

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.904.780 - SP (2021/0160235-3)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : **MUNICÍPIO DE ITAPEVI**
PROCURADOR : **MARCEL TENORIO DA COSTA E OUTRO(S) - SP224008**
AGRAVADO : **EUROFARMA LABORATORIOS S.A**
ADVOGADOS : **RONALDO RAYES - SP114521**
JOÃO PAULO FOGAÇA DE ALMEIDA FAGUNDES - SP154384
BRUNO HENRIQUE COUTINHO DE AGUIAR - SP246396
ANA CRISTINA MAIA MAZZAFERRO - SP261869
LETÍCIA MARCHIONI SEQUEIRA - SP411188
BRUNA ANNUNCIATO DE CARIA - SP428667

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO EM FAVOR DE MUNICÍPIO DIVERSO. DECADÊNCIA. REGRA A SER OBSERVADA. ART. 173, I, CTN. APLICAÇÃO.

1. A obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada.

2. Hipótese em que a Corte estadual compreendeu que o recolhimento do tributo a município diverso daquele a quem seria efetivamente devido seria suficiente para a aplicação do regime do art. 150, § 4º, do CTN, independentemente do momento do conhecimento, pelo outro ente federativo, acerca do fato gerador, bem como de qualquer recolhimento do tributo aos seus cofres.

3. In casu, revela-se incontroverso que o contribuinte declarou e recolheu o ISS relativo aos serviços prestados por terceiros a outros municípios que não o de ITAPEVI – SP, o qual apenas teve conhecimento dos fatos geradores no momento da fiscalização tributária, o que afasta o regime do art. 150, § 4º, do CTN, impondo-se a reforma do acórdão para que seja aplicada a regra geral da decadência prevista no art. 173, I, CTN.

4. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por

Superior Tribunal de Justiça

unanimidade, conhecer do agravo para dar provimento ao recurso especial nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Benedito Gonçalves (Presidente), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 14 de dezembro de 2021

MINISTRO GURGEL DE FARIA

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1904780 - SP (2021/0160235-3)

RELATOR : **MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE ITAPEVI
PROCURADOR : MARCEL TENORIO DA COSTA E OUTRO(S) - SP224008
AGRAVADO : EUROFARMA LABORATORIOS S.A
ADVOGADOS : RONALDO RAYES - SP114521
JOÃO PAULO FOGAÇA DE ALMEIDA FAGUNDES - SP154384
BRUNO HENRIQUE COUTINHO DE AGUIAR - SP246396
ANA CRISTINA MAIA MAZZAFERRO - SP261869
LETÍCIA MARCHIONI SEQUEIRA - SP411188
BRUNA ANNUNCIATO DE CARIA - SP428667

EMENTA

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. RECOLHIMENTO EM FAVOR DE MUNICÍPIO DIVERSO. DECADÊNCIA. REGRA A SER OBSERVADA. ART. 173, I, CTN. APLICAÇÃO.

1. A obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual deve se dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada.

2. Hipótese em que a Corte estadual compreendeu que o recolhimento do tributo a município diverso daquele a quem seria efetivamente devido seria suficiente para a aplicação do regime do art. 150, § 4º, do CTN, independentemente do momento do conhecimento, pelo outro ente federativo, acerca do fato gerador, bem como de qualquer recolhimento do tributo aos seus cofres.

3. *In casu*, revela-se incontroverso que o contribuinte declarou e recolheu o ISS relativo aos serviços prestados por terceiros a outros municípios que não o de ITAPEVI – SP, o qual apenas teve conhecimento dos fatos geradores no momento da fiscalização

tributária, o que afasta o regime do art. 150, § 4º, do CTN, impondo-se a reforma do acórdão para que seja aplicada a regra geral da decadência prevista no art. 173, I, CTN.

4. Agravo conhecido para dar provimento ao recurso especial.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo de MUNICÍPIO DE ITAPEVI – SP que objetiva admissão de recurso especial interposto contra acórdão do TJSP assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL - Ação Anulatória ISS do exercício de 2010 - Município de Itapevi - Insurgência contra sentença que julgou procedente a ação anulatória em razão da decadência do lançamento tributário e condenou o município aos ônus de sucumbência além de honorários advocatícios Tomadora de serviços localizada em Itapevi - Prestadores localizados em São Paulo - Existência de retenção Notas fiscais juntadas aos autos e correspondentes ao período tributário dão conta de que houve a retenção e pagamento do tributo - Tributo sujeito ao lançamento por homologação cujo prazo decadencial deve ser contado a partir do fato gerador Último fato gerador data de 8/12/2010 - Lançamento ocorrido 15/12/2015 - Decadência Ocorrência Entendimento do art. 150, § 4º do CTN Precedentes do STJ e deste Eg. Tribunal de Justiça - Decisão mantida - Recurso do município não provido.

