



Acórdão n°
Processo n° 0036658-29.2007.814.0301
Primeira Turma de Direito Público
Recurso: Apelação
Comarca: Belém
Apelante/Apelado: Município de Belém
Procurador: Miguel Gustavo Carvalho Brasil Cunha – OAB/PA n° 8676
Apelado/Apelante: Hospital Porto Dias SC LTDA
Advogado: Diogo de Azevedo Trindade – OAB/PA 11270 e outro
Relator(a): Des. Roberto Gonçalves de Moura

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO DE OFÍCIO. DIREITO TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISSQN. BENEFÍCIO DA SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. ALÍQUOTA 2,5%. NÃO INCIDÊNCIA. SOCIEDADE CUJA CONSTITUIÇÃO INDICA CARÁTER EMPRESARIAL. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO MUNICÍPIO DE BELÉM CONHECIDA E PROVIDA. APELAÇÃO INTERPOSTA PELO HOSPITAL PORTO DIAS S/C LTDA PREJUDICADA. EM REEXAME NECESSÁRIO, SENTENÇA ALTERADA. DECISÃO UNÂNIME.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da Primeira Turma de Direito Público, por unanimidade de votos, em conhecer da apelação cível interposta pelo Município de Belém e dar-lhe provimento, dar por prejudicada a apelação interposta pelo Hospital Porto Dias e, em reexame necessário, alterar a sentença tudo de acordo com o voto do Desembargador Relator.

Plenário da Primeira Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte e oito dias do mês de maio do ano de dois mil e dezoito.

Turma Julgadora: Desembargadores Rosileide Maria da Costa Cunha (Presidente), Roberto Gonçalves de Moura (Relator) e Ezilda Pastana Mutran (membro).

Belém, 28 de maio de 2018.

Desembargador ROBERTO GONÇALVES DE MOURA,
Relator

RELATÓRIO

O EXMO. SR. DES. ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Tratam-se de recursos de APELAÇÃO CÍVEL interpostos pelo MUNICÍPIO DE BELÉM e pelo HOSPITAL PORTO DIAS SC LTDA em face de sentença proferida pelo Juiz de direito da 2ª Vara de Execução Fiscal da Comarca de Belém, que, em sede de Ação Ordinária de Repetição de Indébito Tributário, julgou procedente o pedido do autor, nos seguintes termos:

Verifico ser hipótese de julgamento antecipado da lide, com fulcro no art. 355, I do NCPC, uma vez que não há necessidade de produção de outras provas além daquelas já constantes dos autos.

DA PRELIMINAR

O réu argui, em sua contestação, a falta de legitimidade ativa da autora em propor a demanda, tendo em vista que, por se tratar o ISS de tributo indireto, no qual há o repasse do encargo financeiro ao tomador do serviço, apenas seria este o legitimado a pleitear a



repetição do indébito, conforme dicção do art. 166 do CTN.

Determina o art. 165 a possibilidade de o sujeito passivo pleitear a restituição do indébito.

Na locução sujeito passivo inclue-se tanto o contribuinte de direito quanto os terceiros que tenham sido obrigados, em cada caso, ao pagamento do tributo, na hipótese de responsabilidade ou substituição tributária. Dentre estes, há de se analisar quem arcou com o ônus do tributo.

LEANDRO PAULSEN (Curso de Direito Tributário Completo. 7 ed. Porto Alegre: Livraria do Advogado, 2015. p. 244) defende que é legitimado a buscar a repetição do indébito o contribuinte que tenha suportado a retenção do imposto e recolhido pelo substituto tributário.

Desse modo, o substituído, que não tenha passado o encargo financeiro ao substituto, no caso dos tributos indiretos, é legitimado a pleitear a recuperação do valor indevidamente retido na fonte.

Nesse sentido, preceitua MARCELO DE LIMA CASTRO DINIZ (Substituição Tributária e Repetição do Indébito: Legitimidade processual. Disponível em:

<http://www.idtl.com.br/artigos/359.pdf>):

O substituído será parte legítima para reivindicar a restituição do indébito quando, na condição de contribuinte em relação jurídica com o Fisco, arcou com o custo do tributo por força de retenção ou desconto efetuado pelo substituto. Prevalece a seu favor a presunção de que suportou o encargo do tributo. Basta que produza prova de que houve retenção de valor devido a título de tributo. Isso é o suficiente para o direito à repetição. Convém registrar que o artigo 165, inciso I, do CTN, assegura o direito à restituição não apenas àquele que pagou tributo indevido ou a maior, mas também àquele que sofreu cobrança de tributo indevido ou a maior.

