AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.487.620 - SP (2019/0106859-3)

RELATOR	**:**	**MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE	:	FW SOLUCOES INDUSTRIAIS LTDA
ADVOGADOS	:	RONNY HOSSE GATTO - SP171639
		GUSTAVO DE CARVALHO GIROTTI - SP363553
AGRAVADO	:	MUNICIPIO DE SERTAOZINHO
PROCURADOR	:	HARLEY LEANDRO DE SOUZA E OUTRO(S) - SP155811

DECISÃO

Trata-se de agravo manejado por **FW Solucoes Industriais Ltda**, desafiando decisão denegatória de admissibilidade a recurso especial, este interposto, com base no art. 105, III, *a e c*, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 38):

> *Agravo de Instrumento – Execução Fiscal - ISS - Decisão rejeitando a exceção de preexecutividade, por entender que a matéria demanda dilação probatória - Decadência - É possível o reconhecimento da decadência em exceção de preexecutividade, nos termos da posição firmada no RESp 1.104.900/ES - Exercícios de 2010 e 2011 - Períodos com vencimentos em 16.11.2010; 15.12.2010 e 17.01.2011; 15.02.2011 atingidos pela decadência uma vez que a constituição somente se deu em 08.03.2016 - Exceção de preexecutividade acolhida parcialmente, com a extinção parcial do executivo fiscal, com relação aos períodos supracitados, devendo a execução prosseguir com relação aos demais - Recurso Provido.*

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados, nos seguintes termos (fl. 50):

> *EMENTA EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ALEGAÇÃO DE EXISTÊNCIA DE OMISSÃO - INOCORRÊNCIA - AUSÊNCIA DOS PRESSUPOSTOS DO ARTIGO 1.022 DO NCPC - PREQUESTIONAMENTO - Imprestabilidade da via processual eleita - Observância dos limites ditados do artigo 1.022 do NCPC Caráter infringente do recurso Inadmissibilidade Embargos rejeitados.*

Nas razões do recurso especial, há violação aos arts. 1.022 do CPC/2015; e 174 do CTN. Sustenta: (I) a existência de omissão no acórdão recorrido, pois, mesmo após a oposição dos embargos de declaração, não houve manifestação sobre as alegações

postas; e (II) *"se passaram mais de cinco anos entre a data de constituição dos créditos, que se deu o lançamento por homologação do ISS sendo as datas dos fatos geradores mensais e a data do despacho ordenador de citação, portanto o crédito tributário compreendido entre agosto de 2011 a janeiro de 2012 está prescrito."* (fl. 58).

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

A pretensão recursal merece acolhida pelo art. 1.022 do CPC/2015, pois a parte agravante, com o objetivo de ver sanada a omissão, opôs embargos declaratórios, sustentando que não houve manifestação sobre o pedido de reconhecimento da prescrição (fls. 44/46):

> *Com a devida "venia", o v. acórdão é omisso em relação a um tópico abordado pela ora embargante. E, sendo omisso, eventuais Recursos Especial e Extraordinário a serem interpostos não serão conhecidos pelos Tribunais Superiores por falta de prequestionamento explícito da matéria, consoante Súmulas 282 e 356 do Excelso Supremo Tribunal Federal. Em síntese, o v. acórdão deu provimento ao recurso para fins de reconhecer a decadência parcial dos créditos relativo ao ISSQN.*
> *A Embargante levantou a discussão também da prescrição nos autos do presente agravo de instrumento como forma extintiva de outras competências objeto da cobrança.*
> *Mesmo a Embargante por lapso deixado de mencionar nos pedidos finais o reconhecimento também da prescrição, o tema foi exaustivamente abordado no recurso e não mencionado no v. acordão embargado.*
> *E ainda, tendo em vista que a matéria não foi apreciada pelo v. acordão. a Embargante aproveita para reforçar a tese buscando a manifestação do Tribunal acerca da prescrição e para retificar a data mencionada.*
> *Como dito, o ISS em testilha se refere à cobrança pela alíquota variável, assim, o mesmo será lançado mês a mês por homologação, no exercício/mês a que corresponder o tributo.*
> *Cabe salientar que os exercícios do ISS executados, são ulteriores a edição da Lei Complementar 151/2003 que regulamentou o imposto municipal em debate. Logo, à época do fato gerador do primeiro exercício do ISS ora executado (2010), a nova sistemática do ISS fixo do Município de Sertãozinho já estava vigente.*
> *Portando, se consideramos que a Embargada em estrito cumprimento da legislação municipal lançou o ISS variável nos períodos compreendidos nas CDA's parte dos créditos tributários executados abarcados entre as competências de 15/08/2011 a 19/01/2012 estão prescritos.*