No especial, a parte alega violação dos arts. 150, §4º, 173, I, do CTN, bem como a ocorrência de divergência jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que a contagem do prazo decadencial deve observar a regra do art. 173, I, do CTN, e não aquela prevista no art. 150, § 4º, ante a ausência de recolhimento do ISS aos cofres do município tributante no período do fato gerador.

Afirma que o recolhimento do ISS feito a outro ente municipal não tem o condão de alterar a forma de contagem do prazo decadencial, uma vez que o município recorrente só teve conhecimento do fato gerador na data da fiscalização.

O recurso especial foi obstaculizado pela aplicação da Súmula 7 do STJ e por não estar corretamente demonstrado o dissídio jurisprudencial, fundamentos impugnados no agravo.

É o relatório.

VOTO

Inicialmente, por entender estarem preenchidos os pressupostos legais para o conhecimento do agravo e do próprio recurso especial, submeto o presente feito diretamente ao Colegiado, conforme faculta o art. 1.042, § 5º, do CPC/2015.

O recurso especial se origina de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c/c pedido de repetição do indébito de ISS cobrado pela edilidade ao autor em razão de responsabilidade por substituição tributária dos serviços médicos a ele prestados, em que se debate a legitimidade ativa tributária do Município de Itapevi para cobrar ISSQN de serviços prestados por prestadores localizados em outro município, bem como a decadência do crédito tributário em razão do decurso do quinquênio legal.

Pela sentença, a ação foi julgada procedente, em razão do reconhecimento da decadência, consignando-se que o prazo do art. 150, § 4º, do CTN teve início com o recolhimento do tributo aos cofres do município em que domiciliado o prestador do serviço, afastando-se a aplicação da regra do art. 173, I, do CTN:

Isso porque houve o pagamento antecipado ao Município do prestador do serviço, ao qual a autora entendia ser devido o pagamento, não podendo a mesma ser onerada pela divergência de entendimento entre dois municípios da Federação

O Tribunal bandeirante negou provimento à apelação da edilidade, mantendo o fundamento de que, com o recolhimento comprovado do ISS ao município que a autora entendia como tributante, o prazo do art. 150, §4º, do CTN teria se iniciado, encerrando-se em momento anterior à lavratura do auto de infração pelo município de Itapevi – SP.

Eis a motivação adotada no acórdão recorrido:

O § 4º do sobredito artigo 150 do CTN, por sua vez, determina que “Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.”

Assim, para que referido dispositivo legal seja aplicável, é necessário que o contribuinte tenha efetuado o pagamento, isto é, tenha “declarado” que o imposto era devido naquele caso e, procedido ao seu recolhimento, ainda que tenha sido a menor, antes do lançamento e a Municipalidade tem o prazo de cinco anos contados do fato gerador para homologar o crédito de forma tácita ou expressa.

Pois bem, o impetrante comprovou que houve a retenção e recolhimento referente às notas fiscais de fls. 40/127, no exercício de 2010 (período compreendido entre janeiro a dezembro), devendo, desse modo, incidir a regra decadencial insculpida no já mencionado artigo 150 § 4º do CTN, ou seja, o direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados da ocorrência do fato gerador.

Os fatos geradores do tributo ocorreram entre janeiro a dezembro de 2010 (esta última datada de 8/12/2010), evidenciado pela emissão das notas fiscais aqui copiadas às fls. 40/127, nas quais a autora é identificada como tomadora

dos serviços. Ali consta o nome da autora nessa condição, com as devidas descrições dos serviços prestados.

O fato gerador do ISS se dá na data da prestação de serviços (art.156, III da Constituição Federal), de modo que as notas fiscais de fls. 40/127 apontam que os serviços foram prestados até o dia 8/12/2010.

Está, pois, demonstrado que quando o lançamento foi efetuado o crédito tributário descrito no auto de infração nº 121/2015, de 15/12/2015, já havia sido fulminado pela decadência.

