



ACÓRDÃO

APELAÇÃO CÍVEL N.º 0000134-48.2014.815.0000.

REMETENTE: Juízo de Direito da 2ª Vara de Feitos Executivos Fiscais da Comarca da Capital.
RELATOR: Dr. Marcos Coelho de Salles – Juiz Convocado para substituir o Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira.

APELANTE: Instituto de Radiologia da Paraíba Ltda.

ADVOGADA: Monique Almeida Soares

APELADO: Município de João Pessoa.

ADVOGADOS: Amanda Luna Torres e Daniel Sampaio de Azevedo.

EMENTA: APELAÇÃO. ANULATÓRIA DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA. REJEIÇÃO. MÉRITO. ALEGAÇÃO DO INSTITUTO DA COISA JULGADA. SENTENÇA PROFERIDA EM AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO C/C DECLARATÓRIA DE INCONSTITUCIONALIDADE E ILEGALIDADE DE PRECEITO DE LEI MUNICIPAL. DECLARAÇÃO DA ILEGALIDADE DA EXPRESSÃO “EM DOBRO” CONTIDA NO ART. 20, *CAPUT*, “C”, § 1º, DA LEI MUNICIPAL N.º. 2.101/75. POSTERIOR AJUIZAMENTO DE AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL C/C INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. PEDIDO DE APLICAÇÃO DO PRIVILÉGIO FISCAL PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 2º, DO DECRETO LEI N.º. 406/68. INOCORRÊNCIA DA COISA JULGADA. TRIBUTÁRIO. TRIBUTAÇÃO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. SOCIEDADE MÉDICA. PRETENSÃO VOLTADA À CONTEMPLAÇÃO DOS BENEFÍCIOS DO DECRETO-LEI NO 406/68. IMPOSSIBILIDADE DE OBTENÇÃO DAS BENESSES TRIBUTÁRIAS ESTABELECIDAS NO DL N.º. 406/68, NO TOCANTE AO ISSQN. SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA. IMPOSSIBILIDADE. NULIDADE DA CDA. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. PRESENÇA DOS REQUISITOS DE CERTEZA, LIQUIDEZ E EXIGIBILIDADE. REGULARIDADE DA AUTUAÇÃO E DA IMPOSIÇÃO DE MULTA SANCIONATÓRIA. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. **DESPROVIMENTO DO RECURSO.**

1. Rejeita-se a preliminar de nulidade da sentença por ter sido lavrada antes do trânsito em julgado da decisão que anulou a primeira sentença, tendo em vista que há certidão nos autos circunstanciando o fato do referido decurso de prazo definitivo.
2. Não se sujeitam ao recolhimento mais benéfico do ISS, com base em alíquota anual fixa para cada profissional, as sociedades civis constituídas com finalidade lucrativa.
3. Preliminar rejeitada. Sentença mantida. Apelo desprovido.

VISTO, relatado e discutido o presente procedimento referente à Apelação Cível n.º 0000134-48.2014.815.0000, em que figuram como partes Instituto de Radiologia da Paraíba Ltda. e o Município de João Pessoa.

ACORDAM os eminentes Desembargadores integrantes da colenda Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, à

unanimidade, acompanhando o voto do Relator, em **conhecer da Apelação, rejeitada a preliminar de nulidade, negar-lhe provimento.**

VOTO.

O **Instituto de Radiologia da Paraíba Ltda.** interpôs **Apelação** contra a Sentença prolatada pelo Juízo da 2ª Vara de Feitos Executivos Fiscais da Comarca desta Capital, nos autos da Ação Anulatória de Débito Fiscal c/c Indenização por ele intentada em face do **Município de João Pessoa**, que julgou improcedentes os pedidos de declaração da nulidade do crédito tributário inscrito na CDA n.º 2005/000324 e de indenização por dano moral, ao fundamento de que não restou comprovada a coisa julgada entre a matéria que foi decidida nos autos do processo n.º 200198200444-0 (2003/016013) e a da ação em evidência, porquanto, naquele feito foi julgado tão somente a ilegalidade da expressão “em dobro” contida no art. 20, *caput*, letra “c”, do § 1º, da Lei Municipal n.º. 2.101/75, legislação à época em vigor, condenando a Edilidade à restituição dos valores do ISS pagos a maior, ao passo que no presente caso o pedido refere-se à desconstituição do crédito tributário advindo do lançamento regular do ISSQN – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Em suas razões, f. 526/543, arguiu a preliminar de nulidade da Sentença, por entender que ela foi lançada antes do trânsito em julgado da decisão que anulou a primeira sentença.

