

APELAÇÃO CÍVEL N. 0870816-45.2021.8.14.0301

APELANTE: MUNICÍPIO DE BELÉM

APELADO: -----

PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARIA DA CONCEIÇÃO DE MATTOS SOUSA

RELATOR: DES. MAIRTON MARQUES CARNEIRO

2ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de Recurso de **APELAÇÃO CÍVEL** interposto pelo **MUNICÍPIO DE BELÉM**, contra r. sentença proferida pelo **MM. JUÍZO DE DIREITO DA 2ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL DA CAPITAL/PA**, nos autos da **AÇÃO DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO COM PEDIDO DE TUTELA DE URGÊNCIA**, ajuizada por -----, ora apelado, julgou procedentes os pedidos, nos seguintes termos:

“(...) 60.ANTE O EXPOSTO, confirmo a tutela de urgência e JULGO PROCEDENTE a ação para:

60.1. Declarar o direito da autora ao recolhimento do ISS em alíquota fixa anual, em relação a cada um dos profissionais habilitados da sociedade, sócio, empregado ou não;

60.2. Determinar a repetição do indébito tributário relativo ao período de 09/2020 a 11/2021, além dos eventualmente realizados no curso da demanda, consistente na diferença entre

o ISS recolhido, calculado pelo valor total da nota, e o ISS calculado com base na alíquota fixa anual, consoante item A, com aplicação da correção monetária prevista no art. 3º, §2º, da Lei Municipal nº 8.033/2000, a partir da data de cada pagamento indevido (Súmula 162 STJ) e juros moratórios incidentes a partir do trânsito em julgado desta sentença.

61. Assim, **declaro extinto o processo, com resolução do mérito**, nos termos do art. 487, I, do CPC.

62. Condeno o réu em honorários advocatícios, estipulados em 10% sobre o proveito econômico alcançado pelo autor, com fundamento no art. 85, §3º, I do NCPC.

63. Determino que o Município proceda ao **reembolso das custas antecipadas pela autora**, nos termos do art. 40, parágrafo único da Lei Estadual nº 8.328/2015 (Regimento de Custas do TJPA).

64. Deixo de remeter os autos em reexame necessário, por forçado previsto no art. 496, §3º, II do NCPC.

65. Após o trânsito em julgado da decisão, arquivem-se os autos, com as cautelas legais, dando-se baixa no sistema.

66. Publique-se. Registre-se. Intime-se.(...)”

Inconformado, o **MUNICÍPIO DE BELÉM** interpôs recurso de **APELAÇÃO CÍVEL** (ID n. 13259176), aduzindo, preliminarmente, a ausência do interesse de agir, haja vista o pleito referente à cobrança de ISS não fora requerido administrativamente perante a Municipalidade, logo, não havendo como a apelado ingressar diretamente no Judiciário.

Assevera que ficou comprovado nos autos que a empresa em tela não reúne os requisitos caracterizadores da sociedade uniprofissional, logo, não possui direito a recolher ISS como tal.

Afirma que o crédito tributário supostamente pago a maior não constituiu em nenhum momento “valor mais que o devido”, não apenas porque o contribuinte nunca requereu administrativamente sua condição de sociedade uniprofissional, mas especialmente em razão do autor não se amoldar a esta “espécie” jurídica, não havendo o que se falar em repetição do indébito.

Ao final, requer o provimento do recurso com a reforma integral da sentença vergastada.

No ID n. 13259178, **CONTRARRAZÕES** pelo **DESPROVIMENTO** do recurso.

Instada a se manifestar, a Douta Procuradoria de Justiça opinou pelo **CONHECIMENTO** e **DESPROVIMENTO** do recurso. (ID n. 13448209)

É o relatório.

Decido.

Adianto que o julgamento se dará na forma monocrática, com fulcro no art. 133, inciso XI, “d”, do RITJPA, considerando-se que a matéria aqui versada tem posicionamento sedimentado na jurisprudência dos Tribunais Superiores.

Presentes os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade passo a analisar as alegações recursais.

PRELIMINAR DE AUSÊNCIA DE INTERESSE DE AGIR

Não merece prosperar a preliminar de ausência de interesse de agir, suscitada pela Municipalidade, tão somente em razão de o

pleito pela alteração da cobrança de ISS não ter sido realizado administrativamente. Explico.

Como cediço, conforme a jurisprudência sedimentada, em razão do direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição, em regra, o acesso à justiça independe de prévio requerimento administrativo. Senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. DECLARAÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO FEDERAL. ERRO MATERIAL. ANULAÇÃO DE DÉBITO. PRÉVIO REQUERIMENTO ADMINISTRATIVO. DESNECESSIDADE. INTERESSE DE AGIR. EXISTÊNCIA.

