



APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA Nº. 0011232-40.2015.8.19.0014
APELANTE 1: MARLENE AZEVEDO DE OLIVEIRA
APELANTE 2: MUNICIPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES
APELADOS: OS MESMOS
JUÍZO DE ORIGEM: 3ª VARA CÍVEL DA COMARCA DE CAMPOS DOS GOYTACAZES
RELATOR: DES. WILSON DO NASCIMENTO REIS

ACÓRDÃO

APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISSQN. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. INOCORRÊNCIA DE PRESCRIÇÃO. FATO GERADOR DO TRIBUTO NÃO COMPROVADO. INEXISTÊNCIA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. DEVOLUÇÃO DOS VALORES PAGOS.

A controvérsia estabelecida na presente demanda refere-se à ocorrência ou não do fato gerador do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, a conseqüente inexistência do débito tributário e a necessidade de devolução dos valores pagos, bem com seus consectários legais (juros e correção).

1. Afasta-se a tese da prescrição da pretensão de repetição do indébito tributário alegada em contestação, posto que a autora promoveu ação cautelar de exibição em 02/06/2011, autuada sob o número 0037842-84.2011.8.19.0014, tendo ocorrido a interrupção do prazo prescricional nos termos do art. 174, inciso III, do CTN. **2.** Constata-se da Ação de Exibição de Documento mencionada que a pretensão da autora foi julgada procedente, tendo sido determinado ao Município a apresentação dos documentos pertinentes ao lançamento tributário que se deu de ofício, sob a técnica do arbitramento. O réu permaneceu inerte naquela demanda, não tendo apresentado os documentos comprobatórios da ocorrência do fato gerador a justificar o lançamento realizado pela Municipalidade. **3.** A autora afirma que jamais exerceu em sua residência ou no imóvel citado qualquer das atividades enumeradas como fato gerador na lista de serviços do Código Tributário Municipal de Campos dos Goytacazes. **4.** Diante destas circunstâncias, correta se encontra a sentença que, aplicando o disposto no art. 400 do CPC, presumiu verídicas as alegações feitas pela autora em sua inicial, no sentido de que não foram prestados serviços condizentes com o fato gerador descrito na legislação tributária. **5.** Inexistindo o fato imponible, a conduta não pode ser amoldada na hipótese de incidência, levando a crer que não ocorreu o fato gerador da obrigação tributária e, em consequência, o lançamento realizado de ofício deve ser tido como nulo e inexistente o crédito tributário. **6.** Sendo inexistente o crédito tributário, a sua cobrança foi ilegítima, devendo os valores pagos serem ressarcidos

à autora, na forma do art. 165 do CTN. **7.** Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença e a correção monetária incide a partir do pagamento indevido (Súmulas 188 e 162 do STJ). **8.** Em decisão monocrática proferida em 24/09/2018, o Min. Relator Luiz Fux deferiu o efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos no RE nº 870.947/SE. Deve-se, portanto, postergar a apreciação da matéria relativa aos índices aplicáveis na correção monetária e nos juros de mora, devendo tal tema ser apreciado por ocasião da fase de execução.

Provimento do recurso da autora. Provimento parcial do recurso do réu. Modificação da sentença em reexame necessário.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação/Reexame Necessário nº **0011232-40.2015.8.19.0014**, em que figuram como apelantes: **MARLENE AZEVEDO DE OLIVEIRA e ESTADO DO RIO DE JANEIRO**

ACORDAM os Desembargadores que integram a 26ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em **1) dar provimento ao recurso da parte autora** para estabelecer que a correção monetária incide a partir do pagamento indevido; **2) dar parcial provimento ao recurso do réu** para estabelecer que os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença; **3) Em reexame necessário, modificar a sentença** para determinar que a fixação dos juros e da correção monetária seja remetida à fase de execução da sentença, até que seja definitivamente julgado o RE nº 870.947/SE.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

WILSON DO NASCIMENTO REIS
RELATOR

I – RELATÓRIO

Trata-se de recurso em ação ajuizada por MARLENE AZEVEDO DE OLIVEIRA em face do MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES objetivando a declaração de inexistência de fato gerador em relação ao ISSCC e a inexigibilidade do valor de R\$ 1.231,10, bem como a devolução do valor pago.

