



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ
JUIZO DA 5ª VARA DE FAZENDA DA CAPITAL

Impetrante: Ordem dos Advogados do Brasil – Seccional do Pará
Impetrada: Secretária de Finanças do Estado do Pará
Processo: 2004.1.017291-6

Sentença

Vistos etc.

ORDEN DOS ADVOGADOS DO BRASIL – SECCIONAL DO PARÁ, qualificada nos autos, na condição de substituta processual ajuizou mandado de segurança coletivo com pedido de liminar contra ato da Secretária de Finanças do Município de Belém, também qualificada.

Aduz que o Município de Belém editou a Lei 8.293/03, a qual alterou a sistema de tributação das sociedades uniprofissionais, por considerar revogados os §§ 1º e 3º do Decreto-lei 408/68 pela Lei Complementar 116/03. Afirma que referida lei municipal estabeleceu a cobrança do ISS das sociedades de advogados em 5% (cinco por cento) do valor de seu faturamento, conforme alteração no artigo 33 do Código Tributário do Município.

Sustenta que diante da Lei 8.293/03 é real e concreta a possibilidade do Município de Belém tributar as sociedades de Advogados instaladas em seu território, em flagrante desrespeito ao artigo 9º do Decreto 406/68, em razão da falsa suposição de que este se encontra revogado.

Transcreve textos legais e argüi a inconstitucionalidade da Lei Municipal 8.293/03, no que tange à sua aplicação às sociedades uniprofissionais de advogados, por invasão de matéria de competência da União, a quem compete legislar sobre normas gerais de direito tributário. Diz ainda que o artigo 9º do Decreto-lei 406/68 está em pleno vigor, o qual estabelece que a tributação das sociedades uniprofissionais pelo ISS ocorra per capita e não ad valorem.



Requeru a concessão da liminar e ao fim procedência do writ com a declaração incidental de inconstitucionalidade da lei municipal 8.293/03 no que se refere à sua aplicação às sociedades de advogados estabelecidas em Belém.

Juntou documentos.

A liminar foi deferida.

A Secretária de Finanças do Município de Belém prestou as informações alegando preliminar de carência de ação por inadequação da via eleita, sabendo-se que não cabe mandado de segurança contra lei em tese e a ação adequada seria a ação direta de inconstitucionalidade. Argui ainda em sede de preliminar a ilegitimidade passiva ad causam, sabendo-se que a autoridade que arrecada os tributos e impõem as sanções fiscais é o Diretor do Departamento de Tributo Mobiliários da Secretaria de Finanças do Município de Belém - SDFIN.

No mérito diz que o artigo 9º do Decreto 406/68 foi revogado pelo Decreto-lei 834 que expressamente modificou a redação original do § 3º do referido artigo, retirando desta sua vigência e operando sua revogação tácita. Alega ainda que a Lei Complementar 56, novamente modificou o § 3º do artigo 9º do Decreto 408/68.

Afirma que o § 3º do Decreto 406/68 não perdera a vigência por força das alterações do Decreto-lei 834 e Lei Complementar 56, ter-se-ia uma situação inusitada, com uma modificação da lei sem nada modificar.

Diz que admitir-se a vigência do artigo 9º do Decreto-lei 406/68 seria restaurar uma lei revogada, o que é vedado pelo § 3º do artigo 2º da Lei de Introdução ao Código Civil.

Requeru a improcedência do pedido.

Juntou documentos.

O Ministério Público manifestou-se pela concessão da segurança.

Vieram os autos conclusos.

Decido.

Da legitimidade da impetrante para a impetração do mandado de segurança coletivo.

A Constituição da República em seu artigo 5º, inciso LXX, institui o Mandado de Segurança Coletivo que poderá ser impetrado por: a) partido político com representação no Congresso Nacional; e b) organização sindical, entidade de classe ou associação legalmente constituída e em funcionamento há pelo menos um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

In casu, a OAB Seccional do Pará é parte legítima para representar os advogados com sociedades uniprofissionais na Cidade de Belém.



Passo a análise das preliminares.

Inadequação da via eleita.

É certo que a Constituição Federal somente fale em legalidade ou abuso de poder. Entretanto, sempre se entendeu que esta pode tanto decorrer de ato comissivo como omissivo. Como se impetra o mandamus para proteger direito líquido e certo permite a lei 1.533/51 tal concessão se faça sempre que alguém sofra violação de seu direito ou houver justo receio de sofrê-la.

O justo receio deve ser entendido como uma ameaça objetiva e atual, que exista efetivamente no momento da impetração. A súmula 266 do STJ não admite o mandado de segurança contra lei em tese, sem que exista um caso concreto ou ameaça de prática de algum ato abusivo pela autoridade.

