

Processo: 490753-1
Relator: Lauro Laertes de Oliveira
Orgão Julgador: 2ª Câmara Cível
Data de 30/06/2008 00:00:00

Publicação:

Íntegra: Trata-se de agravo de instrumento contra decisão interlocutória que deferiu pedido para atribuir efeito suspensivo aos embargos à execução fiscal, referente à cobrança de ISS sobre operações de arrendamento mercantil (leasing).

1. O agravante preconiza a reforma da decisão devido à inexistência do efeito suspensivo dos embargos, devido ao não cumprimento de um dos requisitos do art. 739-A, § 1º do Código de Processo Civil; o fato de que o contribuinte não demonstrou a existência de dano de difícil ou incerta reparação com o prosseguimento da execução fiscal. Afinal, pleiteou a reforma da decisão agravada

2. Recurso respondido (fls. 104-136).

É O RELATÓRIO.

3. A controvérsia cinge-se aos requisitos para concessão de efeito suspensivo, em embargos à execução fiscal, cuja discussão se trava em torno da incidência de ISS sobre operações de arrendamento mercantil.

4. Em primeiro lugar, a Lei n.º 11.382, de 6 de dezembro de 2006, trouxe importantes alterações no Código de Processo Civil vigente, entre elas, acrescentou o artigo 739-A e seus parágrafos, que dispõem:

"Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.

§ 1º O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes. (...)"

5. Agora com a nova sistemática do Código de Processo Civil, o que

antes era regra geral passou a ser exceção, ou seja, os embargos à execução somente serão recebidos com efeito suspensivo se preenchidos os requisitos do §1º, do art. 739-A, do CPC, não podendo ser atribuído de ofício.

6. Humberto Theodoro Júnior ensina:

"O regime dos efeitos dos embargos foi totalmente alterado. Antes, todos os embargos eram, sempre, recebidos com efeito suspensivo, provocando imediata paralisação do processo executivo (art. 739, §1º, em seu texto primitivo). Com a reforma da Lei nº 11.382/2006, a regra é justamente em sentido contrário: 'Os embargos do executado não terão efeito suspensivo' (art.739-A, caput). Os embargos, de tal sorte, não afetarão a seqüência dos atos executivos."

(...)

Em caráter excepcional, o juiz é autorizado a conferir efeito suspensivo aos embargos do executado. Não se trata, porém, de um poder discricionário. (...)

Mesmo que os embargos sejam relevantes e que, no final, o ato executivo seja perigoso para o executado, não haverá efeito suspensivo para sustar o andamento da execução, se o devedor não oferecer garantia ao juízo. Aliás, é razoável que assim seja, visto que, se ainda não houver penhora ou outra forma de agressão concreta ao patrimônio do executado, não sofre ele dano atual, nem risco de dano grave e iminente." (in A reforma da execução do título extrajudicial. Rio de Janeiro: Forense, 2007. p. 194-195).

7. Araken de Assis comenta:

"O art. 739-A, §1º, exige o 'requerimento do embargante' de modo expresso. Logo, na falta de pedido, o juiz não poderá atribuir efeito suspensivo ex officio. A lei reservou o assunto à iniciativa da parte.

E, na falta do efeito suspensivo, a execução prosseguirá definitivamente na pendência da apelação interposta contra a sentença proferida nos embargos, ressalva feita à hipótese de o executado, apelando do juízo de improcedência, valer-se do disposto no art. 558, parágrafo único." (in Manual da execução. 11 ed. rev. ampl. e atual. com a Reforma Processual - 2006/2007 - São Paulo: Editara Revista dos Tribunais, 2007. p. 454).

8. Em segundo lugar, não se pode olvidar que a Lei de Execuções Fiscais não regulamenta a atribuição ou não do efeito suspensivo aos embargos à execução, desta forma, as regras do Código de Processo Civil se aplicam de forma subsidiária à Lei de Execução Fiscal, conforme art. 1º da Lei 6.830/80.

9. Dessa forma, inegável a aplicação do art. 739-A do Código de Processo Civil, aos embargos à execução fiscal.

10. Em terceiro lugar, o contribuinte cumpriu todos os 3 (três) requisitos do art. 739-A, § 1º do Código de Processo Civil, vale transcrever:

"Art. 739-A. Os embargos do executado não terão efeito suspensivo.
§ 1o O juiz poderá, a requerimento do embargante, atribuir efeito suspensivo aos embargos quando, sendo relevantes seus fundamentos, o prosseguimento da execução manifestamente possa causar ao executado grave dano de difícil ou incerta reparação, e desde que a execução já esteja garantida por penhora, depósito ou caução suficientes."