Na hipótese em apreço, a autora requer a devolução do valor correspondente ao excesso de alíquota, nas operações em que figura como substituída tributária, ou seja, em que o montante do ISS era descontado na fonte pelos tomadores dos serviços.

Portanto, cabe perscrutar, no presente caso, se a autora suportou o ônus da tributação, quando teve ISS retido na fonte na alíquota de 5%.

De fato, das declarações fiscais mensais sobre serviços juntadas aos autos, é possível se verificar que quanto aos serviços em que recolheu diretamente o ISS, a autora utilizou a alíquota de 2,5%. Assim, somente no que concerne aos serviços cujo imposto foi retido na fonte é que foi utilizada a alíquota de 5%.

Assim, houve a retenção indevida de 2,5% sobre o valor do serviço, ônus este suportado pela autora, a qual não repassou o encargo ao substituto tributário, a quem apenas coube descontar do pagamento do serviço o valor relativo ao ISS.

O valor do ISS, estando embutido no valor do serviço (posto que não discriminado nas notas fiscais emitidas pela autora), quando calculado a maior pelo substituto, acarreta diminuição patrimonial do substituído tributário e não do substituto. Nesse diapasão, se na própria nota fiscal não foi acrescido ao valor do serviço cobrado do tomador aquele respectivo ao ISS, é de se inferir que não houve o repasse do encargo econômico financeiro ao tomador, que apenas abate do valor do serviço pago aquele relativo ao imposto sobre serviço, recolhendo ao Fisco.

Com efeito, a situação assemelha-se à previsão da Súmula nº 546 do STJ, na medida em que o contribuinte não recuperou do substituto (tomador do serviço) o valor do tributo em excesso.

Por tal razão, legítima a parte autora para figurar no polo ativo da demanda, uma vez que prova ter sofrido o encargo financeiro do ISS retido. Rejeito, por consequência, a preliminar de ilegitimidade ativa.

DO MÉRITO

Superada a questão preliminar, passo à análise do pleito de repetição de indébito tributário.

Consoante determina o art. 165 do CTN, supramencionado, quem pagou indevidamente possui direito à restituição. Essa previsão legal é consectário do princípio da vedação ao enriquecimento sem causa, pois visa impedir que o Estado aumente seu patrimônio quando houver pagamento indevido ou maior que o devido.

Na situação dos autos, a autora argumenta que, sendo aplicável a alíquota de 2,5% de ISS, prevista na Lei nº 7.779/1995, por se tratar de sociedade uniprofissional, qualidade esta reconhecida por meio de consulta fiscal, a retenção de ISS por alguns de seus tomadores de serviço, na alíquota de 5%, teria gerado pagamento indevido do imposto.



Assiste razão à requerente.

Sem adentrar no mérito do enquadramento ou não como sociedade uniprofissional, da análise dos documentos acostados aos autos é possível se inferir que a própria

Administração Tributária reconheceu que, desde a emissão de consulta fiscal que determinou a autora como sociedade uniprofissional, o cálculo do ISS de acordo com as normas específicas destas sociedades eram aplicáveis.

Os acórdãos do Conselho de Recursos Fiscais juntados ao presente processo claramente estabelecem esse entendimento.

Tratam-se de processos administrativos resultantes de termos de verificação fiscal iniciado em 2005, resultando nos autos de infração TVF 2399-01/2005; TVF 2399-02/2005, TVF 2399-03/2005. TVF 2399-04/2005, e em 2003, resultando nos autos de infração TVF 3914-01/2003, TVF 3914-02/2003, TVF 3914-04/2003 e TVF 3914-05, após os quais foram lavrados autos de infração por ter sido o ISS recolhido na alíquota de 2,5%, em relação ao período de janeiro a dezembro/2002, janeiro a dezembro/2003 e março, junho e dezembro/2000 janeiro a abril, agosto a dezembro 2001.

Em tais decisões, foi dado provimento aos recursos interpostos pelo contribuinte, para anular os autos de infração acima descritos, em virtude da existência de consulta fiscal formulada por aquele, que lhe reconhecia o direito de recolher o ISS com a alíquota estabelecida às sociedades uniprofissionais.

Nas decisões consta referência à declaração de 1997, resultante de processo de consulta, na qual a autoridade competente, no caso, a diretora do DETM/SEFIN, reconheceu a uniprofissionalidade.

Para elucidação, transcreve-se trecho da decisão:

Argumenta a recorrente que em 1997, através de consulta formalizada em processo administrativo, obteve o reconhecimento da uniprofissionalidade, conforme doc. Acostado aos autos às fls. 12 do Proc. Administrativo 09365/06.