O mandado de segurança, ainda que preventivo, deve fundamentar-se em prova pré-constituída para que a ameaça seja verificada de plano pelo Juiz, ao exame dos elementos informadores. Havendo a ameaça concreta, cabe o mandado de segurança preventivo. Não se pleiteia a desconstituição ou anulação do ato, mas, sua ineficácia em relação ao impetrante, a fim de elidi-lo de seus efeitos.

A Constituição é considerada a Lei Máxima de um sistema jurídico, pois configura e estabelece normas tendentes a estruturar e organizar o Estado, a manter o exercício do poder político, dos direitos e garantias individuais, coletivos e sociais e das atividades concernentes à ordem econômica e social dentro de determinado projeto de dominação. Além disto, a Constituição estabelece normas sobre a criação de normas.

Em função do princípio da supremacia constitucional, todas as situações jurídicas devem-se conformar com os princípios e preceitos da Constituição, sob pena de, ao contrariá-la, receber o estigma da inconstitucionalidade.

Uma norma em desconformidade material, formal ou procedimental com a Constituição é nula, devendo o Juiz, antes de decidir qualquer caso concreto de acordo com esta norma, examinar se ela viola normas e princípios da constituição.

A jurisprudência vem admitindo a impetração do mandado de segurança preventivo contra a cobrança de tributos.



Nesse sentido:

“Mandado de segurança. Impetração contra lei em tese. Norma que gera efeitos concretos. Cabimento. Súmula 266/STF. Lei 1.533/51, art. 1º.

Doutrina e jurisprudência entendem que, se a lei gera efeitos concretos quando é publicada, ferindo direito subjetivo, é o mandado de segurança via adequada para impugná-la. Cabimento do writ em face da Lei Distrital 2.748/01 que proíbe a concessão da renovação de alvará de funcionamento, bem como determina o cancelamento dos já expedidos, a hotéis, restaurantes, bares e similares que possuam pista de dança e música, quando localizados em área de comércio local, residencial e de uso misto nas Regiões Administrativas do Distrito Federal. Não ferimento da jurisprudência estratificada na Súmula 266/STF”. (STJ Resp 706.780, Rel. Min. Eliana Calmon, j. 06/10/2005 - DJ 24/10/2005 -2ª T.).

Preliminar rejeitada.

Preliminar de ilegitimidade passiva ad causam.

A preliminar não vinga, na espécie, pois é a impetrada a autoridade superior que ordena, concreta e especificamente, a execução do ato impugnado e responde por suas conseqüências administrativas.

Como brilhantemente asseverou o Dr. Promotor de Justiça em sua manifestação, no âmbito da Secretaria de Finanças é a impetrada a ordenadora das ações de prevenção e repressão fiscal, e, mesmo que em inferioridade hierárquica possa o Diretor de Tributos Mobiliários também praticar o ato combatido, isso não anula os poderes e atribuições do titular da SEFIN.

Rejeito a preliminar em referência.

No mérito.

No mérito, a pretensão mandamental merece ser acolhida. Talho que a alteração dada pela Lei 8.293, de 30 de dezembro de 2003, ao considerar a base de cálculo do imposto o preço do serviço, no que se refere às sociedades uniprofissionais de advogados e inconsistentes com

A tese sustentada pela impetrada é de que a Lei Complementar 116/2003 revogou o artigo 9º, § 3º, do Decreto-lei n. 406/68, e por isso a base de cálculo do ISS devido pelas sociedades uniprofissionais é o preço dos serviços e que o § 3º do Decreto-lei 406/68 teve sua redação alterada pelo Decreto-lei 834/69 e depois pela Lei Complementar 56/87, e como esta foi revogada inteiramente pela LC 116/2003, conclui-se que o § 3º do art. 9º, do Decreto-lei 406/68, que fora nele introduzida pela Lei Complementar 56, está simplesmente



revogada e o nosso sistema não admite a reprivatização.

A sociedade uniprofissional, sem caráter empresarial, formada para a prestação de serviços especializados, com responsabilidade pessoal, beneficia-se do tratamento diferenciado no pagamento do ISS, previsto no art. 9º, § 3º do Decreto-Lei 406/68. Da Lei Complementar nº 116/03 não consta a revogação expressa do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, do qual somente foram revogados os arts. 8º, 10, 11 e 12, e não há incompatibilidade entre as normas anteriores e as novas. A Lei Complementar nº 95/98, que dispõe sobre a elaboração, redação, alteração e consolidação das leis, nos termos do seu artigo 9º, estabelece que "a cláusula de revogação deverá enumerar, expressamente, as leis ou disposições legais revogadas" (redação dada pela Lei Complementar nº 107/01).

O art. 7º da LC 116/2003 determina que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço. Os seus §§ 1º a 3º não fazem nenhuma referência à tributação por valor fixo, em relação aos profissionais liberais e sociedades por eles formadas, como está expresso nos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL nº 406/68.