Na forma regimental, adoto o relatório da sentença:

“Cuida-se de ação de conhecimento proposta por MARLENE AZEVEDO DE OLIVEIRA em face do MUNICÍPIO DE CAMPOS DOS GOYTACAZES alegando que o demandado expediu guia de pagamento de imposto sobre serviços de qualquer natureza. No entanto, jamais exerceu em sua residência ou no imóvel citado qualquer das atividades enumeradas como fato gerador do citado imposto. Esclarece que ingressou com ação cautelar sendo acolhido o pedido de exibição de documentos inerentes à constituição do imposto, não atendendo o demandado a determinação judicial. Requer a declaração de inexistência de fato gerador em relação ao ISSCC e a inexigibilidade do valor de R\$ 1.231,10, bem como a devolução do referido valor pago, nos termos da inicial de fls. 02/05, instruída com documentos de fls. 06/39. Despacho as fls. 41. Contestação oferecida pelo demandado as fls. 45/47, instruída com documento de fls. 48, apresentando as seguintes teses: o total pago é inferior ao pedido de repetição do indébito de acordo com comprovantes de pagamento anexados aos autos; prescrição quinquenal. Réplica de fls. 50/52. Ato ordinatório de fls. 53. Manifestação do demandado as fls. 54 e 55. Despacho as fls. 56. Cota do MP de fls. 57, deixando de intervir no feito. Remessa ao grupo de sentença as fls. 58. É o relatório. Decido. II - Fundamentação Impõe-se o julgamento antecipado da lide, sendo dispensável a produção de outras provas, nos termos do art. 355, I do CPC. As questões prévias arguidas pelo demandado não merecem prosperar pelos motivos que passo a expor. Afasto a prejudicial de prescrição arguida, pois a hipótese é de aplicação do enunciado de súmula no 85 do STJ, por se tratar de relação jurídica de trato sucessivo. A questão dos autos diz respeito à existência de fato gerador apto a ensejar a constituição de crédito tributário de ISSQN. Inicialmente, saliento que eventual parcelamento firmado pela demandante não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. A matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando ocorre defeito causador de nulidade do ato jurídico. O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa à Lei Complementar 116/2003, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. O ISS até 31.07.2003 foi regido pelo DL 406/1968 e alterações

posteriores. A partir de 01.08.2003, o ISS é regido pela Lei Complementar 116/2003. O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos itens I a XXII do art. 3 da Lei Complementar 116/2003. No caso, o demandado, intimado em demanda cautelar de exibição de documentos, onde foi acolhido o pedido de exibição, deixou de fornecer os comprovantes que acarretaram o lançamento tributário do tributo ISSQN. Diante dessa circunstância, incide o disposto no art. 400, do CPC, presumindo-se verídicas as alegações feitas pela demandante em sua inicial no sentido de que não foram prestados serviços condizentes com o fato gerador descrito na legislação tributária. Dessa forma, não há relação jurídica tributária apta a ensejar o lançamento tributário feito pelo demandado, não sendo, dessa forma, exigível o pagamento da quantia de R\$ 1.231,10. Por conseguinte, diante do pagamento de parcelas inerentes ao tributo ora examinado, cabe ao demandado promover sua restituição à luz dos comprovantes de fls.20/24. III - Dispositivo Posto isso, JULGO: a) PROCEDENTE O PEDIDO para declarar a inexistência de relação jurídica tributária entre as partes envolvendo o tributo ISS. b) PROCEDENTE O PEDIDO para declarar a inexigibilidade da obrigação de pagar a quantia de R\$ 1.231,10 inerente ao tributo ISS. c) PROCEDENTE O PEDIDO para condenar o demandado ao pagamento dos valores pagos pela demandante a título de parcelamento do tributo ISS, corrigidos monetariamente conforme a tabela de índices fornecida pela CGJ/RJ, a partir desta data, e acrescidos de juros moratórias de 1% ao mês, a contar da data de citação, a serem apurados na fase de cumprimento de sentença mediante apresentação de planilha de débito, consoante disposto no art. 509, § 2º do CPC. Por consequência, RESOLVE-SE O MÉRITO, com fulcro no art. 487, I do CPC. Sentença sujeita ao duplo grau de jurisdição necessário. Condeno o demandado ao pagamento de honorários advocatícios, esses arbitrados em 10% sobre o valor atualizado da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, I, do NCPC. Isento o demandado do pagamento das despesas processuais por força dos arts. 39 da Lei 6.830/80 e 17, X da Lei Estadual 3.350/99. Cumpridas as formalidades legais, transitada em julgado, dê-se baixa e archive-se. P.R.I.”