Realmente, trata-se de documento válido expedido por autoridade competente, no caso a diretora do DETM/SEFIN, ainda que o entendimento da época esteja equivocado por desconsiderar os pressupostos de admissibilidade para tal enquadramento. Mas por tratar-se de uma consulta, e como tal, a mesma não pode ser revogada por mero auto de infração, urge a necessidade de respeito aos princípios do devido processo legal, da ampla defesa, do contraditório e da estrita legalidade.

A consulta fiscal obriga o Município a respeitar suas próprias determinações é uma garantia para o contribuinte, é o princípio da segurança jurídica.

O contribuinte ao consultar o fisco municipal, espera uma resposta esclarecedora sobre a forma pela qual deve recolher seus tributos, por isso, a consulta tem força vinculante para a Administração Pública e não pode ser afastada nem mesmo pelo auditor fiscal. O cancelamento da consulta deve se dar por meio de expressa e específica intimação do contribuinte pela autoridade competente. O trabalho do auditor fiscal vai municiar a manutenção ou a revogação do benefício da uniprofissionalidade, ressalte-se que a informação levantada pela fiscalização irá contribuir para a tomada de posição da autoridade competente, esta hierarquicamente superior ao auditor fiscal.

Conclui-se do excerto transcrito que desde 1997 a consulta produzia efeitos, só podendo ser revogada após expressa manifestação da autoridade competente e da notificação do contribuinte a esse respeito.

Ao tempo da prolação dos acórdãos, em 24/09/2007, nota-se que inexistia a expressa revogação do benefício da uniprofissionalidade. Portanto, plenamente aplicável a alíquota de 2,5% durante o período de 1997 a 2007. Ou seja, os fatos geradores do ISS ocorridos dentro desse interregno não poderão ser afetados por eventual modificação de entendimento da Administração no que concerne à qualificação enquanto sociedade uniprofissional e os benefícios decorrentes, por atenção ao princípio da segurança jurídica.

Tendo isso em vista, improcede a alegação do réu no sentido de que a declaração de fl. 272 somente teria validade no exercício de 1997, uma vez que a própria Administração reconheceu que esta produzia efeitos até ulterior manifestação fazendária, sem necessidade de renovação anual para concessão do benefício.

Saliente-se que a hipótese em apreço não se trata de isenção, mas sim de diferenciação de alíquota para certa categoria profissional, motivo pelo qual não devem ser aplicadas as disposições atinentes à primeira.

É até mesmo curioso que o réu alegue a necessidade de renovação anual da consulta,



quando órgão colegiado de julgamento da sua estrutura claramente manifestou entendimento diverso. Portanto, uma vez que os exercícios em que a demandante requer a repetição (01/2002 a 12/2003) estão incluídos no período em que válida a consulta fiscal, há direito à repetição de indébito, na razão de 2,5% do valor dos serviços em que houve ISS retido na fonte, cujas notas fiscais constam dos autos. De outro lado, improcede a alegação do réu de que inexistiria comprovação do pagamento indevido, por não terem sido juntadas as guias DAM aos autos. Ora, em se tratando de imposto retido na fonte pagadora, de fato a autora não teria como juntá-las, posto que não era a responsável pelo recolhimento do tributo ao Fisco, e sim as respectivas empresas substitutas tributárias. Isso não é prejuízo ao pedido de repetição de indébito, pois, como visto, houve diminuição patrimonial da autora ao ser recolhido ISS a maior ao seu alvedrio, na medida em que houve retenção na própria fonte do ISS, implicando em repasse menor dos valores correspondentes aos serviços prestados, ante a majoração do desconto tributário. Noutra senda, as declarações fiscais mensais de serviço constante aos autos (exercícios de 01/2002 a 12/2003) demonstram que de fato houve imposto retido na alíquota de 5%. Insta salientar que, quanto a estes, inexistente na rubrica de imposto a recolher qualquer saldo remanescente de pagamento, motivo pelo qual suficientemente comprovado o pagamento dos tributos respectivos.

DISPOSITIVO

ANTE O EXPOSTO, julgo procedente a ação, para determinar a repetição do indébito tributário na base de 2,5% sobre os serviços prestados pela autora em que houve imposto retido na fonte e utilizada a alíquota de 5%, dos exercícios de 01/2002 a 12/2003, consonte notas fiscais constantes dos autos e com montante a ser apurado em ulterior fase de liquidação. 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.

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

Condeno o réu ao pagamento de honorários advocatícios, arbitrados em 10% sobre o valor da causa, nos termos do art. 85, §3º, I, do NCPC.

