MODELO DE PETIÇÃO

**AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISS DEPOSITADO A MAIOR. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. LABORATÓRIO. INICIAL**

**Rénan Kfuri Lopes**

Exmo. Sr. Juiz de Direito da Vara de Fazenda Pública e Registros Públicos de ...

(nome, qualificação, endereço, CPF e e-mail), por seus advogados *in fine* assinados, *ut* instrumento de procuração anexo (doc. n. ...), vem, respeitosamente, à presença de Vossa Excelência, aforar em face de ..., a presente AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO, em face de (nome, qualificação, endereço, CNPJ e e-mail), pessoa jurídica de direito público interno, na pessoa do seu representante legal, pelas razões de fato e de direito a seguir aduzidas:

**I- FATOS E DIREITO**

1. Como se depreende do seu Contrato Social, a ... tem como objetivo social “*prestar ao público exames laboratoriais de anátomos patológicos, cito-patológicos e prevenção ao câncer*”.

2. Com efeito, é uma sociedade profissional para a prestação de serviços uni profissionais, onde seus sócios assumem responsabilidade pessoal perante seus pacientes.

3. Por ser contribuinte do ISSQN (imposto sobre serviços de qualquer natureza), que é um tributo de competência dos municípios, conforme previsão do inciso III, do art. 156, da Constituição Federal, e por ha ver uma divergência na época junto ao Município de ... quanto à base de cálculo do referido tributo, a empresa ...impetrou no ano de ... um mandado de segurança (autos n. ...), contra ato do Secretário Municipal de Finanças do Município de ..., tendo sido concedida a segurança para assegurar à mesma o direito de promover o recolhimento do ISSON com base no número de profissionais a ela vinculados, sejam sócios ou empregados, mediante a aplicação de alíquota fixa, em consonância com o art. 9, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68, contrariando o entendimento do Município de ..., que exigia o tributo utilizando a base de cálculo sob um percentual fixo (alíquota), incidente sobre seu movimento econômico-financeiro.

4. A segurança foi concedida, tendo o Município de ... interposto recurso de apelação contra a sentença (Apelação Cível n. ... - Relator Desembargador ...), a qual foi mantida pelo TJMS, cujo acórdão teve a seguinte ementa:

*“APELAÇÃO CÍVEL E RECURSO EX OFFICIO MANDADO DE SEGURANÇA ISSON SOCIEDADE CONSTITUIDA APENAS POR MEDICOS SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL FORMA ESPECIAL DE TRIBO TAÇÃO DIREITO AO PRIVILEGIO PREVISTO NO S 3 DO ART. 9º DO DECRETO N. 406/68 SENTENÇA MANTIDA RECURSOS VOLUNTÁRIO E CARIGATORIO IMPROVIDOS.”*

5. A sociedade por quotas de responsabilidade limitada, formada por sócios da mesma classe profissional, com responsabilidade pessoal, tem caráter de sociedade uniprofissional e, nesta condição, se beneficia do tratamento fiscal diferenciado, previsto no Decreto-lei 406/66.

6. Interposto recurso especial contra o referido acórdão, o mesmo não foi admitido, transitando em julgado o acórdão em ....

7. Enquanto tramitava o mencionado *mandamus*, ciente da mutabilidade das relações e da dinâmica do direito, com o receio de eventual improcedência na ação, promoveu o depósito do ISS sobre o faturamento (da forma como entendia o Município de ...), tendo em vista que, caso fosse a segurança ao final denegada, inclusive por instâncias superiores, estaria resguardada de um desembolso vultuoso com os acréscimos de juros, multa e correção monetária.

8. Com o intuito de receber os depósitos feitos a maior, a ... formulou pedido neste sentido para o julgador do mandado de segurança, porém este, equivocadamente, indeferiu a expedição de alvará para levantamento dos valores depositados em juízo.

9. Formulou novo pedido, esclarecendo acerca dos valores depositados em juízo, tomando por base a totalidade do faturamento, e também esclareceu que, apesar da liminar deferida, os tomadores de serviço não deixaram de reter o imposto inexigível, eis que os terceiros eram incumbidos de efetuar o pagamento do ISS retido em nome da própria empresa ...

