



RTH  
Nº 70076115211 (Nº CNJ: 0375636-93.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

**APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ISS - VARIÁVEL. PRESCRIÇÃO E DECADÊNCIA. NÃO CONFIGURAÇÃO. DESCONSTITUIÇÃO DA SENTENÇA.**

1. Diversamente do que ocorre com o ISS Fixo (privilegiado), cujo lançamento se opera automaticamente (diga-se, na virada do ano civil), o ISS-Variável exige informação mensal pelo contribuinte e lançamento formal pela Fazenda Pública, advindo daí que o prazo para a constituição do crédito tributário (decadência), não havendo pagamento antecipado, começa a fluir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, por incidência do art. 173, inc. I, do CTN. Precedentes.

2. No caso em tela, tomando-se por base o crédito mais remoto, 02/1998, tem-se que o prazo decadencial de cinco anos para a constituição do crédito teve início em 1º de janeiro de 1999 e se encerrou em 1º de janeiro de 2004. Da análise das CDAs juntadas, verifica-se que a data de inscrição em dívida ativa dos débitos ocorreu em 02/06/2003, do que se pode inferir que a constituição do crédito tributário se deu em data anterior a essa, não restando configurada, portanto, a decadência.

3. Os exercícios em comento não se encontram prescritos, tendo em vista a interrupção do prazo prescricional em 15/12/2003, com o ajuizamento da execução fiscal nº 051/1.03.0004439-0 para cobrança da mesma dívida, recomeçando-se a contagem a partir do trânsito em julgado, em 19/01/2007, da sentença que julgou procedentes os embargos opostos à época. Foi ajuizada nova demanda de execução em 03/03/2009, não incidindo, portanto, o prazo prescricional de 5 anos.

Sentença de procedência dos embargos desconstituída.

**APELAÇÃO PROVIDA.**

APELAÇÃO CÍVEL

SEGUNDA CÂMARA CÍVEL

Nº 70076115211 (Nº CNJ: 0375636-93.2017.8.21.7000)

COMARCA DE GARIBALDI

MUNICIPIO DE GARIBALDI

APELANTE

ESTARSUL CONSTRUCOES LTDA

APELADO



RTH  
Nº 70076115211 (Nº CNJ: 0375636-93.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

## ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, EM DAR PROVIMENTO À APELAÇÃO.

Custas na forma da lei.

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

Porto Alegre, 31 de janeiro de 2018.

**DES. RICARDO TORRES HERMANN,**

Relator.

## RELATÓRIO

**DES. RICARDO TORRES HERMANN (RELATOR)**

O **MUNICÍPIO DE GARIBALDI** apela da sentença que julgou procedentes os embargos à execução ajuizados por **ESTARSUL CONSTRUÇÕES LTDA.** e extinguiu a execução fiscal, em face do reconhecimento da decadência, cujo dispositivo transcrevo (fls. 179/179v):

*“ISSO POSTO, julgo extinto o feito em face da decadência, nos termos do artigo 487, II, do CPC. Condeno o embargado ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado do embargante, os quais fixo em R\$1.000,00.*

*P.R.I.”*



RTH  
Nº 70076115211 (Nº CNJ: 0375636-93.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

O recorrente faz menção ao art. 173 do CTN, afirmando ter constituído os tributos devidos em 02/06/2003, anteriormente ao prazo decadencial de cinco anos, findo em 31/12/03. Refere que a sentença se baseou nas CDAs que acompanharam a petição inicial, desconsiderando a substituição dos títulos executivos, bem como a data de constituição do crédito, confundindo-a com a data de emissão da CDA.

Esclarece que depois de constituído o crédito tributário, foi proposta a Execução Fiscal n.º 051/1.03.0004439-0, interrompendo-se a prescrição em 05/04/2004 com a citação da executada, conforme lei vigente à época. Contudo, a ação foi extinta em razão da nulidade das CDAs, tendo sido julgados procedentes os embargos à execução, cuja sentença transitou em julgado em 19/01/2007, data a partir da qual recomeçou a contagem do prazo prescricional, tendo sido ajuizada nova demanda em relação aos mesmos créditos em 03/03/2009, não incidindo, portanto, o prazo prescricional de 5 anos. Pede o provimento com a reforma da sentença atacada (fls. 182/187).

São apresentadas as contrarrazões (fls. 190/191).

Vêm os autos conclusos para julgamento.

Registro ter sido observado o disposto nos artigos 931, 934 e 935 do Código de Processo Civil/2015, tendo em vista a adoção do sistema informatizado.

É o relatório.