Isento de custas.

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

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

Belém, 25 de abril de 2016.

Adriano Gustavo Veiga Seduvim

Juiz de Direito da 2ª Vara de Execução Fiscal da Capital.

Em suas razões recursais (fls. 242/433), o Município de Belém sustenta a necessidade de reforma da sentença, visto que o entendimento firmado pelo STJ é de que o tratamento diferenciado da sociedade uniprofissional somente deve ser concedido na ocorrência de serviços especializados, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter pessoal, e, no presente caso, não haveria comprovação da qualidade de sociedade uniprofissional da parte autora no período combatido, já que a declaração juntada somente teria validade para o exercício do ano de 1997.

Acrescenta que a verificação dos requisitos caracterizadores da sociedade uniprofissional deve ser avaliado periodicamente.

Aduz que a sentença não tratou de qualquer ilegalidade da norma municipal, mas tão somente que é possível que o autor utilize em fatos geradores tributários distintos entendimento ocorrido em exercícios anteriores. Argumenta que a sentença tratou fatos distintos de modo igual, o que no direito tributário é vedado.



Fora isso, assevera que nada justifica o fato do autor não ter provado o alegado pagamento a maior do tributo pelo simples fato de que era retido pelos tomadores. Isso porque o simples fato de ter o imposto retido não livra o contribuinte do cumprimento da obrigação acessória de manter os recibos de retenção.

Destaca que o STJ exige na repetição de indébito a prova do ônus do pagamento do tributo questionado.

Ao final requer o conhecimento e provimento do presente recurso no sentido de reformar a sentença julgando improcedente a ação proposta, condenando a autora ao ônus de sucumbência e honorários advocatícios.

O Hospital Porto Dias interpôs recurso de apelação às fls. 438/441 combatendo os honorários advocatícios, argumentando que a sentença equivocou-se à determinar a incidência dos 10% sobre o valor da causa quando o correto seria 10% sobre o valor da condenação, de acordo com o art. 85, §3º, I, do NCPC.

Além disso, considerando o tempo de duração do processo, a complexidade da causa, a singularidade da matéria, entende que deve ser ampliado o percentual dos honorários para o teto de 20% sobre o valor da condenação, com base no mesmo dispositivo do NCPC.

Por essa razão requer a reforma parcial da sentença apenas na parte que fixou os honorários de sucumbência, para que o mesmo seja ampliado para 20% sobre o valor da condenação.

O Hospital Porto Dias S/C LTDA apresentou contrarrazões à apelação apresentada pelo Município de Belém sustentando que a Lei Municipal nº 7.779/95, que criou a alíquota específica para as sociedades uniprofissionais, não faz qualquer outra exigência para que a sociedade se enquadre na condição de uniprofissional, sendo o único requisito a composição societária uniprofissional.

Afirma que nem cabe mais discutir se a empresa é ou não uniprofissional, uma vez que isso já foi reconhecido pelo próprio Município apelante, através da declaração da Diretora do Departamento de Tributos Imobiliários do Município de Belém.

Destaca que esse fato foi reconhecido no julgamento realizado pelo COREF, órgão máximo da esfera administrativa municipal, o que significa que a questão não é mais passível de discussão.

O Município de Belém também apresentou contrarrazões à apelação do Hospital Porto Dias, às fls. 457/459, argumentando que, não existindo nos autos qualquer informação acerca do proveito econômico ou do valor da condenação, está correta a sentença que utilizou o valor da causa como parâmetro para fixar os honorários.

Foram os autos distribuídos à minha relatoria (fl. 460).

A Procuradoria de Justiça eximiu-se de se manifestar na qualidade de *custus legis* (fl. 464).
É o relatório.



VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Não obstante a omissão do juízo singular, deve ser a sentença analisada sob a ótica do reexame necessário, na esteira do entendimento da Corte Especial do C. Superior Tribunal de Justiça, externado no julgamento do REsp nº 1.101.727-PR (relator o Ministro Hamilton Carvalhido, julgado em 04.11.2009, publicado no "DJe" de 03.12.2009), dado o fato de possuir natureza ilíquida, aliada à circunstância de ser proferida contra o Poder Público, não configurando, portanto, a exceção do §3º do art. 496 do CPC.

Dito isso, presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço da apelação cível, e, de ofício, do reexame necessário, pelo que passo a apreciá-los.

O Hospital Porto Dias S/C LTDA manejou ação de repetição de indébito visando obter o ressarcimento/compensação dos valores que recolheu a maior indevidamente a título de ISSQN enquanto vigorou a Lei 7.779/95, acrescidos da taxa SELIC desde o seu recolhimento.