10. Após oitiva do Município de ..., através da decisão de fls. n. ... nos autos do mandado de segurança, o juiz indeferiu o pedido de levantamento da diferença depositada e da restituição dos pagamentos a maior, entendendo que, “*na via estreitíssima e inadequada do mandado de segurança, e pior, depois do trânsito em julgado da sentença o pedido da impetrante de compensação tributária e/ou restituição do tributo pago a maior (quer seja por ação própria ou por descumprimento da ordem mandamental pelos tomadores de serviço) não é admissível sequer para ser considerado, em sede de mandado de segurança*”.

11. Assim, apenas por questão processual, não foi possível obter a restituição do ISS depositado em juízo a maior, bem como o retido pelos tomadores de serviço, ficando estabelecido naquela ação que era preciso buscar tal pleito em outra ação.

12. Efetivou-se ainda em ... de ... na esfera administrativa um novo pedido para recebimento dos valores devidos, promovendo-se a abertura do Processo Administrativo n.... (cuja cópia integral segue em anexo), no qual, infelizmente, em ... de ..., não foi acatado pela Administração, razão pela qual se faz necessário o ajuizamento da presente, que é a medida própria para obter a repetição do indébito.

**II. DA REPETIÇÃO DO INDÉBITO.**

13. O art. 165 do CTN elenca três hipóteses em que o sujeito passivo da obrigação tributária tem direito à restituição total ou parcial de tributo. Na verdade, essas hipóteses se resumem numa só, qual seja a exigência tributária em desconformidade com a lei. Por isso, a repetição repousa no principio da legalidade tributária, e não, no princípio do enriquecimento ilícito, comumente invocado pela doutrina clássica. Quem pagou a mais do que determina a lei, tem direito à restituição da importância excedente; quem pagou a menos, sujeita-se ao lançamento complementar com incidência de multa e juros.

14. Resta incontroverso que a empresa A. impetrou mandado de segurança, onde foi deferida a liminar e ao final foi concedida a segurança (com decisão já transitada em julgado), garantindo à mesma o direito de promover o recolhimento do ISSQN com base no número de profissionais a ela vinculados, sejam sócios ou empregados, mediante a aplicação de alíquota fixa, em consonância com o art. 9°, § 1º e 3º, do Decreto-lei n.º 406/68, contrariando o entendimento do Município de ..., que exigia o tributo utilizando a base de cálculo sobre um percentual fixo. incidente sobre seu movimento econômico-financeiro.

15. Com receio de ser vencida na ação, ao invés de depositar em juízo os valores conforme lhe assegurava a liminar então deferida, optou por depositar o tributo utilizando como base de cálculo um percentual fixo sobre o faturamento, da forma como estava sendo exigido pelo Município.

16. Com o êxito da ação mandamental, tem o direito de ser restituída da diferença dos valores depositados em juízo a maior.

17. Ao final dos autos do mandado de segurança, o Município de ... levantou a totalidade dos valores depositados, através de alvará expedido em seu nome, o que se mostra contrário à própria sentença transitada em julgado, bem como ao tributo no qual tinha direito.

18. Ainda que a empresa ... tivesse em seu favor uma li minar, garantindo o direito de depositar o ISS sobre o número de profissionais a ela vinculado, mas tenha efetuado os depósitos em juízo de valores sobre o seu faturamento, agiu desta forma como precaução por eventual reforma da decisão que lhe era favorável.

19. Até porque o inciso I, do art. 165, do CTN, prescreve que o sujeito passivo tem direito à restituição total ou parcial do tributo na hipótese de:

*I. cobrança ou pagamento espontâneo de tributo indevido ou maior que o devido em face da legislação tributária aplicável, ou da natureza ou circunstâncias materiais do fato gerador efetivamente ocorrido;*

20. Com o trânsito em julgado da decisão favorável a ..., as diferenças dos valores deveriam ser devolvidas à mesma, porém o Município/..., mesmo ciente desta situação, discordou do pedido e ainda pleiteou o levantamento integral dos valores depositados.