11. Quanto ao primeiro requisito, ocorreu requerimento expresso para a concessão do efeito suspensivo, na peça inicial dos embargos à execução, conforme se observa no item "a", no título "Do Pedido" (fl. 94 - nº do TJ).

12. Em relação ao segundo requisito, o risco de dano se evidencia na possibilidade de exigência de exação indevida ou excessiva, pois no mérito, além da incidência do tributo também se discute a sua base de cálculo e a decadência.

13. Vale lembrar que preconizam pela não incidência de ISS sobre as operações de arrendamento mercantil a maioria da doutrina, dentre outros, Aires F. Barreto (ISS na Constituição e na Lei, Dialética, 2ª edição, 2005, p. 168); Bernardo Ribeiro de Moraes (Doutrina e prática do imposto sobre serviços, p. 373); José Eduardo Soares de Melo (Leasing - ISS e ICMS, in Valdir de Oliveira Rocha (coord.), O ICMS, a LC 87/96 e questões jurídicas atuais, p. 202); Humberto Ávila (Revista Dialética de Direito Tributário, vol. 122, pp. 120-131); Marcelo Caron Baptista (ISS do texto à norma, Quartier Latin, 2005, pp. 338-345) e Rogério de Miranda Tubino (Leasing (arrendamento mercantil) e o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, o ISS

na Lei Complementar nº 116/2003, coordenador Rodrigo Brunelli Machado, Quartier Latin, 2004, pp. 75-88).

14. No que se refere ao terceiro requisito, verifica-se que ocorreu a garantia do juízo, mediante carta de fiança bancária (fls. 142/143).

15. Cumpre salientar que, ao contrário do que afirmou o agravante (fls. 20), o contribuinte apresentou fundamento detalhado, nos embargos à execução (fls. 45-94), a respeito do risco de prejuízo que pode ocorrer com o prosseguimento da execução fiscal.

16. Diante disto, não se aplica o art. 739-A, § 2º do Código de Processo Civil.

17. Em quarto lugar, destaca-se que a jurisprudência citada pelo agravado não serve como parâmetro, para o julgamento desta causa, porque tratam de situações diferentes.

18. Na apelação cível nº. 439.604-1, de minha relatoria, consta o seguinte fundamento:

Apelação cível nº. 439.604-1

"8. Acontece, porém, que em momento algum a embargante (agravada) requereu expressamente a atribuição de efeito suspensivo aos embargos, pedido esse que deve ser somado ao risco de lesão e garantia do juízo. Por essa razão, não poderia o juízo singular tê-lo atribuído de ofício."

19. Nos autos acima mencionados não havia pedido expresso de suspensão, sendo que nestes autos houve pedido expresso, conforme já se observou.

20. No que concerne a apelação cível nº. 439.452-7, cujo relator foi o Dr. Fernando Antonio Prazeres, constata-se o mesmo fundamento, ou seja, houve a falta de pedido expresso:

Apelação cível nº. 439.452-7

"No caso em comento, não houve sequer o preenchimento do primeiro requisito, qual seja o requerimento do embargante."

21. Nas apelações cíveis nºs. 426.189-4 e 343.367-0, as conclusões foram no sentido de indeferir o efeito suspensivo, porque não houve demonstração de dano grave de difícil ou incerta reparação, a garantia do juízo e nem a prova inequívoca das alegações. Fatos estes que não ocorreram nos autos.

22. Em relação à Medida Cautelar nº. 12.825 do STJ, vale observar

que não se trata de Acórdão, mas de decisão monocrática. Além disso, o julgado nem mesmo se refere ou se assemelha a questão do efeito suspensivo dos embargos à execução fiscal; uma vez que o objetivo da ação é o efeito suspensivo em recurso especial, por meio de medida cautelar.

23. Nestas circunstâncias, cumpriu-se o art. 93, IX da Constituição Federal.

Assim sendo, o recurso não merece provimento.

Posto isso, com fulcro no art. 557 do Código de Processo Civil, nego seguimento ao recurso.

Intime-se.

Curitiba, 18 de junho de 2008.

Lauro Laertes de Oliveira

Relator

Acessado em: 28/01/2014 17:19:46