A parte autora, representada pela Defensoria Pública, apelou (index. 070) almejando que a correção monetária das quantias a serem ressarcidas incida a partir da data de cada pagamento.

O município também apelou (index. 081) aduzindo, em síntese, que: a) o fiscal de postura, no seu habitual exercício da profissão, constatando irregularidade, pode lavrar um auto de infração, devendo a Secretaria de Fazenda promover o lançamento do ISS, de acordo com a área construída; b) o lançamento

do ISS pode ser realizado por arbitramento, em função de se ter descoberto algo ainda desconhecido da Fazenda Pública; c) o fato gerador do ISS-Construção Civil é o acréscimo da área construída; d) diante da falta de documentação necessária, pode ser realizado o arbitramento como instrumento do lançamento de ofício; e) o ônus de comprovar o fato constitutivo de seu direito é do contribuinte que impugna o lançamento; f) Nos termos da Súmula 188 do STJ, os juros moratórios devem ser contados a partir do trânsito em julgado e na mesma proporção cobrada pela fazenda, conforme art. 167 do CTN; g) o estabelecimento de índices de correção monetária e juros de mora deve observar o disposto no art. 1º-F da Lei nº 9.494/97.

Ao final requer o provimento do recurso para que seja julgado improcedente o pedido ou, subsidiariamente, que a correção monetária e os juros de mora sejam contados do transido em julgado, e nos índices previsto no art. 1º-F da lei nº 9.494/97.

Contrarrazões do Município no index. 075 e da parte autora em pág. 103.

É o relatório.

II – VOTO

Presentes as condições recursais (legitimidade e interesse) e os pressupostos legais (órgão investido de jurisdição, capacidade recursal das partes e regularidade formal - forma escrita, fundamentação e tempestividade), a apelação deve ser conhecida.

A controvérsia estabelecida na presente demanda refere-se a ocorrência ou não do fato gerador do Imposto Sobre Serviços de Qualquer natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, a consequente inexistência do débito tributário e a necessidade de devolução dos valores pagos, bem com seus consectários legais (juros e correção).

Afasta-se inicialmente a tese da prescrição da pretensão de repetição do indébito tributário alegada em contestação, posto que a autora promoveu ação cautelar de exibição em 02/06/2011, autuada sob o número 0037842-84.2011.8.19.0014, tendo ocorrido a interrupção do prazo prescricional nos termos do art. 174, inciso III, do CTN.

Quanto ao mérito, o mencionado Tributo tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, ainda que esses serviços não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Constata-se da Ação de Exibição de Documento mencionada que a pretensão da autora foi julgada procedente, tendo sido determinado ao Município a apresentação dos documentos pertinentes ao lançamento tributário que se deu de ofício, sob a técnica do arbitramento.

Embora exista determinação judicial para exibição da documentação, o réu permaneceu inerte naquela demanda, não tendo apresentado os documentos comprobatórios da ocorrência do fato gerador a justificar o lançamento realizado pela Municipalidade.

Veja-se que a autora afirma que jamais exerceu em sua residência ou no imóvel citado qualquer das atividades enumeradas como fato gerador na lista de serviços do Código Tributário Municipal de Campos dos Goytacazes.

Diante destas circunstâncias, correta se encontra a sentença que, aplicando o disposto no art. 400 do CPC, presumiu verídicas as alegações feitas pela autora em sua inicial, no sentido de que não foram prestados serviços condizentes com o fato gerador descrito na legislação tributária.

Deste modo, inexistindo o fato imponible, a conduta não pode ser amoldada na hipótese de incidência, levando a crer que não ocorreu o fato gerador da obrigação tributária e, em consequência, o lançamento realizado de ofício deve ser tido como nulo e inexistente o crédito tributário.

Sendo inexistente o crédito tributário, a sua cobrança foi ilegítima, devendo os valores pagos serem ressarcidos à autora, na forma do art. 165 do CTN.