No mérito, alegou que lhe foi garantido, por meio da Sentença prolatada nos autos do processo n.º. 200198200444-0, transitada em julgado, o direito ao regime jurídico conhecido como ISS das Sociedades Uniprofissionais previsto no art. 9º, § 3º do DL 406/68, que prever o recolhimento do ISS sobre o número de profissionais que prestem seus serviços à sociedade, sócios ou empregados.

Argumentou que apesar da configuração da coisa julgada, o Município/Apelado inscreveu, por meio da CDA n.º 2005/000324, a dívida oriunda do não recolhimento do ISSQN referente aos exercícios de abril/1998 a dezembro/2002.

Afirmou que o Juízo concentrou toda a interpretação dos limites da coisa julgada unicamente no dispositivo da referida Sentença, desconsiderando as demais partes, como, a ementa, o relatório e a fundamentação, em que houve o reconhecimento na natureza uniprofissional da sociedade médica, concluindo pelo seu enquadramento nas benesses do regime jurídico tributário do art. 9º, § 3º, do DL 406/68, e, por conseguinte, pela ilegalidade da cobrança do ISSQN.

Asseverou que não há o que se falar em revogação do DL 406/69, porquanto, por ser legislação federal, a Lei Complementar n.º. 02/1991, e sua sucessora, a Lei Complementar n.º. 32/2003, leis estaduais, em obediência ao princípio da hierarquia das leis, não poderiam revogar norma federal.

Aduziu que nos presentes autos, foi proferida Sentença, que foi reformada pela Quarta Câmara Cível deste Tribunal, por meio dos Embargos de Declaração n.º 200.2005.021254-3/002, e que, mesmo tendo sido nele delineado a forma de

condução do processo, o Juízo, a proferir a segunda Sentença, ora recorrida, desrespeitou o reconhecimento do regime jurídico estabelecido no Acórdão dos referidos Embargos, deixando de aplicar ao caso as regras do DL 406/68, legislação vigente à época.

Alegou, por fim, que a CDA que emparelhou a cobrança do imposto é nula, porquanto não se encontra revestida pelos requisitos da exigibilidade, liquidez e certeza, tendo em vista que os créditos tributários foram constituídos em desconformidade com os ditames do regime fiscal previsto no art. 9º, § 3º, do DL 406/69.

Pugnou pelo provimento do Recurso para que a preliminar de nulidade sentença seja acolhida e, caso ultrapassada, pela sua reforma para que seja determinada a anulação dos créditos tributários, com a condenação do Município Apelado ao pagamento das verbas sucumbenciais.

Nas Contrarrazões, f. 596/602, o Apelado refutou a preliminar de nulidade, argumentando que há Certidão circunstanciando o trânsito em julgado à f. 516, pugnando por sua rejeição.

No mérito, alegou que, ao contrário do que pretende fazer crer a Apelante, a Sentença proferida nos autos do processo número 200198200444-0 pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, além de ter declarado a ilegalidade da expressão “em dobro” contemplada no art. 20, caput, “c”, §§ 1º e 2º, da Lei nº. 2.101/75, enfatizou que ela não se enquadra nos requisitos legais para ser beneficiada pelo art. 9º, §§ 1º e 2º, do Decreto Lei nº. 406/68, pelo que não há o que se falar na operação da coisa julgada.

Asseverou que também não tem qualquer embasamento jurídico, a tese da Apelante de que o regime do § 3º, do art. 9º, do Decreto Lei nº. 406/68, pela legislação que regia a matéria à época da lavratura do auto de infração, não teria sido revogado, tendo em vista que, com o advento do Decreto Lei nº. 834/69, uma nova argumentação foi atribuída ao referido dispositivo, acrescentando a incidência do ISS a novos serviços, destacando que o mesmo fato ocorreu com a edição da Lei Complementar de nº. 56/87.

Argumentou que posteriormente, o art. 7º, da Lei Complementar nº. 116/2003 derogou implicitamente o DL 406/68, ao dispor que o ISS deverá ser calculado segundo o preço do serviço prestado, e não mais pelo número de profissionais ou remuneração do próprio trabalho.

Afirmou que as sociedades civis, para fazerem *jus* ao tratamento privilegiado do ISS das Sociedades Uniprofissionais previsto no DL 406/68, deverão comprovar que são formadas exclusivamente por médicos e que não adotam a forma empresarial e, como a Apelante sequer juntou aos autos cópia do contrato social, deixando de comprovar que não adota em sua constituição a forma empresarial, é imperioso o afastamento da incidência do benefício fiscal previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto Lei nº. 406/68.

Finalizou defendendo que o título executivo que embasou a ação está

revestido de sua força executiva, constando na CDA que instruiu o pedido executório, o valor do débito, da correção monetária, dos juros e a forma de cálculo, bem como a origem da dívida.

Pugnou pelo desprovimento do Recurso.

Desnecessária a intervenção Ministerial no feito, por não se configurarem quaisquer das hipóteses do art. 82, I a III, do Código de Processo Civil.

É o Relatório.

O Apelo é tempestivo e o preparo recursal foi recolhido, f. 527, pelo que, preenchidos os demais pressupostos recursais dele conheço.

Inicialmente, analiso a preliminar de nulidade da Sentença por ter sido lavrada antes do trânsito em julgado da decisão que anulou a primeira sentença.

A primeira Sentença lançada nos autos, f. 365/370, após a interposição da primeira Apelação, f. 397/399, e de posteriores Recursos, inclusive, perante o STJ, foi reformada.

Após a certificação de que houve o trânsito em julgado, Certidão de f. 516, é que foi proferida nova Sentença, f. 519/522, objeto de análise do presente Apelo.

Sendo assim, restou comprovado de que tal Sentença só prolatada após o trânsito em julgado do Acórdão que reformou aquele primeiro julgado, **pelo que, rejeito a preliminar de nulidade.**

Passo ao mérito.

No ano de 1982, o Recorrente intentou perante o Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública desta Comarca, Ação de Repetição de Indébito c/c Declaratória de Inconstitucionalidade e Ilegalidade de Preceito de Lei Municipal.

O pedido foi julgado parcialmente procedente para decretar a ilegalidade da expressão “em dobro” contida no art. 20, caput, “c”, do § 1º, da Lei Municipal nº. 2.101/75, condenando o Município à restituição do valor que foi pago, a maior, a título de ISS, no período de 1977 a novembro de 1984, f. 27/38.

Em 2005, ajuizou a presente Ação sustentando a tese de que naquela demanda restou decidido que lhe foi garantido o direito ao regime jurídico previsto no art. 9º, § 3º, do Decreto Lei nº. 406/68, sendo, por conseguinte, o caso de nulidade do crédito tributário correspondente à cobrança do ISSQN, no valor de R\$ 112.758,00, pelo exercício de abril/1998 a dezembro/2002.

O Juízo prolatou a primeira Sentença, f. 365/370, julgando parcialmente procedente o pedido, reconhecendo a aplicação do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº. 406/68, que dispõe sobre o tratamento fiscal diferenciado no que se refere à incidência de ISS sobre as sociedades civis profissionais, o denominado ISS de tributação por alíquota fixa e determinando a cobrança do referido imposto, por

meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço.

Contra esse *decisum*, o Município interpôs Apelação, f. 372/378, que foi provida pela Quarta Câmara Cível deste Tribunal, para deixar de conceder o benefício fiscal pleiteado, f. 397/399.

Contra esse Acórdão, o Instituto de Radiologia da Paraíba Ltda. opôs Embargos de Declaração, registrados sob o número 200.2005.021254-3/002, f. 402/409, que foram acolhidos para anular aquela primeira Sentença, ao fundamento de que o pedido inicial da Ação se referia à declaração de nulidade do crédito tributário inscrito na CDA, por afronta à coisa julgada, ao passo que a Sentença e o Acórdão referidos discutiram sobre o enquadramento ou não do Autor ao regime jurídico tributário do Decreto 406/68, que embora conexo ao pedido principal, acarretou o julgamento *extra petita*, f. 420/421.

Após a interposição de Recurso Especial, Agravo Regimental no Recurso Especial, Embargos de Declaração pelo Município, perante o Superior Tribunal de Justiça, a decisão transitou em julgado, conforme a Certidão de f. 516.

