

Processo: 479839-6

Relator: Lauro Laertes de Oliveira

Orgão Julgador: 2ª Câmara Cível

Data de Publicação: 02/05/2008 00:00:00

Ementa: DECISÃO: Acordam os integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos supra. EMENTA: TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE OPERAÇÕES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - RECEBIMENTO DOS EMBARGOS COM EFEITO SUSPENSIVO - POSSIBILIDADE - PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 739-A, § 1º DO CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO PROVIDO.

Íntegra: Agravo de Instrumento nº 479.839-6, de Goioerê - Vara Cível e Anexos

Agravante: Dibens Leasing S.A. - Arrendamento Mercantil

Agravado: Município de Goioerê

Relator: Lauro Laertes de Oliveira

TRIBUTÁRIO - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE OPERAÇÕES DE ARRENDAMENTO MERCANTIL - RECEBIMENTO DOS EMBARGOS COM EFEITO SUSPENSIVO - POSSIBILIDADE - PRESENTES OS REQUISITOS DO ART. 739-A, § 1º DO CPC - AGRAVO DE INSTRUMENTO - RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento n.º 479.839-6, da Vara Cível e Anexos de Goioerê, em que figura como agravante Dibens Leasing S.A. - Arrendamento Mercantil e agravado o Município de Goioerê.

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

2. A agravante preconiza a reforma da decisão devido à existência do efeito suspensivo dos embargos, através da interpretação dos arts. 19, 24 e 32, todos da Lei nº. 6.830/80; a inaplicabilidade do art. 739-A do CPC, para os casos de execução fiscal; no caso de se entender pela aplicação do art. 739-A do CPC, afirma que cumpriu todos os requisitos para a concessão do efeito suspensivo.

3. Recurso preparado e respondido.

É O RELATÓRIO.

4. 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.

5. 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. (...)"

6. 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.

7. 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).

8. 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).

9. 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.

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

11. 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."

12. 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. 92).

13. 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.

14. 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).

15. Também julgado com extensa motivação do Min. Luiz Fux (REsp 805.317/RS) e ainda julgado do STF sobre não incidência na locação de móveis, caso análogo (RE 116.121). Ademais, o crédito tributário é expressivo R\$ 20.186,04 (fl. 144), ônus que não pode ser imposto ao contribuinte, sem garantia de imediata restituição, caso sua pretensão prevaleça sobre a do Município.

16. Nesse particular, existe a possibilidade criada pela Lei n.º 10.819, de 16-12-2003 de o Município levantar até 70% (setenta por cento) de eventual valor depositado/penhorado em execução fiscal.

17. Em casos análogos este Tribunal tem decidido:

"Agravo de instrumento. Tributário. Embargos à execução fiscal. Concessão de efeito suspensivo. Pedido expresso do embargante. Nulidade da decisão. Inocorrência. Razões expressas nas informações prestadas pelo juízo a quo. Princípios da instrumentalidade das formas e da economia processual. ISS. Arrendamento mercantil. Base de cálculo. Questão controversa na jurisprudência. Periculum in mora e fumus boni iuris configurados. Depósito integral do quantum. Garantia do juízo. Decisão confirmada. Recurso improvido." (Agravo de instrumento n.º 462.544-1 Rel. Des. Manassés de Albuquerque. 3ª Câmara Cível.

Pub. 28-03-2008).

"Processual civil e tributário - Execução fiscal - Embargos à execução - Preliminares: ausência de comprovação da representação processual e de documentos essenciais à lide - não acolhimento - Admissibilidade do recurso - Pedido de concessão de efeito suspensivo - Art. 739-A do CPC - Relevância em razão do risco de dano de difícil reparação - Suspensão da execução - Incerteza na repetição de valores - incidência de ISS sobre contratos de arrendamento mercantil - Matéria altamente controvertida - Não provimento do recurso." (Agravado de instrumento nº. 449.503-2. Rel. Juiz Conv. Espedito Reis do Amaral. 3ª Câmara Cível. Pub. 14.03.2008).

"Tributário - Agravo de instrumento - Embargos à execução fiscal - ISS sobre arrendamento mercantil - Suspensão da execução fiscal - Prevalência da lei especial em detrimento das regras gerais impostas pelo CPC - Alegação de não incidência do tributo - Jurisprudência controversa - Questão não pacificada - Presença dos requisitos constantes do art. 273 do CPC - "periculum in mora" e verossimilhança das alegações - Aplicação do inciso II do art. 151 do CTN. Recurso provido. Não há que se aplicar as inovações introduzidas pela Lei 11.382/06, em se tratando de execução fiscal, que é regido pela Lei de Execuções Fiscais. A incidência de ISS em operações de arrendamento mercantil é uma questão controversa, e sendo assim, não pode o agravante ser compelido ao pagamento de valor cuja exigibilidade é duvidosa, razão pela qual estão presentes os requisitos autorizadores da antecipação da tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário, a teor do que dispõe o inciso II do art. 151 do CTN." (Agravado de instrumento nº 462.456-6. Rel. Des. Silvio Dias. 2ª Câmara Cível. Pub. 14-03-2008).

18. No que se refere ao terceiro requisito, verifica-se que ocorreu a garantia do juízo, mediante a penhora, tanto que o juízo singular recebeu os embargos à execução fiscal para discussão (fl. 249).

19. Cumpre salientar que, ao contrário do que afirmou o agravado (fl. 283), em contra-minuta, o contribuinte não precisa incluir na peça inicial um capítulo exclusivo para demonstrar o cumprimento de todos os requisitos do art. 739-A, § 1º do CPC. Basta apenas que estes requisitos estejam presentes.

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

21. 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."

22. Nos autos acima mencionados inexistia pedido expresso de suspensão, sendo que nestes autos ocorreu pedido expresso, conforme já se observou.

23. 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."

24. Na apelação cível nº. 407.012-6, de relatoria do Desembargador Hayton Lee Swain Filho, a conclusão foi de que não foram cumpridos os três requisitos do art. 739-A do CPC:

Apelação cível nº. 407.012-6

"Isto porque, ao contrário da tese defendida, extrai-se do traslado que os requisitos necessários à atribuição do efeito suspensivo aos embargos não se fazem presentes."

25. A decisão do Superior Tribunal de Justiça de medida cautelar nº. 12.825, nem mesmo refere-se a embargos à execução, uma vez que se trata de medida cautelar para atribuição de efeito suspensivo em recurso especial.

Assim sendo, dá-se provimento ao recurso e reforma-se a decisão agravada, para determinar a concessão do efeito suspensivo nos embargos à execução e, com isso, suspender a execução fiscal n. 85/2006.

Posto isso, acordam os integrantes da Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, por unanimidade de votos, dar provimento ao recurso, nos termos supra.

Participaram do julgamento os Desembargadores Cunha Ribas, Presidente sem voto, Valter Ressel e juiz convocado Péricles Bellusci de Batista Pereira.

Curitiba, 22 de abril de 2008.

Lauro Laertes de Oliveira
Relator

Acessado em: 28/01/2014 17:20:44