIVA. PROVA SUFICIENTE A COMPROVAR A AUSÊNCIA DO FATO GERADOR. **A inscrição de profissional autônomo no cadastro municipal de contribuintes de ISS faz presumir a prestação dos serviços. Contudo, tal presunção é relativa, cedendo diante de prova em contrário.** Caso em que o autor logrou comprovar a prestação de serviços em outra cidade, na qual reside há muitos anos, ilidindo tal presunção. Precedentes do TJRS. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70059242289, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 11/06/2014)*

*APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. PRELIMINAR DE INTEMPESTIVIDADE. PRAZO PARA OPOSIÇÃO DOS EMBARGOS. AUSÊNCIA DE FATO GERADOR. PROVAS DE QUE O EXECUTADO NÃO MAIS EXERCIA ATIVIDADE PROFISSIONAL NO MUNICÍPIO NO PERÍODO DA EXAÇÃO. 1. O prazo para oposição dos embargos à execução é de trinta dias, contados da data da intimação da penhora, nos termos do artigo 16 da lei n. 6.830/80. Eventual comparecimento espontâneo antes desta data não exime a intimação, fins de fluência do prazo. Precedentes do STJ e TJRS. 2. **Em se tratando de tributação de profissional autônomo, apenas o fato de ele estar inscrito no cadastro municipal não gera a obrigação de pagar o ISS, porquanto se cuida de presunção relativa de que ele esteja, efetivamente, prestando serviços naquele Município e, em razão disso, resta lançado o imposto.** No caso, o embargante logrou comprovar não mais exercer*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LLJ

Nº 70073958779 (Nº CNJ: 0159992-94.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*atividade profissional no período da exação, modo pelo qual não há falar em fato gerador a embasar a cobrança feita pela municipalidade. À UNANIMIDADE, AFASTARAM A PRELIMINAR E, NO MÉRITO, NEGARAM PROVIMENTO AO APELO. (Apelação Cível Nº 70059447342, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 21/05/2014)*

*APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. ISS. PRESCRIÇÃO. INOCORRÊNCIA. FATO GERADOR. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE "BAIXA" NO CADASTRO MUNICIPAL. IRRELEVÂNCIA. I) Não há de ser reconhecida a prescrição no caso concreto, uma vez que o despacho que ordenou a citação do executado interrompeu o prazo prescricional, interrupção esta que retroage à data da propositura da demanda, conforme o disposto no §1º do art. 219 do CPC. II) **O simples fato de existir inscrição no cadastro municipal como autônomo não gera, por si só, a obrigação de pagar o ISSQN, até porque, nos termos do art. 1º da Lei Complementar nº 116/2003, há a necessidade de efetiva prestação de serviços constantes na lista anexa.** III) Não ocorreu o fato gerador do ISS uma vez que, comprovado que o autor não exercia atividade como autônomo no período cobrado, não há falar em prestação de serviços. APELO PROVIDO. UNÂNIME. (Apelação Cível Nº 70047822887, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 25/09/2013)*

*APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. ISS. FATO GERADOR. SERVIÇO PRESTADO. CADASTRO DE CONTRIBUINTE. AUSÊNCIA DE BAIXA. IRRELEVÂNCIA. 1. Ainda que, em tese, a sentença tenha cerceado a defesa, não se pronuncia, no caso, sua nulidade. Inteligência do art. 249, § 2º, do CPC. PRELIMINAR PREJUDICADA. 2. A prestação do serviço integra a regra-matriz de incidência tributária do ISS. É o seu critério material. **Sem o serviço, não há fato imponible, inexistente o fato gerador, não há tributação. Inexistindo prestação de serviço - fato não impugnado especificamente pelo sujeito ativo - não é admitida exigência do ISS. Se a lei municipal determina a comunicação imediata da cessação da atividade ao Município para fins de cadastro junto à Fazenda Municipal, deve ser arbitrada, então, uma multa concernente ao descumprimento deste dever, mas não a exigência do tributo sobre fato gerador inexistente.** A ausência de alteração de cadastro junto à Secretaria da Fazenda Municipal não*



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LLJ

Nº 70073958779 (Nº CNJ: 0159992-94.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*constitui fato gerador da obrigação tributária principal. Em não se tratando de hipótese de lançamento por homologação, é imperiosa a necessidade de procedimento administrativo nos moldes do art. 142 do CTN, com a devida notificação do sujeito passivo, para fins de constituição do crédito tributário. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70048945844, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Roberto Lofego Canibal, Julgado em 29/05/2013)*

(Grifei.)

Assim, a presença ativa no cadastro municipal é irrelevante se demonstrado que não houve prestação de serviços, isto é, se o sujeito passivo comprova que não exerceu a atividade não pode incidir ISS, sendo irrelevante o cadastro. O dever de requerer a baixa junto ao cadastro municipal é obrigação acessória, não principal, de tal modo que o simples fato de contar com cadastro ativo junto ao município não permite a exação se restar demonstrado que não ocorreu o fato gerador do ISS – prestação de serviços.

Na hipótese dos autos o acervo probatório permite concluir que desde 1998 efetivamente o excipiente veio residir e atuar na advocatícia no Município de Porto Alegre, conforme se depreende do contrato social da sociedade de advogados de que fazia parte, fls. 64/71 dos autos eletrônicos.

Ademais, verifica-se que a partir de 2002 o excipiente não mais exerceu a advocatícia, eis que restou nomeado Juiz do Trabalho da 4ª Região, sendo, consabidamente, impedido de exercer a referida profissão (cópia do Diário Oficial da Justiça do Rio Grande do Sul em que consta sua nomeação, além de seu contracheque do ano de 2002 como magistrado, fls. 91/92).

Cumprе salientar, ainda, que através de consulta ao sitio deste Tribunal, acerca do cadastro do apelante junto à Ordem dos Advogados do Brasil (OAB nº 7.819), nos processos baixados na Comarca de Santana do Livramento, não há sequer um feito que tenha havido atuação do excipiente.

De outro lado, a corroborar a tese do apelante, através da mesma pesquisa, dos processos baixados na Comarca de Porto Alegre, efetivamente o excipiente atuou em causas nesta Capital no período em comento.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LLJ

Nº 70073958779 (Nº CNJ: 0159992-94.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

Assim, sob qualquer prisma que se analise as provas trazidas aos autos, verifica-se que o excipiente não prestou serviços de advocacia no Município de Santana do Livramento no período de 2000 a 2004, de modo que não há fato gerador do imposto em tela.

Nesses termos, a presunção de veracidade do lançamento foi suficientemente ilidida, sendo impositivo o provimento do recurso.

Entretanto, à medida em que deixou de cancelar a inscrição junto ao cadastro municipal, o apelante deu causa ao ajuizamento da execução fiscal, devendo arcar com os ônus advindos do executivo em atenção ao princípio da causalidade.

Observe-se o tratamento da matéria no âmbito deste Tribunal:

*APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. FATO GERADOR. INOCORRÊNCIA. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. I. A existência de registro municipal ativo constitui presunção relativa de que há efetiva prestação de serviços pelo profissional habilitado. Hipótese em que a parte embargante demonstrou a alteração do seu domicílio fiscal e a inoccorrência do fato gerador. Lançamento fiscal que carece de suporte fático. Manutenção da sentença que extinguiu a execução fiscal. II. **De acordo com o Princípio da Causalidade, incumbe à parte que deu causa ao ajuizamento da ação suportar os ônus que dela decorrem. Na hipótese, a execução fiscal foi ajuizada em razão do inadimplemento de tributo lançado em face de contribuinte regularmente inscrito nos cadastros municipais. Alteração do domicílio fiscal não informada à Fazenda Municipal.** Descumprimento do dever de informação. Condenação da parte embargante a suportar os ônus sucumbenciais. APELO PARCIALMENTE PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70060591849, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Lúcia de Fátima Cerveira, Julgado em 18/12/2014)*

*AGRAVO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. CESSAÇÃO DA ATIVIDADE PROFISSIONAL. COMUNICAÇÃO TEMPESTIVA AO ÓRGÃO FAZENDÁRIO. AUSÊNCIA. **Por força do princípio da causalidade, o ônus da sucumbência deve ser suportado por quem deu causa à demanda. Hipótese em que a Embargante não comunicou tempestivamente ao órgão fazendário a cessação da atividade profissional ensejadora do***



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LLJ

Nº 70073958779 (Nº CNJ: 0159992-94.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

*tributo e não impugnou tempestivamente o crédito tributário na via administrativa, apenas alegando a ausência do exercício profissional e acostando os respectivos documentos quando da interposição dos embargos à execução. Recurso desprovido. (Agravo Nº 70052897170, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 28/02/2013)*

*APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISS FIXO. AUSÊNCIA DE COMUNICAÇÃO DE CESSAÇÃO DAS ATIVIDADES. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. **É devida a fixação de verba honorária em favor do exequente quando o executado, por sua exclusiva inação, deu causa à propositura da execução. O contribuinte deixou de comunicar a cessação de suas atividades no município, induzindo o ente público a lançar créditos tributários.** Incidência do princípio da causalidade. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70049266877, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Almir Porto da Rocha Filho, Julgado em 25/07/2012)*

*APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DE TERCEIRO. PENHORA. INEFICÁCIA. TRANSFERÊNCIA DO IMÓVEL ANTERIOR A INSCRIÇÃO EM DÍVIDA ATIVA. Tendo a transferência do imóvel sido realizada em período anterior à existência de dívida inscrita em nome da parte executada, reconhece-se a eficácia da aquisição do bem pela parte embargante, mesmo que desprovido de registro, impondo a desconstituição da penhora, em atenção ao disposto no artigo 185 do CTN e Súmula 84 do STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. DESCABIMENTO. PRINCÍPIO DA CAUSALIDADE. **Embora a ausência comunicação da transferência do imóvel junto ao Registro de Imóveis não impute responsabilidade ao proprietário pelo tributo, impõe-se reconhecer que se trata irregularidade administrativa cometida pelo mesmo, não podendo a Fazenda Pública arcar com eventuais ônus pela falta de atualização do cadastro. Assim, em observância ao princípio da causalidade, afasta-se a condenação em honorários advocatícios imputada a Fazenda Pública, já que a transferência do imóvel ocorreu desacompanhada do devido registro. Apelo provido em parte.** (Apelação Cível Nº 70046049474, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Jorge Maraschin dos Santos, Julgado em 07/12/2011)*

(Grifei.)



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LLJ

Nº 70073958779 (Nº CNJ: 0159992-94.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

Quando solicita a inscrição junto ao cadastro municipal o contribuinte reconhece que a tributação ocorrerá de forma automática, pois assim dispõe a legislação a respeito. Não solicitando o cancelamento da inscrição quando da cessação das atividades, conseqüentemente, o contribuinte faz com que o ente público incida em equívoco, lançando tributo quando incorrente o fato gerador, dando causa ao ajuizamento da execução fiscal.

Afastar o princípio da causalidade, *in casu*, seria penalizar duplamente a Fazenda, que moveu a máquina pública para cobrança de um tributo que sequer teria sido lançado não fosse a inércia do contribuinte.

Isso posto, imperiosa a condenação do excipiente ao pagamento dos ônus da sucumbência.

No que concerne ao valor da verba honorária, fixo-a na razão de 10% sobre o valor da causa (mínimo legal), com amparo no art. 85, § 2º e 3º, inciso I, do Código de Processo Civil de 2015<sup>1</sup>, considerando, sobretudo, a inexistência de dilação probatória e a singeleza da discussão.

Destarte, o provimento do recurso para declarar a inexistência da relação jurídico-tributária e, portanto, da obrigação de pagar o ISS dos exercícios de 2000 a 2004 ao Município de Novo Hamburgo, é medida que se impõe. Outrossim, por consectário legal,

---

1 Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

[...]

§ 2º Os honorários serão fixados entre o **mínimo de dez** e o máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação, do proveito econômico obtido ou, não sendo possível mensurá-lo, sobre o valor atualizado da causa, atendidos:

I - o grau de zelo do profissional;

II - o lugar de prestação do serviço;

III - a natureza e a importância da causa;

IV - o trabalho realizado pelo advogado e o tempo exigido para o seu serviço.

§ 3º **Nas causas em que a Fazenda Pública for parte, a fixação dos honorários observará os critérios estabelecidos nos incisos I a IV do § 2º e os seguintes percentuais:**

I - **mínimo de dez** e máximo de vinte por cento sobre o valor da condenação ou do proveito econômico obtido até 200 (duzentos) salários-mínimos;

[...]



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

LLJ

Nº 70073958779 (Nº CNJ: 0159992-94.2017.8.21.7000)

2017/CÍVEL

impõe-se a extinção da execução fiscal, condenando o excipiente ao pagamento do ônus da sucumbência, porquanto deu causa à demanda.

Por tais razões, **DOU PROVIMENTO** ao recurso para reconhecer a nulidade das CDAs nº 5586/2005, 5587/2005, 5588/2008 e 5589/2005 e, por conseguinte, extinguir a execução fiscal.

Condeno o excipiente/apelante ao pagamento dos ônus da sucumbência, fixando os honorários advocatícios em 10% sobre o valor da causa, forte no artigo 85, §§ 2º e 3º, do diploma processual civil vigente.

**DES. JOÃO BARCELOS DE SOUZA JÚNIOR** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.ª LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA (PRESIDENTE)** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES.ª LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA** - Presidente - Agravo de Instrumento nº 70073958779, Comarca de Santana do Livramento: "DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: ANNIE KIER HERYNKOPF