

# JURISPRUDÊNCIA

## OPRESSÃO FISCAL INACEITÁVEL

WALDÍRIO BULGARELLI

**ISS — Município de São Paulo — Cooperativa de médicos — Associação sem finalidade lucrativa, que não se confunde com “empresa” — Inteligência do art. 8.º do Dec.-lei 406/68 — Atividade que nem mesmo figura na lista de serviços — Tributação indevida — Decisão mantida.**

*1.º TACivSP — Ap. 489.925.0-SP — 8.ª C. — Rel. Juiz Carlos Hernández — j. 14.10.92 — v.u.*

**ACÓRDÃO** — Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação 489.925-0, da Comarca de São Paulo, sendo recorrente Juízo de Ofício, apelante Municipalidade de São Paulo e apelada Cooperativa Paulista de M. Ltda.

Acordam, em 8.ª Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, negar provimento aos recursos.

Embargos à execução fiscal que a Prefeitura Municipal de São Paulo move contra Cooperativa de M., cobrando o Imposto sobre Serviços de qualquer natureza. Esses embargos foram opostos sob as alegações de cerceamento de defesa, nulidade da certidão da Dívida Ativa e não incidência do referido tributo, por sua condição de cooperativa.

Impugnados os Embargos, foi proferido julgamento antecipado (fls.), tendo o MM. Juiz concluído pela sua procedência, para o fim de desconstituir a certidão da Dívida Ativa (fls. dos autos de Execução Fiscal) e a penhora (fls. do processo principal, em apenso), condenada a Prefeitura nas custas, em reembolso, despesas processuais e honorários de advogados arbitrados em 10% do valor atualizado do débito fiscal.

Além do recurso de ofício, foi interposta Apelação pela Prefeitura (fls.), recebida, processada e respondida (fls.), subindo a esta instância, que certificou sua regularidade (fls.).

É o relatório.

Nega-se provimento a ambos os recursos.

Apesar de não se vislumbrar a nulidade da Certidão de Dívida Ativa, nem o cerceamento de defesa arguidos pela Cooperativa Paulista de M. Ltda., pois o item omitido naquele documento não é obrigatório (art. 202 do CTN) e a defesa da apelada foi ampla — é de se reconhecer que os embargos são procedentes.

Com efeito, a leitura do estatuto da embargante Apelada, acostado às fls. 21/34 dos autos, comprova tratar-se de uma associação cooperativa e não de uma empresa, apesar de inadequadamente se autodenominar “limitada”: ela “não tem finalidade lucrativa (fls.), é regulada pela Lei 5.764, de 16.12.71 (fls.), e se dedica a intermediar a contratação de terceiros para a prestação de serviços diretamente por seus associados cooperados”.

Em tais condições, é óbvio que inexistente o fato gerador do ISS previsto pelo art. 8.º do Dec.-lei 406, de 31.12.68, que dispõe: “O imposto, de competência dos municípios, sobre serviços de qualquer natureza, tem como fato gerador a prestação, por *empresa* (o grifo é nosso) ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa”.

Tanto assim, que a atividade da apelada, de prestação de serviços a médicos cooperados, sequer consta da lista dos serviços tributados anexa ao Dec.-lei 406/68, com a redação determinada pelo Dec.-lei 834/69: - no espaço da Certidão de Dívida Ativa destinado à indicação do item correspondente, consta, simplesmente, “... item da lista de serviço, conforme art. 49 da Lei 6.989/66, com a redação dada pelo art. 1.º, letra *f*, da Lei 7.410/69” (fls. do processo principal). Esse fato ilide a presunção de liquidez e certeza referida no art. 204 do CTN (Lei 5.172, de 25.10.66).

Por todo o exposto, fica confirmada a respeitável sentença, por seus próprios fundamentos, negando-se provimento aos recursos.

Presidiu o julgamento o Juiz Toledo Silva e dele participaram os Juízes Tércio Negrato e Ademir Benedito.

São Paulo, 14 de outubro de 1992 — CARLOS HERNÁNDEZ relator.

## COMENTÁRIO

1. A decisão transcrita da E. Câmara do 1.º Tribunal de Alçada Civil de São Paulo, publicada na recente Revista de Jurisprudência Escolhida, RJE-1, aliás em boa hora, organizada e publicada sob a orientação do Juiz Francisco de Paula Sena Rebouças, referente a não incidência do ISS sobre as Cooperativas Médicas, reitera uma tendência unânime dos nossos Tribunais, inclusive dos Tribunais Superiores, de repelir a abstrusa pretensão da Fazenda Municipal de São Paulo, querendo que as Cooperativas de Médicos paguem o ISS, que os seus associados, os médicos, já pagam individualmente.

2. Ora, a fragilidade dos argumentos de que se serve a Prefeitura de São Paulo, é tão evidente que ultrapassa os lindes conhecidos da extrema ignorância proclamada dos órgãos públicos a respeito das sociedades cooperativas, para atingir os extremos característicos de mau pagador e, na esfera processual, do litigante desleal. Aproveita-se, a Prefeitura de São Paulo, insidiosamente, de todas as vantagens que possui, no plano processual, prazos, no mínimo, triplicados, presunção de veracidade, auditorias próprias, corpo de fiscais treinados etc. para massacrar o contribuinte, no caso, apenas, presumido, pois a legislação e a interpretação do Judiciário revelam que não são contribuintes, as cooperativas, do ISS.

3. E tanto isso é verdade que ainda recentemente o Tribunal de Justiça de São Paulo (18.ª Câmara Cível, Ap. Cív. 187.5222-2/5. Rel. Des. Egas Galbiatti; j. 13.4.92 v.u., in *Boletim AASP* 1.759- pp. 336 e ss.) não titubeou em condenar a Fazenda do Estado por litigância de má-fé, em decisão, cuja ementa é a seguinte:

“Plano Verão — Nega-se provimento ao recurso da Fazenda do Estado contra decisão que homologou cálculo de liquidação em ação de repetição de indébito, em cuja conta foi determinada a inclusão do índice de 70,28%, relativo ao IPC de janeiro de 1989.

Litigância de má-fé — Desfaçatez do comportamento da Fazenda do Estado, sustentando, quando lhe favorece, a inclusão do referido índice e combatendo-a quando não lhe convém — Violação do art. 14 do CPC — Imposição da multa de 1% pela litigância de má-fé, nos termos do art. 17 do mesmo Estatuto”.

4. Sem querer atingir toda a valorosa classe dos procuradores das Fazendas, Federal, Estadual e Municipal que certamente prestam relevantes serviços, pensa-se se não seria de levar em conta, para alguns, em certos casos, o preceito relativo ao dever do advogado-empregado, conforme dispõe o art. 18 da recente Lei 8.906, de 4.7.94, ou seja: “A relação de emprego, na qualidade de advogado, não retira a isenção técnica nem reduz a independência profissional inerente à advocacia”.

Trata-se de advertência que poderá servir para eventualmente, liberar esses procuradores de orientações e políticas contrárias ao contribuinte e até mesmo a lei, inclusive a conduta processual.