O Juízo lançou nova Sentença. f. 519/522, contra a qual houve a interposição do presente Recurso Apelarório, concluindo pela não ocorrência da coisa julgada, ao fundamento de que a Sentença prolatada nos autos do processo nº. 200198200444-0, utilizada pelo Apelante como parâmetro para sua alegação da coisa julgada, analisou a questão da ilegalidade da expressão “em dobro” contida no art. 20, caput, “c”, § 1º, da Lei Municipal de nº. 2.101/75, legislação vigente à época.

Na Sentença que está servindo de referência para a configuração da coisa, aquela prolatada pelo Juízo da 1ª Vara da Fazenda Pública, f. 27/38, claramente se extrai que o que foi nela discutido foi a possibilidade de declaração da inconstitucionalidade ou ilegalidade do referido art. 20, caput, “c”, § 1º, da Lei Municipal de nº. 2.101/75 e a garantia dada ao Autor do direito de pagar o ISS, à base de alíquota fixa, por cada profissional habilitado, e não a alegação do Apelante de que nela pretendia o seu enquadramento no regime fiscal previsto no art. 9º, § 3º, do Decreto 406/68, que instituía as regras do ISS – Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza.

Está mais do que claro, como bem decidiu o Juízo ora recorrido, que não há o que se falar em coisa julgada.

Mesmo se não fosse assim, é de se ter em mente que o édito judicial de 1º Grau deve ser mantido, porquanto do exame do contrato de constituição da empresa recorrente, acostada ao caderno processual às f. 11/13, a começar pela própria natureza da sociedade, que é a Sociedade por Quotas de Responsabilidade Limitada, extrai-se a finalidade lucrativa do empreendimento, afastando, destarte, o benefício tributário.

Os Arestos deste Tribunal de Justiça¹ bem esquadriham o entendimento de

¹ A clínica que traz em seu contrato social a denominação de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, sem responsabilidade individual dos sócios, e prevê a distribuição de lucros e prejuízos, no contrato social, configura uma sociedade empresária, dessa forma, não faz

que a clínica médica que traz em seu contrato social a denominação de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, sem responsabilidade individual dos sócios, e prevê a distribuição de lucros e prejuízos, no contrato social, configura uma sociedade empresária, dessa forma, não faz jus ao benefício estabelecido no § 3º, art. 9º, do DEL 406/68.

Assim sendo, não há o que se falar em ilegalidade do crédito tributário, estando a CDA nº. 2005/000324, f. 50, revestida de todos os requisitos de executoriedade, trazendo, expressamente, o valor originário do débito, R\$ 112.758,00, a origem, a natureza do crédito, o fundamento da dívida, como também, os normativos referentes aos acréscimos legais apurados sobre os valores principais devidos.

Gozando a Certidão de Dívida Ativa da presunção legal de liquidez e certeza, somente prova inequívoca em sentido contrário, a cargo do sujeito passivo, poderá ilidi-la e resultar em seu desfazimento, conforme é o entendimento dos Tribunais².

jus ao benefício estabelecido no § 3º, art. 9º, do DEL 406/68, o qual beneficia a vias as sociedades cuja prestação de caráter pessoal e com responsabilidade individual (TJ/PB, Remessa Necessária e Apelação Cível n.º 888.2002.012342-1/001, Rel. Márcio Murilo da Cunha Ramos, 1ª Câmara Cível, DJPB 24/04/2003).

TRIBUTÁRIO - Mandado de segurança. Tributação do Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Sociedade médica. Pretensão voltada à obtenção dos benefícios do Decreto-lei n.º 406/68. Impossibilidade de obtenção das benesses tributárias estatuídas no DEL n.º 406/68, no tocante à exação do ISSQN. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Repartição de lucros e prejuízos. Desprovemento do apelo. - A sociedade que prevê em seu contrato constitutivo a denominação de sociedade por cotas de responsabilidade limitada, contendo cláusula, inclusive, dispondo, sobre a distribuição de lucros e prejuízos, no aludido contrato, configura; urna sociedade empresária, dessa forma, não fazendo jus ao benefício estabelecido no § 3º, art. 9º, do DEL 406/68, o qual beneficia apenas as sociedades cuja prestação de serviços se dá em caráter pessoal e com responsabilidade individual. - Mio se sujeitam ao recolhimento mais benéfico do ISS, CO??! base em alíquota anual fixa para cada profissional, as sociedades civis constituídas com finalidade lucrativa TJPB, Apelação Cível n.º 200.2004.001716-8/001, Relator Desembargador João Antônio de Moura, 3ª Câmara Cível, DJPB 31/05/2005. Assim, merece improvemento o agravo de instrumento interposto por sociedade médica, caracterizada pelo exercício de atividade econômica, exatamente por visar a insurreição a reversão do indeferimento de medida liminar em mandado de segurança, impetrado justamente com o objetivo de alcançar, initio litis, o favor legal estatuído no Decreto-lei 406/68 (TJPB - Acórdão do processo nº 00120050030822001, Rel. João Benedito da Silva, 2ª Câmara Cível, julgado em 14/03/2006).