> *Isso porque, o despacho de citação ocorreu apenas no dia 19/01/2017, fls. 06 dos autos da execução fiscal, sendo a última competência contando de forma retroativa seria até o dia 19/01/2012 para afastar o período prescricional de 05 anos.*
> *Como a execução fiscal foi ajuizada após o advento da LC 118/05, o cômputo do prazo de prescrição segue a disciplina do art. 174 do CTN na sua versão atual, conforme texto abaixo:*
> *(...)*
> *Como se nota, o crédito mais recente atingido pela prescrição foi constituído em 15 de janeiro de 2012, quando seria o limite para a Embargada proceder a cobrança do ISS.*
> *Evidente, assim, que se passaram mais de cinco anos entre a data de constituição dos créditos, que se deu o lançamento por homologação do ISS sendo as datas dos fatos geradores mensais e a data do despacho ordenador de citação, portanto o crédito tributário compreendido entre agosto de 2011 a janeiro de 2012 está prescrito.*
> *Destarte, o que se busca com os presentes embargos declaratórios é que seja suprimida a omissão quanto a prescrição de parte dos créditos tributários nos termos do artigo 174 do Código Tributário Nacional.*
> *Assim, eventuais omissões, quando não supridas, acarretarão prejuízo para o desenlace da lide, com isso, é de suma importância que este d. juízo se manifeste acerca do tema.*
> *Diante de todo o exposto, requer a embargante sejam acolhidos e providos os presentes Embargos de Declaração, a fim de sanar a omissão apontada no v. acórdão, tendo em vista que a questão da prescrição do crédito tributário também foi abordada no contexto do presente agravo de instrumento, que contudo, não observado por Este Colendo Tribunal.*

Contudo, o Tribunal de origem quedou silente sobre tal argumentação, rejeitando os pertinentes aclaratórios do ora agravante, em franca violação ao art. 1.022 do CPC/2015, porquanto não prestada a jurisdição de forma integral.

Assim, foi violado o art. 1.022 do CPC/2015 . Isso porque a Corte de origem deveria ter examinado questão relevante ao deslinde da controvérsia, a saber, aos fortes indícios da existência de simulação na operação de importação da Plataforma para se burlar o pagamento do ICMS e à inexistência de direito líquido e certo em decorrência da indispensabilidade de diligências probatórias.

Nesse sentido:

> *TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE. RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DE CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA.*

FORNECEDOR E TOMADOR DE MÃO-DE-OBRA. ART. 31 DA LEI 8.212/91, COM A REDAÇÃO DA LEI 9.711/98.
1. A partir da vigência do art. 31 da Lei 8.212/91, com a redação dada pela Lei 9.711/98, a empresa contratante é responsável, com exclusividade, pelo recolhimento da contribuição previdenciária por ela retida do valor bruto da nota fiscal ou fatura de prestação de serviços, afastada, em relação ao montante retido, a responsabilidade supletiva da empresa prestadora, cedente de mão-de-obra.
2. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta parte, provido.
Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08.
(REsp 1131047/MA, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/11/2010, DJe 02/12/2010)

Ora, reconhecida a violação ao art. 1.022 do CPC/2015, impõe-se a anulação do acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração, restando prejudicada a análise dos demais tópicos do apelo especial (**REsp 1185288/RJ**, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 17/5/2010).

ANTE O EXPOSTO, conheço do agravo e dou provimento ao recurso especial para, assentando a nulidade do acórdão recorrido por violação ao art. 1.022 do CPC/2015, determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que seja realizado novo julgamento dos embargos de declaração.

Publique-se.

Brasília (DF), 14 de junho de 2019.

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator