



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DA PARAÍBA
TRIBUNAL DE JUSTIÇA
GAB. DO DES. JOSÉ RICARDO PORTO

ACÓRDÃO

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL Nº 0006537- 42.2012.815.0731

RELATOR : Des. José Ricardo Porto

APELANTE : Município de Cabedelo

ADVOGADOS: Antônio Bezerra do Vale Filho e outros

APELADA : Hidra Perfuração de Poços e Serviços Ltda

ADVOGADO : Mário Formiga Maciel Filho

REMETENTE : Juízo da 3.^a Vara da Comarca de Cabedelo

REMESSA NECESSÁRIA E APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. DOCUMENTOS QUE ORIGINARAM A CERTIDÃO DA DÍVIDA ATIVA CARENTES DE COMPROVAÇÃO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. ACOLHIMENTO. NULIDADE DA CDA. IRRESIGNAÇÃO. ALEGADA UTILIZAÇÃO DA TÉCNICA DO ARBITRAMENTO. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO DESSA PARTE DO APELO. PRESUNÇÃO DE VALIDADE DA CDA. INCONSISTÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO E DO PROCEDIMENTO ADMINISTRATIVO. FATO GERADOR DO ISS NÃO DEMONSTRADO. SUBSTITUIÇÃO DA CDA. POSSIBILIDADE NÃO DEBATIDA EM PRIMEIRO GRAU. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO OFICIAL E DO APELO.

- Não pode o órgão revisional conhecer de questões que não foram apreciadas na decisão recorrida, como ocorreu na tese da utilização do arbitramento e da substituição da CDA, uma vez que tiveram sua discussão inaugurada somente na via recursal, sob pena de violar o princípio do duplo grau de jurisdição.

- “O art. 5.º, da Lei Complementar Federal n.º 116/2003, estabelece que o contribuinte do ISS é o prestador de serviço. Do auto de infração em relevo, verifica-se que não há a descrição de uma única prestação de serviços realizados pela empresa ora Embargante. Quando da juntada de cópia integral do procedimento administrativo que deu origem à CDA embargada, constata-se que todas as notas fiscais que foram a ele anexadas, dizem respeito a mercadorias ou serviços adquiridos pela Embargante.

Não há uma única nota fiscal de serviços prestados pela Embargante, o que constitui prova inequívoca da inoccorrência do fato gerador do tributo. Ora, se não há prestação de serviços pelo Embargado, e se os serviços elencados no Auto de Infração foram prestados por terceiros em favor do Embargado, é lógico e racional que este não possa figurar como contribuinte do tributo. Em sendo assim, não há que se falar em fato gerador do tributo (ISSQN). Trecho extraído da sentença às fls. 197)

- Assim, deve ser mantida a sentença que julgou procedente os embargos a Execução Fiscal em apenso, ante a prova inequívoca da inexistência do fato gerador do tributo em questão (ISSQN).

VISTOS, relatados e discutidos os autos acima referenciados.

ACORDA a Primeira Câmara Especializada Cível do Egrégio Tribunal de Justiça da Paraíba, **à unanimidade, NEGAR PROVIMENTO AOS RECURSOS.**

RELATÓRIO

Cuida-se de Remessa Necessária e Apelação Cível contra sentença (fls. 195/197) que, nos autos da ação de Execução Fiscal ajuizada pela Fazenda Pública Municipal, julgou procedente o pedido constante nos embargos opostos por Hidra Perfuração de Poços e Serviços Ltda.

Na decisão recorrida, o magistrado de base declarou a nulidade da CDA n.º 007.003.00053.0, que instrui a Execução Fiscal n.º 0001454-79.2011.815.0731, em apenso, ante a prova inequívoca da inexistência do fato gerador do tributo em questão (ISSQN), ao tempo em que julgou extinta a ação de execução fiscal, condenando o embargado ao ressarcimento das custas processuais antecipadas (fls. 49) e ao pagamento de honorários sucumbenciais, arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), na forma do art. 20,§4.º, do CPC.

Nas razões do recurso, às fls. 201/208, o apelante alega que o fisco utilizou a técnica do arbitramento, nos termos do art. 79, II, da LC n.º 02/97, uma vez que não dispunha de outro meio de apurar o débito do imposto, haja vista que o recorrido não colacionou prova suficiente que afastasse o mesmo.

Ademais, aduz que a Dívida Ativa goza de presunção de certeza e liquidez, somente podendo ser ilidida por prova inequívoca, o que não ocorreu na hipótese dos autos.

Por fim, afirma que, se houvesse vícios, a questão seria resolvida em vista do teor do artigo 2.º, §8.º da Lei de Execução Fiscal.

Ao final, requer: 1) o provimento do recurso para modificar a sentença, a fim de que seja dado prosseguimento a execução fiscal em todos os termos, adimplindo-se o débito existente com a Edilidade; 2) que as custas processuais não sejam aplicadas em razão de expressa determinação do art. 30 do Dec. Lei n.º 3.365/41, e 3) a minoração dos honorários advocatícios do patrono do apelado para 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação.

Contrarrazões ofertadas às fls. 213/218.

É o breve relatório.

VOTO

Os recursos não merecem ser provimento.

Infere-se da inicial que o Município de Cabedelo ajuizou ação de execução fiscal contra Hydra Perfuração de Poços e Serviços LTDA, consubstanciada na CDA de n.º 007.003.00053.0, no valor de R\$ 45.215,45 (quarenta e cinco mil duzentos e quinze reais e quarenta e cinco centavos).

A executada opôs embargos à execução (fls. 02/07), os quais, após impugnados, foram acolhidos, tendo o magistrado julgado procedente o pedido, declarando a nulidade da CDA n.º 007.003.00053.0, que instruiu a execução fiscal em apenso, ante a prova inequívoca da inexistência do fato gerador do tributo em questão (ISSQN), bem como extinguindo a ação executiva, condenando o embargado ao ressarcimento das custas processuais antecipadas (fls. 49) e ao pagamento de honorários

sucumbenciais, arbitrados em R\$ 1.500,00 (mil e quinhentos reais), na forma do art. 20,§4.º, do CPC.

Inconformado com o resultado do julgamento, o Município de Cabedelo manejou apelação, arguindo inicialmente que o fisco teria utilizado a técnica do arbitramento, nos termos do art. 79, II, da LC n.º 02/97, aduzindo não dispor de outro meio de apurar o débito do imposto.

Ora, analisando atentamente os autos, verifica-se que essa tese não fora alegada em primeira instância, não tendo sido, portanto, apreciada na sentença recorrida.

Assim, a alegação acima representa inovação recursal, não podendo o Tribunal dela conhecer, sob pena de ferir os princípios da ampla defesa e do duplo grau de jurisdição. Nesse sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL DE CÉDULA DE CRÉDITO BANCÁRIO. Pedido de assistência judiciária gratuita. Pretensão já deferida, falta de interesse recursal. não conhecimento. tarifas administrativas. petição inicial que pede a exclusão de forma genérica. Apelo que inova nas razões para expurgo destas. inovação indevida. Não conhecimento. capitalização de juros regularmente contratada e esclarecida ao mutuário. Legalidade. recurso conhecido em parte e desprovido. (TJPR; ApCiv 1484694-1; Curitiba; Décima Quinta Câmara Cível; Rel. Juiz Conv. Marco Antonio Antoniassi; Julg. 16/03/2016; DJPR 06/04/2016; Pág. 560)

Assim, não conheço, em parte, do recurso, em razão da inovação recursal, no ponto acima relatado.

Por outro lado, a tese de que a Dívida Ativa regularmente inscrita goza de presunção de certeza e liquidez, somente podendo ser ilidida por prova inequívoca, apesar de verdadeira, não merece guarida no caso concreto, conforme bem assinalou o magistrado de base. Vejamos:

“ (...) No caso dos autos, é possível perceber a inconsistência do Auto de Infração e do procedimento administrativo que foi instaurado para apuração dos haveres pelo Município de

Cabedelo. Com efeito, sabe-se que, por força do art. 1.º da Lei Complementar n.º 116/2003, o ISSQN tem por fato gerador a prestação de serviços, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. Exige-se, portanto, para que se possa incidir esse tributo municipal, a prestação de algum serviço por parte do contribuinte.