Informa o autor, ora apelante/apelado, que é considerado uma sociedade uniprofissional e, por essa razão, faz jus ao benefício da redução da alíquota do imposto municipal ISSQN de 5% para 2,5%, conforme prevê o art. 1º, §1º, da Lei Municipal 7.779/95.

Por sua vez, o Município de Belém sustenta que o Hospital Porto Dias não faz jus a tal benefício, vez que não haveria comprovação da qualidade de sociedade uniprofissional do autor no período combatido, já que a declaração juntada somente teria validade para o exercício do ano de 1997, e essa questão da classificação como uniprofissional deve ser avaliada periodicamente.

Pelo que se extrai do relatado acima, a discussão gira em torno do percentual da alíquota (5% ou 2,5%) sobre a cobrança de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN incidente sobre os serviços prestados pela autora à algumas tomadoras de serviço que efetuaram a retenção do ISS com base na alíquota de 5%.

De acordo com o art. 156, III, da Constituição Federal/88, o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN é tributo de competência dos municípios. Todavia, a teor do art. 146, III, a, da CF/88, cabe à lei complementar federal instituir normas gerais para definir as espécies de tributos, suas alíquotas, bases de cálculo e respectivos contribuintes.

A nível infraconstitucional, o ISSQN encontra-se regulado pelo Decreto-lei nº 406, de 31 de setembro de 1968 e respectivas alterações.

Referido diploma prevê no art.9º que:

Art. 9º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.

(...)



§ 3º Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1º, calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.

Dos dispositivos transcritos acima, infere-se que quando o serviço prestado constitui o próprio trabalho pessoal do contribuinte, o ISSQN será calculado através de alíquota fixa ou variável em função da natureza do serviço ou outro fator pertinente, não podendo ser computada a remuneração paga ao prestador do serviço.

Nota-se ainda que, mesmo no caso de pessoa jurídica, se esta for sociedade de profissionais, o imposto relativo aos serviços descritos nos itens da tabela anexa ao Decreto-lei nº 406/1968 também será calculado na forma descrita no § 1º, acima citado, em relação a cada profissional que preste a atividade em nome da sociedade.

Fora isso, em 28.12.1995, veio a lume a Lei Municipal nº 7.779/95 que deu nova disciplina ao ISSQN. O referido diploma legal instituiu para as sociedades uniprofissionais o pagamento de ISSQN calculado através de alíquota de 2,5% sobre o valor do faturamento. Vejamos:

Art. 1º Fica revogado o § 4º do art. 33 da Lei nº 7.056, de 30 de dezembro de 1977 com a nova redação introduzida pela Lei nº 7.438, de 30 de dezembro de 1988.

§ 1º. A alíquota do ISS incidente sobre a receita de prestação de serviços auferida pelas sociedades uniprofissionais será de 2,5% (dois e meio por cento).

O presente caso tem como pano de fundo da discussão justamente o artigo supratranscrito, para se concluir se a parte autora tem o direito de recolher o tributo em discussão na forma do art.1º, §1º, da Lei Municipal nº 7.779/95, conforme autorizou a sentença, ou deve pagar a alíquota de 5%, por exercer atividade empresária, conforme pretende o Município.

Todavia, há que se indagar no presente caso se a sociedade autora preenche os requisitos indispensáveis à concessão do tratamento fiscal diferenciado, isto é, se os sócios são profissionais habilitados, prestam o serviço pessoalmente, com responsabilidade própria e em caráter permanente.

Analisando o caso em momento, pelo que se extrai dos elementos trazidos aos autos, a pessoa jurídica Hospital Porto Dias S/C LTDA deixou de prestar serviços de forma pessoal através de seus sócios, pois trata-se de um grande hospital, que além de serviço de internação hospitalar, é um centro de diagnósticos que realiza exames diversos e por isso requer, além de médicos, profissionais especializados de outras áreas, tais como técnicos em laboratórios, fisioterapeutas, nutricionistas, enfermeiros, etc.

Ademais, pelo documento de fl. 48, vê-se que o objeto social da sociedade autora não envolve apenas serviços médicos, a saber:

Cláusula Primeira: Alteração de objetivo Social

O Objetivo da sociedade passa a ser o de atividades de atendimento hospitalar em geral, a exploração do aluguel de suas dependências como consultórios, salas, auditórios e outras e de equipamentos médicos e cirúrgicos, como poderá praticar outras atividades, que direta ou indiretamente estiverem vinculados aos objetivos da sociedade.