Art. 165. O sujeito passivo tem direito, independentemente de prévio protesto, à restituição total ou parcial do tributo, seja qual for a modalidade do seu pagamento, ressalvado o disposto no § 4º do artigo 162, nos seguintes casos:

I - cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;

II - erro na edificação do sujeito passivo, na determinação da alíquota aplicável, no cálculo do montante do débito ou na elaboração ou conferência de qualquer documento relativo ao pagamento;

III - reforma, anulação, revogação ou rescisão de decisão condenatória.

O termo inicial dos juros de mora e da correção monetária é tema pacífico no Superior Tribunal de Justiça que determina:

Súmula 188. Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.

Súmula 162. Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.

Por sua vez, o art. 167 do CTN dispõe que a restituição total ou parcial do tributo deve ser realizada com os mesmos juros de mora utilizados na cobrança dos débitos tributários.

Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição.

Parágrafo único. A restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.

Ocorre que, em decisão monocrática proferida em 24/09/2018, o Min. Relator Luiz Fux deferiu o efeito suspensivo aos embargos de declaração opostos no RE nº 870.947/SE, em que há pedido de modulação de efeitos do decisor, sob o argumento de que a imediata aplicação da orientação estabelecida nas ADIs nº 4.357 e 4.425 poderia causar prejuízos às Fazendas Públicas.

Deve-se, portanto, postergar a apreciação da matéria relativa aos índices aplicáveis na correção monetária e nos juros de mora, devendo tal tema ser apreciado por ocasião da fase de execução, de acordo com o que será definitivamente decidido no RE nº 870.947/SE.

Nesse sentido, confira-se:

Apelação Cível. Bombeiro Militar. Ação de Obrigação de Fazer/Não fazer c/c Repetição de Indébito. Autor pleiteia a restituição dos valores indevidamente retidos de IRPF (Imposto de Renda de Pessoa Física) que incidiram sobre a parcela denominada auxílio moradia. Sentença de procedência que condena o réu (ESTADO DO RIO DE JANEIRO) a restituir os valores descontados a título de imposto de renda sobre as parcelas de auxílio moradia, observada a prescrição quinquenal. Recurso interposto pelo réu, arguindo, preliminarmente, a inépcia da inicial, por ausência de documento supostamente indispensável ao deslinde da questão. No mérito, postula a improcedência do pleito autoral. Preliminar de inépcia da inicial que se afasta. Documentos nos autos que são suficientes a demonstrar a incidência do imposto sobre a verba de auxílio moradia. Benefício de auxílio moradia que possui natureza indenizatória. Inteligência das normas contidas no artigo 20, da Lei Estadual nº 279/79, e no artigo 3º, da Lei Estadual nº 658/83. Enunciado 148 da súmula do TJRJ. Ilegalidade dos descontos evidenciada. Dever de ressarcimento dos valores cobrados, na forma

simples, observada a prescrição quinquenal. Termo inicial de incidência dos juros moratórios que deve observar a data do trânsito em julgado da sentença, por se tratar de repetição de indébito de crédito tributário. Súmula 188 do STJ. **Correção Monetária. Modulação de efeitos nas ADIs 4.357 e 4.425. Efeito suspensivo deferido aos Embargos de Declaração opostos no RE nº 870.947/SE que trata da modulação dos efeitos de decisum. Diante do efeito suspensivo concedido, a prudência recomenda que a apreciação da questão referente aos juros e correção monetária seja remetida à fase de execução, até que seja definitivamente julgado o RE nº 870.947/SE.** Honorários que devem ser fixados na liquidação da sentença. Inteligência do art. 85, §4º, II, do CPC. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (0027397-94.2017.8.19.0014 – APELAÇÃO, rel. Des(a). JDS MARIA CELESTE PINTO DE CASTRO JATAHY - Julgamento: 16/05/2019 - VIGÉSIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL)

Ante o exposto, voto no sentido de **1) dar provimento ao recurso da parte autora** para estabelecer que a correção monetária incide a partir do pagamento indevido; **2) dar parcial provimento ao recurso do réu** para estabelecer que os juros moratórios são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença; **3) Em reexame necessário, modificar a sentença** para determinar que a fixação dos juros e da correção monetária seja remetida à fase de execução da sentença, até que seja definitivamente julgado o RE nº 870.947/SE.

Rio de Janeiro, na data da assinatura digital.

WILSON DO NASCIMENTO REIS
RELATOR