A seu turno, o art. 5.º, da Lei Complementar Federal n.º 116/2003, estabelece que o contribuinte do ISS é o prestador de serviço. Do auto de infração em relevo, verifica-se que não há a descrição de uma única prestação de serviços realizados pela empresa ora Embargante. Quando da juntada de cópia integral do procedimento administrativo que deu origem à CDA embargada, constata-se que todas as notas fiscais que foram a ele anexadas, dizem respeito a mercadorias ou serviços adquiridos pela Embargante. Não há uma única nota fiscal de serviços prestados pela Embargante, o que constitui prova inequívoca da inoportunidade do fato gerador do tributo. Ora, se não há prestação de serviços pelo Embargado, e se os serviços elencados no Auto de Infração foram prestados por terceiros em favor do Embargado, é lógico e racional que este não possa figurar como contribuinte do tributo.

Em sendo assim, não há que se falar em fato gerador do tributo (ISSQN).

Embora o onus probandi, nesta hipótese seja do embargante, quanto à nulidade da CDA, também se mostra descabido ao Município embargado se limitar, em sua defesa, a se escorar na presunção de liquidez e certeza, deixando de produzir alguma prova quando à efetiva existência dos serviços prestados e, conseqüentemente, da ocorrência dos fatos geradores do tributo exequendo.

Desse modo, tratando-se de cobrança de ISSQN sobre aquisições de mercadorias e serviços pela embargante, e não sobre serviços por este prestados, é evidente que não há fato gerador desse tributo a ensejar a inscrição na dívida ativa, de modo que é nula a CDA que instrui a ação de execução fiscal em apenso.” (fls. 197)

A jurisprudência Pátria já decidiu que, se os embargos opostos à execução demonstram a existência de vício formal ou material da CDA, correta a sentença que os acolhe. Vejamos:

EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. AUTO DE INFRAÇÃO. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA ILIDIDA. A presunção de certeza e liquidez da CDA só pode ser ilidida por prova inequívoca em contrário. Se os embargos opostos à execução conseguem demonstrar vício formal ou material da CDA, correta a sentença que os acolhe. (TJMG; APCV 1.0338.99.000777-9/001; Rel. Des. Geraldo Augusto de Almeida; Julg. 15/12/2015; DJEMG 22/01/2016) (destaque nosso)

Também não há de ser acatada a tese de possibilidade de emenda ou substituição da CDA, eis que não foi ventilada no juízo *a quo*.

Finalmente, os requerimentos de que as custas processuais não sejam aplicadas em razão de expressa determinação do art. 30 do Dec. Lei n.º 3.365/41; bem ainda o pleito de minoração dos honorários advocatícios do patrono do apelado para 5% (cinco por cento) sobre o valor da condenação, não merecem acolhimento.

Com efeito, o decreto mencionado no parágrafo anterior dispõe sobre desapropriação por utilidade pública, e o citado artigo reza:

Art. 30. As custas serão pagas pelo autor se o réu aceitar o preço oferecido; em caso contrário, pelo vencido, ou em proporção, na forma da lei.

Assim, visivelmente, não se aplica ao caso em apreço.

Do mesmo modo, não há o que ser modificado quanto à condenação dos honorários advocatícios em favor do patrono do apelante, eis que arbitrados com razoabilidade, na forma estabelecida pela legislação de regência.

Por essas razões, **nego provimento à remessa necessária e ao apelo, mantendo incólume a decisão recorrida.**

É como voto.

Presidiu a sessão o Excelentíssimo Desembargador Leandro dos Santos. Participaram do julgamento, além do relator, Excelentíssimo Desembargador José Ricardo Porto, o Excelentíssimo Desembargador Leandro dos Santos, Excelentíssima Desembargadora Maria de Fátima Moraes Bezerra Cavalcanti.

Presente à sessão o douto representante do Ministério Público, Dr. Alcides Orlando de Moura Jansen, Procurador de Justiça.

Sala de Sessões da Primeira Câmara Cível “Desembargador Mário Moacyr Porto” do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado da Paraíba, em João Pessoa, 10 de maio de 2016.

Des. José Ricardo Porto
RELATOR

J07/J04