Por meio do Contrato acostado à fl. 21, observo que a autora, inicialmente denominada Clínica de Fisioterapia e Reabilitação Porto Dias S/C LTDA, foi



constituída sob a forma de sociedade por cotas de responsabilidade limitada.

Ainda, a cláusula quarta do referido instrumento limita a responsabilidade dos sócios à importância do capital social integralizado. Tal circunstância assume relevo na medida em que afasta a responsabilidade pessoal dos sócios, um dos requisitos para que a sociedade se utilize do benefício fiscal previsto no art. 1º, §1º, da Lei 7.779/95.

Afora isso, sobreleva o fato de que a cláusula nona prevê a divisão de lucros entre os sócios, numa clara demonstração de que a atividade desenvolvida tem caráter empresarial.

Nessas hipóteses a jurisprudência é remansosa em afastar a incidência do benefício fiscal ora em debate. Senão vejamos:

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA TRIBUTÁRIA CUMULADA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. COBRANÇA DE ISSQN. PARÂMETROS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. LABORATÓRIO DE ANÁLISE CLÍNICA. CARÁTER EMPRESARIAL. RECURSO CONHECIDO E PROVIDO. No caso, a decisão objurgada colide com a orientação traçada pelo STJ, cujo entendimento é no sentido de que, para a empresa ter direito ao benefício entabulado no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 406/68, deve, necessariamente, prestar serviço de forma uniprofissional, hipótese que não se coaduna com o regime da sociedade limitada, dado o caráter empresarial de que se reveste este tipo social.

(2014.04590178-35, 136.715, Rel. ROBERTO GONCALVES DE MOURA, Órgão Julgador 3ª CÂMARA CÍVEL ISOLADA, Julgado em 2014-08-07, Publicado em 2014-08-13)

TRIBUTÁRIO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INSTRUMENTALIDADE RECURSAL. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS. ISS. RECOLHIMENTO COM BASE EM VALOR FIXO ANUAL. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. REQUISITOS PARA O BENEFÍCIO LEGAL VERIFICADOS NA CORTE DE ORIGEM E. SÚMULA 7/STJ.

1. É possível receber os embargos de declaração como agravo regimental, em homenagem à fungibilidade recursal e à economia processual, quando nítido o seu caráter infringente. Precedente: EDcl na Rcl 5.932/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 29.5.2012.

2. A jurisprudência das duas Turmas que compõem a Primeira Seção é uniforme no sentido de que o benefício da alíquota fixa do ISS somente é devido às sociedades unipessoais integradas por profissionais que atuam com responsabilidade pessoal, não alcançando as sociedades empresariais, como as sociedades por quotas cuja responsabilidade é limitada ao capital social.

3. É, portanto, necessário, para o deferimento das benesses do dispositivo em questão, o atendimento de requisitos específicos.

4. O Tribunal de origem entendeu que o recorrido não preenche tais requisitos. Incidência da Súmula 7/STJ.

5. Quanto à interposição pela alínea c, este Tribunal tem entendimento no sentido de que a incidência da Súmula 7 desta Corte impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso, com base na qual a Corte de origem deu solução à causa. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, e improvido. (EDcl no AREsp 425635 PE 2013/0364483-5, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, DJ:10 de Dezembro de 2013- STJ)

TRIBUTÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA - ISSQN - TRIBUTAÇÃO PELO REGIME FIXO ANUAL - TRATAMENTO DIFERENCIADO PREVISTO NO DECRETO-LEI N. 406/68 - DESCABIMENTO - AUSÊNCIA DE RESPONSABILIDADE PESSOAL DOS SÓCIOS.

- O regime tributário diferenciado mais benéfico (tributação pelo regime fixo anual), previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-lei n. 406/68, apenas se aplica ao profissional



que, não obstante preste serviço em nome da sociedade, assuma responsabilidade de caráter pessoal, de forma que as sociedades constituídas sob a forma de responsabilidade limitada, de caráter eminentemente empresarial, não fazem jus ao benefício.

- Precedentes do colendo STJ.

- Recurso provido. (AC 10194110092963001 MG, Rel. Heloisa Combat DJ: 5 de Setembro de 2013, TJMG)

Quanto à personalidade na prestação do serviço, observo que a sociedade autora, amplamente conhecida nesta cidade como Hospital Porto Dias, conta, já no ano de 2002 e 2003, com um grande número de funcionários. Soma-se a isso o fato de que tal sociedade não é composta apenas por uma única unidade de atendimento, fato este de grande notoriedade, haja vista o porte e o renome do Hospital Porto Dias.