TRIBUTÁRIO. Mandado de segurança. Tributação do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza. Sociedade médica. Pretensão voltada à contemplação dos benefícios do Decreto-lei no 406/68. Impossibilidade de obtenção das benesses tributárias estatuídas no DEL n.º 406/68, no tocante à exação do ISSQN. Sociedade por cotas de responsabilidade limitada. Repartição de lucros e prejuízos. Provemento da Remessa (TJ/PB, Acórdão do processo nº 00120050003894001, 1ª Câmara Cível, Rel. José di Lorenzo Serpa, julgado em 22/02/2007).

2TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL - EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - PROCESSO ADMINISTRATIVO - LEGITIMIDADE NÃO INFIRMADA - PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO TÍTULO EXECUTIVO NÃO AFASTADA - ÔNUS DA PROVA - CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL, ART. 333, I - APLICABILIDADE. a) Recurso - Apelação em Embargos à Execução. b) Decisão de origem - Improcedente o pedido. 1 - Gozando a Certidão de Dívida Ativa da presunção legal de liquidez e certeza, somente prova inequívoca em sentido contrário, a cargo do sujeito passivo, poderá ilidi-la e resultar em seu desfazimento. (Código Tributário Nacional, art.

Portanto, se o crédito tributário foi propriamente apurado, a CDA atendeu aos requisitos legais próprios e não há irregularidade a reconhecer.

Posto isso, **conhecida a Apelação, rejeitada a preliminar de nulidade, nego-lhe provimento.**

É o voto.

Presidiu o julgamento, realizado na sessão ordinária desta Quarta Câmara Especializada Cível do Tribunal de Justiça da Paraíba, no dia 09 de setembro de 2014, conforme Certidão de julgamento, o Exmo. Des. Romero Marcelo da Fonseca Oliveira, dele também participando, além deste Relator, o Exmo. Dr. Gustavo Leite Urquiza (Juiz convocado para substituir o Exmo. Des. Frederico Martinho da Nóbrega Coutinho) e o Exm.º Dr. Miguel de Britto Lyra Filho (Juiz convocado para substituir o Des. João Alves da Silva). Presente à sessão a Exm.ª Procuradora de Justiça Dra. Jacilene Nicolau Faustino Gomes.

Gabinete no TJ/PB em João Pessoa,

Marcos Coelho de Salles
Juiz convocado - Relator

204 e parágrafo único; Lei nº 6.830/80, art. 3º e parágrafo único.) 2 - Não se mostra suficiente para afastar a presunção de certeza e liquidez do débito exequendo a mera alegação, sem prova inequívoca, de que "muitas são as inconstitucionalidades e ilegalidades praticadas pela Apelada". (Fls. 112.) 3 - Sendo a cobrança de encargos moratórios decorrentes do INADIMPLEMENTO DA OBRIGAÇÃO, circunstância não infirmada pela Embargante, aplicadas nos termos de norma legal válida (Leis nos 8.383/91, art. 57 e 9.065/95, art. 13, entre outras), sem espeque, igualmente, a alegação de ofensa ao Princípio da Proibição de Confisco. 4 - Cabendo à Embargante o ônus da prova (Código de Processo Civil, art. 333, I), sem que dele se tenha desincumbido, não subsistindo, portanto, qualquer manifestação quanto à falta de liquidez e certeza do título executivo, improcedem os Embargos à Execução. 5 - Apelação denegada. 6 - Sentença confirmada. (TRF-1 - AC: 649 PA 0000649-63.2002.4.01.3901, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL CATÃO ALVES, Data de Julgamento: 16/04/2013, SÉTIMA TURMA, Data de Publicação: e-DJF1 p.998 de 26/04/2013)