## VOTOS

### **DES. RICARDO TORRES HERMANN (RELATOR)**

Colhe-se dos autos que o objeto da execução fiscal promovida pelo Município de Garibaldi são as certidões de dívida ativa nº 132/2010, 133/2010, 134/2010, 135/2010, 136/2010, 137/2010, 138/2010, 139/2010, 140/2010, 141/2010, 142/2010 e 143/2010 (fls. 33/44, da execução em apenso), no valor total de R\$ 2.128,76, substituídas em 30/03/2010 nos autos da execução fiscal em apenso, atinentes à cobrança de ISS-Variável das competências de 02/1998 a 01/1999.

Diversamente do que ocorre com o ISS Fixo (privilegiado), cujo lançamento se opera automaticamente (diga-se, na virada do ano civil), o ISS-Variável exige informação



RTH  
Nº 70076115211 (Nº CNJ: 0375636-93.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

mensal pelo contribuinte e lançamento formal pela Fazenda Pública, advindo daí que o prazo para a constituição do crédito tributário (decadência), não havendo pagamento antecipado, começa a fluir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, por incidência do art. 173, inc. I, do CTN<sup>1</sup>.

Nesse sentido já se manifestou o Superior Tribunal de Justiça:

*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISSQN. LEASING. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 173, I, DO CTN: CINCO ANOS A CONTAR DE PRIMEIRO DE JANEIRO DO EXERCÍCIO SEGUINTE ÀQUELE EM QUE O LANÇAMENTO DE OFÍCIO PODERIA TER SIDO EFETUADO. PRECEDENTES DO STJ. AFASTAMENTO DA TESE DOS "CINCO MAIS CINCO". DISCUSSÃO SOBRE MARCO INICIAL OU FINAL DA PRESCRIÇÃO. DESIMPORTÂNCIA, PARA CARACTERIZAR, OU NÃO, A OCORRÊNCIA DA DECADÊNCIA ANTERIOR. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.*

***I. Nos casos de tributos sujeitos à sistemática do lançamento por homologação, cujo pagamento antecipado não tenha sido realizado pelo contribuinte, pacífica a jurisprudência deste STJ no sentido de que o prazo decadencial, para a constituição do crédito, é de cinco anos, contado a partir de primeiro de janeiro do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido efetuado. Aplicação do art. 173, I, do CTN. Precedentes do STJ (AgRg no REsp 1.441.083/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/05/2014; AgRg no AREsp 616.398/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 09/02/2015).***

*II. A antiga interpretação jurisprudencial, que validava o prazo prescricional decenal (tese dos "cinco mais cinco"), para a cobrança de créditos tributários, além de estar superada, no âmbito deste STJ, nenhuma relevância teria se fosse adotada, no caso concreto. É que, na presente hipótese, não se controverte sobre a ocorrência de prescrição, mas, sim, de decadência.*

*III. Agravo Regimental improvido.*

*(AgRg no AREsp 86.542/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/04/2015, DJe 08/05/2015) (grifos meus)*

<sup>1</sup> **Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:**

**I - do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado;**

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Parágrafo único. O direito a que se refere este artigo extingue-se definitivamente com o decurso do prazo nele previsto, contado da data em que tenha sido iniciada a constituição do crédito tributário pela notificação, ao sujeito passivo, de qualquer medida preparatória indispensável ao lançamento.



RTH  
Nº 70076115211 (Nº CNJ: 0375636-93.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PRAZO DECADENCIAL DE CONSTITUIÇÃO DO CRÉDITO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ART. 173, I, DO CTN.

1. Agravo regimental contra a decisão que aplicou para o prazo decadencial a regra do art. 173, I, do CPC.

**2. A jurisprudência desta Corte entende que nas exações cujo lançamento se faz por homologação, havendo pagamento antecipado, conta-se o prazo decadencial a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN). Somente quando não há pagamento antecipado, ou há prova de fraude, dolo ou simulação é que se aplica o disposto no art. 173, I, do CTN.**

**3. No caso dos autos não houve pagamento antecipado, portanto, aplica-se a regra do art. 173, I, do CTN.**

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1182982/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 16/09/2010, DJe 24/09/2010) (grifos meus)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO – MEDIDA CAUTELAR – ISS – BOLSA DE MERCADORIAS E FUTUROS – INCIDÊNCIA – PRECEDENTES – DECADÊNCIA - APLICAÇÃO DO ART. 173, I, DO CTN – NÃO-OCORRÊNCIA – AUSÊNCIA DE "FUMUS BONI IURIS".

1. A concessão de efeito suspensivo a recurso especial é medida excepcional que exige a presença simultânea do fumus boni iuris e do periculum in mora.

**2. In casu, não ficou demonstrada a existência de fumus boni iuris, diante da jurisprudência desta Corte Superior em posição antagônica aos interesses da Autora, a saber: (a) aplica-se o art. 173, I, do CTN em razão de não existir declaração e pagamento do ISS, afastando-se a aplicação do art. 150, § 4º, do CTN; e, (b) incide ISS nas intermediações realizadas na Bolsa de Mercadorias e Futuros.**

Ação cautelar improcedente, agravo regimental prejudicado.

(MC 15.434/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 01/07/2009) (grifos meus)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL – ISSQN – PRESCRIÇÃO – DECADÊNCIA – TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO – PAGAMENTO NÃO ANTECIPADO PELO CONTRIBUINTE – INCIDÊNCIA DO ART. 173, I, DO CTN – CERTEZA E LIQUIDEZ DO TÍTULO – IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME – SÚMULA 7/STJ – BASE DE CÁLCULO DO ISS INCIDENTE SOBRE ARRENDAMENTO MERCANTIL – VALOR INTEGRAL DA OPERAÇÃO – ARBITRAMENTO – SÚMULA 7/STJ.

**1. Na hipótese dos autos, o lançamento efetuou-se dentro do prazo de cinco anos em relação aos fatos geradores questionados, não-**



RTH  
Nº 70076115211 (Nº CNJ: 0375636-93.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

***ocorrendo, pois, o prazo decadencial previsto no art. 173 do CTN. Em seguida, o contribuinte foi notificado do auto de infração, sem, contudo, apresentar impugnação do lançamento. A partir dessa data, então, o crédito tributário foi definitivamente constituído, iniciando-se a contagem do prazo prescricional previsto no art. 174 do CTN. Assim, não se implementou a prescrição, tampouco a decadência.***

*2. Aferir a certeza e liquidez do título, para efeito de análise de eventual violação do artigo 142 do Código Tributário Nacional, demanda o reexame de todo o contexto fático-probatório dos autos, o que é defeso a esta Corte em vista do óbice da Súmula 7/STJ.*

*3. O entendimento dominante nesta Corte é no sentido de que a base de cálculo do ISSQN incidente nas operações de arrendamento mercantil se dá sobre o valor integral da operação realizada, definida por arbitramento a partir dos valores constantes nas notas fiscais. A aferição desse montante esbarra no óbice constante da Súmula 7/STJ.*

*Agravo regimental improvido.*

*(AgRg no AgRg nos EDcl no REsp 979.670/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/02/2009, DJe 26/02/2009) (grifos meus)*

**No caso em tela, tomando-se por base o crédito mais remoto, 02/1998, tem-se que o prazo decadencial de cinco anos para a constituição do crédito teve início em 1º de janeiro de 1999 e se encerrou em 1º de janeiro de 2004. Da análise das CDAs juntadas, verifica-se que a data de inscrição em dívida ativa dos débitos ocorreu em 02/06/2003, do que se pode inferir que a constituição do crédito tributário se deu em data anterior a essa, não restando configurada, portanto, a decadência. Assim, merece reforma a douta sentença hostilizada.**

Cabe referir que, apesar de os exercícios em comento datarem de 1998 e 1999, os débitos não se encontram prescritos, tendo em vista que o Município ajuizou, em 15/12/2003, a execução fiscal nº 051/1.03.0004439-0 para cobrança da mesma dívida, interrompendo-se a prescrição com a citação da executada, em 05/04/2004, conforme lei vigente à época, retroagindo à data de propositura da ação. O feito executivo foi extinto pela procedência dos embargos, cuja sentença transitou em julgado em 19/01/2007, data a partir da qual recomeçou a contagem do prazo prescricional, tendo sido ajuizada nova demanda em relação aos mesmos créditos em 03/03/2009, permanecendo hígidos,



RTH  
Nº 70076115211 (Nº CNJ: 0375636-93.2017.8.21.7000)  
2017/CÍVEL

portanto, também em relação ao prazo prescricional de 5 anos, como bem referiu o apelante em suas razões recursais.

Isso posto, **DOU PROVIMENTO À APELAÇÃO**, para desconstituir a sentença de fl. 179/179-v.

É o voto.

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

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

**DES.ª LÚCIA DE FÁTIMA CERVEIRA** - Presidente - Apelação Cível nº 70076115211, Comarca de Garibaldi: "DERAM PROVIMENTO À APELAÇÃO. UNÂNIME."

Julgador(a) de 1º Grau: GERSON MARTINS DA SILVA