Notório, no dizer de Fredie Diddier Jr. é aquele fato conhecido ou que, de acordo com a cultura média do homem, poderia ser conhecido.

Destarte, considerando o corpo funcional, bem ainda o porte da sociedade, não é crível que os 2 (dois) únicos sócios prestem o serviço de médico e fisioterapêutico pessoalmente e de forma individualizada aos clientes.

Por caráter personalíssimo deve-se entender aquele liame de intimidade, confiança e personalidade por parte do paciente, que escolhe o médico de quem deseja ter os serviços; no entanto, se o paciente deixa de escolher a pessoa do médico para escolher a sociedade, a empresa, então, não mais há de se falar em subsunção ao regime especial. Tal ocorre, por exemplo, quando o serviço é terceirizado ou prestado por grande número de empregados hierarquicamente subordinados, ou cujo serviço pessoalmente prestado não seja o diferencial na escolha do cliente por aquela instituição.

Por óbvio a personalidade do serviço há muito foi deixada de lado pela própria expansão do negócio, que não mais é desenvolvido pelo trabalho dos próprios sócios da sociedade autora, frise-se, novamente apenas 2 (dois) sócios.

Para os casos em que a personalidade do serviço resta comprometida a jurisprudência tem-se posicionado da seguinte forma:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - ISSQN - PROFISSIONAIS DA ÁREA MÉDICA E RADIOLÓGICA - TRIBUTO EM ALÍQUOTAS FIXAS - DECRETO LEI 406/68 - NÃO-INCIDÊNCIA. - Não faz jus à tributação especial, baseada no número de profissionais habilitados, a sociedade empresarial cujos sócios não promovem, exclusiva e pessoalmente, sob caráter permanente, os serviços para os quais estão habilitados. A vantagem fiscal do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68 fica afastada, quando o serviço é prestado por empregados da empresa e não pelos próprios sócios. (TJMG. APELAÇÃO CÍVEL N° 1.0439.04.036241-0/002. Rel. Vanessa Verdolim Hudson ANDRADE. Data do Julgamento: 10/02/2009).

O Superior Tribunal de Justiça assentou o entendimento segundo o qual têm direito ao tratamento privilegiado do ISSQN as sociedades civis uniprofissionais, que têm por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade social e sem caráter empresarial, o que não é o caso dos autos, conforme exposto acima.

Nesse sentido, colaciono os seguintes precedentes:

" PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. SOCIEDADE CIVIL QUE PRESTA SERVIÇOS CONTÁBEIS. SOCIEDADE LIMITADA. FINALIDADE EMPRESARIAL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 9º, § 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7 DESTA CORTE SUPERIOR. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. ART. 535, II, DO CPC. NÃO



OCORRÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Prevê o art. 535 do CPC a possibilidade de manejo dos embargos de declaração para apontar omissão, contradição ou obscuridade na sentença ou acórdão. Não há, no presente arrazoado, qualquer indicação de omissão, contradição ou obscuridade capaz de subsidiar a oposição dos aclaratórios.
2. Incide a Súmula 211/STJ quando a matéria federal tida por violada não foi enfrentada no aresto a quo recorrido, malgrado a oposição dos embargos declaratórios.
3. O art. 9º, § 3º, do DL 406/68 concede às sociedades civis uniprofissionais, que têm por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial, tratamento privilegiado quanto à cobrança do ISSQN.
4. A decisão agravada foi baseada na jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de que para fazer jus ao benefício disposto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, a empresa deve caracterizar-se como sociedade uniprofissional, o que não se compatibiliza com a adoção do regime da sociedade limitada, em razão do caráter empresarial de que se reveste este tipo social.
5. Ademais, o Tribunal a quo, no acórdão combatido, destacou que, da análise dos documentos acostados nos autos, tem-se que a sociedade recorrente não preenche os requisitos no § 3º do art. 9º do Decreto-lei n. 406/68.
6. A parte recorrente pretende com a tese defendida é, na verdade, rever a premissa fixada pelo Tribunal de origem, soberano na avaliação do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça por suas Súmulas n. 5 e 7.
7. Não houve a demonstração da exata similitude fático-jurídica entre os acórdãos tidos por divergentes e, tampouco o cotejo analítico entre eles, o que se afigura indispensável para a admissão do apelo especial, conforme os ditames estabelecidos pelo § 2º do art. 255 do RISTJ e art. 541, parágrafo único, do CPC.
8. Agravo regimental não provido.
(AgRg no Ag 1023655/SP, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/04/2010, DJe 29/04/2010) (grifei)