O art. 7º mencionado reproduziu o art. 9º do DL nº 406/68, com exceção de seus parágrafos e os §§ 1º a 3º do artigo 7º da LC 116/2003 tratam de outras matérias. Em uma análise superficial poderia concluir-se que a chamada tributação por alíquota fixa desapareceu.

O legislador entendeu que o artigo 9º do DL 406/68 e seus parágrafos, não eram incompatíveis com o artigo 7º e parágrafos da nova disciplina do ISS e manteve aquele artigo 9º, revogando os demais artigos do DL nº 406/68, pertinentes ao imposto municipal.

O correto seria reproduzir os §§ 1º e 3º do artigo 9º do Decreto-Lei 406/68 no corpo do artigo 7º da LC 116/2003, revogando o DL 406/68 por inteiro. Todavia é perfeitamente possível concluir-se pela manutenção da tributação privilegiada dos profissionais liberais e das sociedades por eles constituídas.

O mestre HUGO DE BRITO MACHADO ensina:

"O equívoco dessa tese é evidente. Se a modificação implicasse sempre a revogação, já a Lei Complementar n. 56/87 não poderia ter modificado o § 3º, do art. 9º, do Decreto-lei n. 406/68, pela razão simples de que esse dispositivo já aquele tempo não mais existiria, pois teria sido revogado pelo Decreto-lei n. 834/69

* No caso de que se cuida, o Decreto-lei n. 834/69, e a Lei Complementar n. 56/87, utilizaram-se da técnica da substituição, no próprio texto, de dispositivo alterado, isto é, o § 3º, do art. 9º, do Decreto-lei n. 406/68. Já a



Lei Complementar n. 116/2003 utilizou-se da técnica de revogação parcial. E assim, procedendo fizeram subsistentes todos os dispositivos das leis anteriores que não tenham sido expressamente revogados, nem seja incompatíveis com os dispositivos novos”.

“ Como o artigo 10 da Lei Complementar n. 116/2003, que alberga a denominada cláusula de revogação, não faz referência ao § 1º, nem ao § 3º, do art. 9º, do Decreto-lei n. 406/68, é indubitosa a não revogação expressa desses dispositivos legais” (In, MACHADO, Hugo de Brito, O ISS DAS SOCIEDADES PROFISSIONAIS E A LC 116/2003).

Deste modo, o Decreto-lei 406/68, recepcionado pela Carta de 1988, com status de lei complementar, tem o condão de tornar ineficazes as disposições que lhe contrariam, com, por exemplo, o Código Tributário Municipal, no pagamento das sociedades uniprofissionais de valor decorrente de alíquota variável e não fixa como pretende a impetrante.

Ressalte-se que a Constituição Federal em seu artigo 37 menciona a legalidade como princípio aplicável para toda a Administração Pública de todos os poderes e de todos os entes estatais. A legalidade, como princípio da Administração, não se confunde com a legalidade no sentido que se expressa para os particulares. Na vida privada impõe a noção de liberdade dos atos e contratos, que serão válidos ainda que praticados de uma forma livre, desde que a lei não exija determinada solenidade como sendo essencial.

Para a Administração Pública, a legalidade é interpretada de outra forma. Os atos decorrentes da atividade administrativa do Estado só serão válidos quando praticados de acordo com a lei. É a regra da indisponibilidade do interesse público.

Declaro, dessarte, incidentalmente, a inconstitucionalidade da alteração do artigo 33 Código Tributário Municipal, dada pela Lei 8.293/03, no que se refere à tributação ad valorem das sociedades de advogados domiciliadas nesta cidade de Belém.

Isto posto, julgo procedente o pedido para confirmar a liminar e conceder a segurança pleiteada para determinar que as sociedades de advogados da Cidade de Belém sejam tributadas per capita e não ad valorem, na forma dos §§ 1º e 3º do artigo 9º do Decreto-lei 406/68.

Custas pela impetrada.

Sem honorários advocatícios, nos termos das Súmulas 105 do STJ e 512 do STF.

Findo o prazo do recurso voluntário, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Pará, para o



reexame necessário.

Oficie-se a Câmara Isolada competente para julgar o AI interposto, para comunicar-lhe da presente sentença, bem como de eventual prevenção para julgar em grau de recurso o presente mandamus.

Para efeitos da resolução 004/2006, anote-se como A.

PRIC.

Belém, 30 de novembro de 2.007.

Valdeir Salviano da Costa

Juiz de Direito Auxiliar.

CERTIDÃO

CERTIFICO E DOU TÊ QUE O DESPACHO SUPRA FOI RESENHADO EM 16/12/2007, E PUBLICADO DO DIÁRIO DA JUSTIÇA EM, 12/12/2007, PARA EFEITO DE INTIMAÇÃO DOS ADVOGADOS HABILITADOS NOS PRESENTES ACRIS.

BELÉM-PA., 12/12/2007.

FATIMA FRANCA
DIRETORA DE SECRETARIA