21. Com a vênia devida, o Município tinha ciência de que não tinha direito ao levantamento integral dos valores.

22. A justificativa do juiz ao deferir o pedido de levantamento dos numerários depositados em favor do Município foi que, em sede de mandado de segurança, não era possível aferir com exatidão os valores, pois isso demandaria numa análise probatória mais abrangente. Com isso, autorizou o levantamento em favor da Fazenda Pública Municipal, mesmo ciente da divergência quanto aos valores.

23. Não se olvida da natureza especial e uníssona do mandado de segurança, no qual o direito material de quem pleiteia sua concessão deve ser comprovado de plano, sem dilação probatória. Todavia, tal assertiva serve para efeitos do reconhecimento do direito líquido e certo do impetrante, bem como para demonstrar o próprio ato coator.

24. No caso dos autos, nada impedia que se analisasse, mesmo por prova pericial, diante da divergência, e em razão do depósito firma do pela empresa sobre o faturamento, quais seriam os valores que deveriam ser repassados ao Município, com base na sentença transitada em julgado, e quais os valores que deveriam ser restituídos à empresa.

25. A prova pericial seria no cumprimento de sentença, e não no reconhecimento do direito subjetivo da impetrante.

26. Assim, é preciso reconhecer 3 (três) situações: a) a empresa ... tem direito à restituição das diferenças depositadas a maior nos autos do mandado de segurança n. ..., sendo esta diferença capitulada entre o crédito apurado sobre o número fixo de profissionais vinculados à empresa ... e o depositado com base no faturamento da empresa; b) deve ser restituída dos valores retidos pelos tomadores de serviço, eis que, mesmo com a liminar que favorecia a ..., não deixaram de reter o imposto inexigível, pois eram eles (terceiros) os responsáveis em efetuar o pagamento do ISS retido em nome da própria empresa ...; e) deve ser restituída dos valores recolhidos a maior no período de ... (...) anos anteriores ao ajuizamento do mandado de segurança n. ..., ou seja, desde ... de ....

27. Tais valores perfaziam, até ... de ..., a importância de R$... (...).

**III. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS**

28. A atualização monetária incide desde a data do pagamento indevido do tributo (Súmula 162-STJ[[1]](#footnote-1)). Para os respectivos cálculos, devem ser utilizados, unicamente, os indexadores instituídos por lei para corrigir débitos e/ou créditos de natureza tributária.

**IV. PEDIDOS**

29. ***Ex positis***, requer a V. Exa. que:

a) determine a citação do ... para, querendo, no prazo legal, contestar a presente ação;

b) seja julgada procedente a presente ação, para o fim de condenar o Município ... em restituir à ...: 1) as diferenças deposita das a maior nos autos do mandado de segurança n. ..., sendo esta diferença capitulada entre o crédito apurado sobre o número fixo de pro fissionais vinculados à empresa ... e o depositado com base no faturamento da empresa; 2) dos valores retidos pelos tomadores de serviço, eis que, mesmo com a liminar que favorecia a ..., não deixaram de reter o imposto inexigível, pois eram eles (terceiros) os responsáveis em efetuar o pagamento do ISS retido em nome da própria empresa ...; 3) dos valores recolhidos a maior no período de 5 (cinco) anos anteriores ao ajuizamento do mandado de segurança n. ..., ou seja, desde ..., cujo montante total até ... perfazia a importância de R$ ... (...), sendo que a diferença será apurada em liquidação de sentença;

c) pede-se, por decorrência da procedência da ação, que seja permitido à ... que promova alternativamente a compensação com tributos devidos ao Município de ...;

d) seja a R. condenada nas custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 20% sobre os valores que serão restituídos.

e) a produção de todos os meios de provas em direito admitidos, sem qualquer exceção.

Valor da causa: R$ ... (...)

Pede Deferimento.

(Local e data)

(Assinatura e OAB do Advogado)

1. Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido. [↑](#footnote-ref-1)