PROCESSUAL CIVIL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. FINALIDADE EMPRESARIAL. BENEFÍCIO. ART. 9º, § 3º, DO DECRETO-LEI 406/1968. INAPLICABILIDADE. SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.
2. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou o benefício da tributação fixa do ISS, pois aferiu, com base na prova dos autos, que a contribuinte tem estrutura empresarial, porquanto "os aludidos médicos juntaram-se com o escopo de constituir pessoas jurídicas especializadas na prestação de análises clínicas e laboratoriais" e que "possui inequívoca natureza empresarial, consoante conclui-se de seus contratos sociais, bem como não é exercida em caráter uniprofissional".
3. O tratamento privilegiado previsto no art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/1968 é inaplicável à hipótese. Precedentes do STJ.
4. Inviável rever as premissas fáticas adotadas pelo Tribunal de origem (Súmulas 5 e 7 do STJ).
5. Agravo Regimental não provido.
(AgRg no Ag 1221255/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/12/2009, DJe 02/02/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISSQN. BASE DE CÁLCULO. ALÍQUOTA FIXA. ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406.68. INAPLICABILIDADE. CLÍNICA OFTALMOLÓGICA. SOCIEDADE LIMITADA. FINALIDADE EMPRESARIAL. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. Cuida-se de recurso especial interposto pela Fazenda contra acórdão do TJMG que, a partir da análise contratual, reconheceu o direito de Clínica Oftalmológica, a recolher o ISSQN pela alíquota fixa, por se enquadrar nos termos do art. 9º, § 3º do Decreto-lei nº 406/68.
2. No caso, a decisão objurgada colide com a orientação traçada por esta Corte de Justiça, cujo entendimento é no sentido de que, para a empresa ter direito ao benefício entabulado no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei 406/68, deve, necessariamente, prestar serviço de forma uniprofissional, hipótese que não se



coaduna com o regime da sociedade limitada, dado o caráter empresarial de que se reveste este tipo social.

3. Recurso especial provido.

(REsp 796.134/MG, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/10/2009, DJe 28/10/2009) (grifei)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. LABORATÓRIO. ISS. SOCIEDADE LIMITADA. FINALIDADE EMPRESARIAL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 9º, § 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68.

1. A decisão agravada foi baseada na jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de que para fazer jus ao benefício disposto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, a empresa deve caracterizar-se como sociedade uniprofissional, o que não se compatibiliza com a adoção do regime da sociedade limitada, em razão do caráter empresarial de que se reveste este tipo social. Precedentes: AgRg no REsp 1031511/ES, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 9.10.2008; REsp 1057668/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 4.9.2008.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 898.198/BA, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/09/2009, DJe 16/09/2009) (GRIFEI)

Assim, resta inequívoco que o objeto social da sociedade comercial recorrida é a prestação de um serviço hospitalar, todavia, inequivocamente associado ao exercício da empresa, o que o descredencia do benefício da Lei Municipal 7.779/95.

Nesse contexto, estando afastados os requisitos legais para o gozo do benefício fiscal, a sociedade autora deve recolher o ISSQN de acordo com a regra geral, isto é, com a alíquota de 5%.

Por fim, cumpre apenas esclarecer que o fato do Conselho de Recursos Fiscais da Prefeitura Municipal de Belém ter reconhecida a procedência da impugnação apresentada pela autora com o fundamento de tratar-se de sociedade uniprofissional não garante automaticamente o direito da pessoa jurídica gozar do benefício tributário em qualquer circunstância, na medida em que tal decisão foi proferida em um caso específico de impugnação a um auto de infração, e que não vincula a esfera tributária Municipal.

Logo, em vista das considerações ao norte expendidas, compreendo que o magistrado de primeiro grau laborou em equívoco ao julgar procedentes os pedidos da apelada, pois conforme constatado ao norte, esta não preenche os requisitos indispensáveis ao recolhimento do ISSQN na forma favorecida prevista no art. 1º, §1º da Lei 7.779/95. Em razão da reforma da sentença, as razões da apelação do Hospital Porto Dias S/C LTDA restam prejudicadas.

Ante o exposto, conheço da Apelação Cível e dou-lhe provimento, para reformar a sentença de 1º Grau, julgando improcedente o pedido formulado pela parte autora.

Inverte-se o ônus sucumbencial.

Em Reexame, sentença alterada nos termos do provimento recursal.

Providencie a Secretaria as devidas retificações nos assentos, para deles constar que a remessa se dar também por reexame necessário.

É como voto.

Belém(PA), 28 de maio de 2018.

Desembargador ROBERTO GONÇALVES DE MOURA,
RELATOR