1. Em razão do direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição, em regra, o acesso à justiça independe de prévio requerimento administrativo.
2. Na espécie, a parte demandante ajuizou ação ordinária objetivando a anulação de débito fiscal, fundamentando seu pleito na ocorrência de erro, por ela perpetrado, no preenchimento da DCTF, tendo a Corte de origem entendido ausente o interesse de agir, concluindo que a pretensão poderia ter sido dirimida na via administrativa.
3. O raciocínio desenvolvido na instância de origem até poderia ser correto, caso o desejo do autor se limitasse a retificar a declaração, já que a satisfação dessa pretensão pressuporia a provocação do titular do direito, isto é, se se tratasse apenas do direito potestativo de corrigir a DCTF, seria realmente questionável a necessidade de ação judicial, notadamente por restar dúvida sobre a existência de lesão ou ameaça de lesão a direito da parte autora.
4. Hipótese, porém, em que o contribuinte não corrigiu a declaração, o tributo foi lançado e passou a ser exigido, de modo que a pretensão não era de retificar o documento, mas de anular o crédito tributário exigível.
5. Evidencia-se, no último caso, que, no mínimo, havia ameaça a direito (patrimonial) em face da possibilidade de cobrança do tributo, sendo plenamente aplicável o direito fundamental previsto no art. 5º, XXXV, da Constituição; em razão disso, dispensável o prévio requerimento administrativo.
6. Recurso especial provido.

(REsp n. 1.753.006/SP, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira

Turma, julgado em 15/9/2022, DJe de 23/9/2022.)

Ante ao exposto, **REJEITO A PRELIMINAR.**

Analisada a questão preliminar, atendo-me ao mérito.

Da análise detida dos autos recursais, verifico que o cerne deste é o afastamento do benefício de alíquota fixa para cobrança do ISSQN concedida à apelante, bem como o direito à repetição do indébito referente ao período de 09/2020 a 11/2021, além dos eventualmente realizados no curso da demanda.

Ao analisar os autos recursais de maneira detida verifico não assistir razão à empresa apelante. Explico.

Como cediço, a jurisprudência já consolidada no Colendo Tribunal da Cidadania possui a orientação de que o benefício da alíquota fixa do **ISS**, prevista no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968, abrange às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial. Senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. NÃO OCORRÊNCIA. SOCIEDADE DE MÉDICOS. TRIBUNAL DE ORIGEM ENTENDEU O CARÁTER EMPRESARIAL. ISS. ALÍQUOTA FIXA. IMPOSSIBILIDADE.

1. O acórdão recorrido não incorreu em omissão ou contradição, uma vez que o voto condutor do julgado apreciou, fundamentadamente, todas as questões necessárias à solução da controvérsia, dando-lhes, contudo, solução jurídica diversa da pretendida pela parte agravante. Vale destacar, ainda, que não se pode confundir decisão contrária ao interesse da parte com ausência de fundamentação ou negativa de prestação jurisdicional.

2. **Esta Corte Superior possui a orientação de que o benefício da alíquota fixa do ISS a que se refere o art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968 somente é devido às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial.**
3. A Primeira Seção desta Corte de Justiça pacificou o entendimento de que "não é relevante para a concessão do regime tributário diferenciado a espécie empresarial adotada pela pessoa jurídica, pois como no caso concreto ora analisado, pode haver sociedades limitadas que não são empresárias, conforme preveem expressamente os artigos 982 e 983 do Código Civil" (STJ, EAREsp n. 31.084/MS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 8/4/2021).
4. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afastou o benefício da tributação fixa do ISS previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968, não apenas em razão da estrutura da sociedade ser de forma limitada, mas por entender que a impetrante presta serviços diversos e mais de uma atividade.
5. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no AREsp n. 1.829.340/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 16/8/2022, DJe de 23/8/2022.)

AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. SOCIEDADE DE MÉDICOS. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER EMPRESARIAL. SERVIÇO PRESTADO DE FORMA PESSOAL. ISS. ALÍQUOTA FIXA. POSSIBILIDADE.

1. **Esta Corte Superior possui a orientação de que o benefício da alíquota fixa do ISS a que se refere o art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968 somente é devido às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de**

serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial.

2. A Primeira Seção desta Corte de Justiça pacificou o entendimento de que "não é relevante para a concessão do regime tributário diferenciado a espécie empresarial adotada pela pessoa jurídica, pois como no caso concreto ora analisado, pode haver sociedades limitadas que não são empresárias, conforme preveem expressamente os artigos 982 e 983 do Código Civil" (STJ, EAREsp n. 31.084/MS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, relator para acórdão Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe de 8/4/2021.).
3. Situação em que o Tribunal de origem expressamente consignou a natureza pessoal da sociedade, capaz de ensejar a aplicação da alíquota fixa.
4. Agravo interno a que se nega provimento.

(AgInt no REsp n. 1.820.476/MG, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 7/12/2021, DJe de 1/2/2022.)

Insta salientar que no âmbito do Município de Belém a matéria a respeito do ISS fixo para as sociedades profissionais é atualmente regulada por meio da Lei Municipal nº 9330/2017, que incluiu o art. 51-A à Lei Municipal nº 7.056/1977: *Art. 51-A. Quando os serviços a que se referem os subitens 4.01, 4.02, 4.06, 4.08, 4.11, 4.12, 4.13, 4.14, 4.16, 5.01, 7.01 (exceto paisagismo), 17.14, 17.16 e 17.19 da lista prevista no art. 21 desta lei, forem prestados por sociedades de profissões regulamentadas constituídas na forma do §2º deste artigo, o recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza poderá ser realizado pelo movimento econômico ou por meio do regime especial de tributação simplificado por estimativa, na forma do regulamento. § 1º. Fica estabelecido como receita bruta mensal para o regime especial de tributação simplificado por estimativa, previsto no caput deste artigo, o valor de R\$ 6.000,00 (seis mil reais) multiplicado pelo número de profissionais habilitados, sejam sócios, empregados ou*

não. § 2º. As sociedades de que trata o caput deste artigo são aquelas constituídas sob a forma de sociedade simples, nos termos do direito civil, cujos profissionais, sejam sócios, empregados ou não sejam habilitados ao exercício da mesma atividade e prestem serviços de forma pessoal, em nome da sociedade, assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da legislação específica.

Com a vigência da Lei nº 9.330/2017, ocorrera a alteração no cálculo do ISS devido pelas sociedades uniprofissionais, eis que o art. 51-A passou a determinar a apuração do ISS com base de cálculo presumida de R\$ 6.000,00, e o ISS passou a ser devido de forma mensal, e não mais anual, como era anteriormente à mencionada lei.

Ocorre que A Lei 9.330/2017 é objeto de ADI proposta pela OAB no âmbito deste TJPA (0809746-28.2019.8.14.0000), em que foi concedida liminar para suspender a eficácia do art. 51-A, por se entender provável a inconstitucionalidade da norma. Saliente-se que a decisão foi tomada em controle concentrado de constitucionalidade (com eficácia *erga omnes* e vinculante), ou seja, deve ser observada por todos os demais órgãos judiciários.

Nesse sentido, o contribuinte constituído sob a forma de sociedade uniprofissional permanece com o direito de recolher o ISS sob base fixa anual, nos termos do art. 9º, §1º e §3º do DL 406/68, afastando-se a aplicabilidade do art. 51-A da lei municipal.

Partindo ao caso concreto, como bem pontuou o Juízo *a quo* aquando da prolação da sentença ora fustigada, do contrato social (ID n. 13259148) e do Comprovante de inscrição e de situação Cadastral do CNPJ da empresa apelante (ID n. 13259146), se extrai que esta presta atividade médica ambulatorial restrita a consultas e atividades de atendimento hospitalar, exceto pronto-socorro e unidades para atendimento a urgências, desde setembro 2020 (ID n. 13259148, p. 05), o que cristalinamente se enquadrariam na hipótese de prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal do sócio e sem caráter empresarial.

Outrossim, no tocante a repetição do indébito tributário relativo ao período de 09/2020 a 11/2021, além dos eventualmente realizados

no curso da demanda., concedida pelo Juízo *a quo* aquando da prolação da sentença, deve de igual modo permanecer incólume, eis que devidamente comprovado nos autos que a empresa apelada, à época referida, fazia *jus* ao benefício de recolhimento fixo do ISSQN na forma da lei (art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968).

Nessa esteira de raciocínio, não há o que se falar em reforma da sentença ora combatida, quando esta se mostra escoreita e alinhada ao posicionamento jurisprudencial hodierno sedimentado no Colendo Tribunal da Cidadania, de que o benefício da alíquota fixa do ISS a que se refere o Decreto-Lei n. 406/1968 é devido às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial, o que, repise-se, é o caso dos autos.

Ante ao exposto, na mesma esteira de raciocínio da Douta Procuradoria de Justiça, **CONHEÇO DO RECURSO** e **NEGOLHE PROVIMENTO**, nos termos do *decisum*.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da portaria nº 3731/2015-GP.

Belém/PA, datado e assinado eletronicamente.

Desembargador Mairton Marques Carneiro

Relator

Assinado eletronicamente. A Certificação Digital pertence a: MAIRTON MARQUES CARNEIRO - 07/02/2024 08:28:35 <https://pje.tjpa.jus.br/pje-2g/Processo/ConsultaDocumento/listView.seam?nd=24020708283551200000017446487>

Número do documento: 24020708283551200000017446487