Pois bem.

Por oportuno, anote-se a tempestividade do agravo em recurso especial, tendo o município recorrente sido intimado da decisão de inadmissão do recurso com sua intimação pessoal, ocorrida por meio eletrônico em 30/11/2020, data da interposição do agravo.

Dito isso, tem-se que, para os tributos sujeitos ao lançamento por homologação, a obrigação tributária não declarada pelo contribuinte no tempo e modo determinados pela legislação de regência está sujeita ao procedimento de constituição do crédito pelo fisco, por meio do lançamento substitutivo, o qual se deve dar no prazo decadencial previsto no art. 173, I, do CTN, quando não houver pagamento antecipado, ou no art. 150, § 4º, do CTN, quando ocorrer o recolhimento de boa-fé, ainda que em valor menor do que aquele que a Administração entende devido, pois, nesse caso, a atividade exercida pelo contribuinte, de apurar, pagar e informar o crédito tributário, está sujeita à verificação pelo ente público, sem a qual ela é tacitamente homologada.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados: AgInt no AgInt no AREsp 1.229.609/RJ, rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 24/10/2018; AgInt no REsp 1.097.248/SC, rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 13/05/2019; AgRg no AREsp 132.784/SP, rel. Ministro Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 01/04/2016; REsp 1.633.154/SP, rel. Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, DJe 05/12/2017.

Vê-se que, pela própria natureza do lançamento por homologação, faz-se necessário que a edilidade tenha conhecimento da ocorrência do fato gerador, seja através da declaração formal promovida pelo contribuinte ou do recolhimento do tributo aos seus cofres.

Na hipótese dos autos, é incontroverso que o contribuinte declarou e recolheu o ISS relativo aos serviços prestados por terceiros a outros municípios que não o município de ITAPEVI – SP, o qual apenas teve conhecimento dos fatos geradores no momento da fiscalização tributária.

Não se está aqui a afirmar a competência deste ou daquele município para a tributação, mas apenas que, para a aplicação da regra do art. 150, § 4º, do CTN ao município de ITAPEVI – SP, no caso concreto, a declaração do contribuinte ou o recolhimento, ainda que parcial, do ISSQN dos fatos geradores tributados deveriam ter sido feitos ao ora recorrente.

In casu, as instâncias ordinárias aplicaram a regra do art. 150, § 4º, do CTN independentemente do momento do conhecimento do município acerca do fato gerador e de qualquer recolhimento do tributo aos seus cofres, sendo insustentáveis as conclusões por elas adotadas.

Ante o exposto, CONHEÇO do agravo para DAR PROVIMENTO ao recurso especial e DETERMINAR o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* para que seja apreciada a alegação de decadência segundo as regras do art. 173 do CTN, bem como para que aprecie as demais causas de pedir da ação declaratória relativas à competência do município de ITAPEVI – SP para tributar o ISS em discussão.

É como voto.

**CERTIDÃO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA**

Número Registro: 2021/0160235-3

PROCESSO ELETRÔNICO

AREsp 1.904.780 /
SP

Números Origem: 1002961-93.2019.8.26.0271 10029619320198260271
100296193201982602712019001435 14352019 2019/001435

PAUTA: 14/12/2021

JULGADO: 14/12/2021

Relator

Exmo. Sr. Ministro **GURGEL DE FARIA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **AURÉLIO VIRGÍLIO VEIGA RIOS**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE ITAPEVI
PROCURADOR : MARCEL TENORIO DA COSTA E OUTRO(S) - SP224008
AGRAVADO : EUROFARMA LABORATORIOS S.A
ADVOGADOS : RONALDO RAYES - SP114521
JOÃO PAULO FOGAÇA DE ALMEIDA FAGUNDES - SP154384
BRUNO HENRIQUE COUTINHO DE AGUIAR - SP246396
ANA CRISTINA MAIA MAZZAFERRO - SP261869
LETÍCIA MARCHIONI SEQUEIRA - SP411188
BRUNA ANNUNCIATO DE CARIA - SP428667

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS/ Imposto sobre Serviços

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Primeira Turma, por unanimidade, conheceu do agravo para dar provimento ao recurso especial, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Manoel Erhardt (Desembargador convocado do TRF-5ª Região), Benedito Gonçalves (Presidente), Sérgio Kukina e Regina Helena Costa votaram com o Sr. Ministro Relator.