



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000007732

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1044113-23.2024.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante KEBETO SERVICOS ODONTOLOGICOS LTDA, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), RICARDO CHIMENTI E MARCELO L THEODÓSIO.

São Paulo, 9 de janeiro de 2025.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 30248/2024

18ª CÂMARA DE DIREITO PÚBLICO

APELAÇÃO Nº 1044113-23.2024.8.26.0053

APELANTE: KEBETO SERVIÇOS ODONTOLÓGICOS LTDA

APELADO: MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO – ISS – Sociedade uniprofissional – Pretensão ao enquadramento no regime tributário especial – Demonstrado o interesse de agir por parte da autora-apelante – Inexistência de prévio pedido administrativo – Desnecessidade – Requerimento administrativo que decorre do direito fundamental de petição – Faculdade que não obsta a discussão judicial ou mesmo revisão de eventual decisão administrativa – Princípio constitucional da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV) – Possibilidade de se pleitear tutela preventiva, reparatória ou meramente declaratória – Precedentes do C. STJ e deste E. TJSP – RECURSO PROVIDO.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídica ajuizada por **Kebeto Serviços Odontológicos Ltda** contra o **Município de São Paulo**. Narra a impetrante que é sociedade limitada cujo objeto social é a prestação de serviços médicos em odontologia e que faz jus ao recolhimento do ISS pelo regime das Sociedades Uniprofissionais (SUP). Alega que, com o advento da nota fiscal eletrônica, está obrigada a emitir o referido documento com a tributação de 2% sobre o preço do serviço. Assim, busca a procedência da ação para ser tributada pela alíquota fixa, nos termos do disposto no art. 9º, § 3º do Decreto-Lei 406/68.

Conforme a r. sentença de fls. 100, a ação foi extinta sem julgamento de mérito sob fundamento de que se faz necessário o prévio pleito administrativo para, então, haver a prestação jurisdicional.

Inconformada, recorre a autora (fls. 103/111). Defende

ser equivocado o indeferimento da petição inicial uma vez que, conforme entendimento do STJ, o contribuinte não está obrigado ao prévio pleito administrativo. Alega que o direito de ação é um direito público subjetivo do cidadão, expresso na Constituição Federal de 1988 em seu art. 5º, XXXV e todos têm acesso à justiça para postular tutela jurisdicional, seja preventiva ou reparatória. Requer o provimento do recurso para que seja admitida a petição inicial, para que haja retorno dos autos à primeira instância e regular prosseguimento do processo.

Contrarrazões às fls. 127/133.

É o relatório.

De rigor o provimento do recurso.

A Constituição Federal estabeleceu o princípio da inafastabilidade da jurisdição (art. 5º, XXXV), de modo que *“a lei não excluirá da apreciação do Poder Judiciário lesão ou ameaça a direito”*. Pressuposto à inafastabilidade da jurisdição está o princípio da exclusividade da jurisdição, ou seja, que apenas aos órgãos do Poder Judiciário incumbe o exercício do poder jurisdicional.

Com efeito, inegável a possibilidade de impugnar administrativamente os atos da própria administração, expressão do direito constitucional fundamental de petição aos órgãos do poder público (art. 5º, XXXIV, a). Contudo, não se pode perder de vista o fato de que questões suscitadas administrativamente, inclusive em processo administrativo, decididas ou não, podem ser apreciadas ou mesmo reapreciadas pelo Poder Judiciário, que não se vincula de qualquer forma ao entendimento anterior expresso pelas autoridades administrativas.

Desta feita, tenha ou não havido apreciação em sede administrativa, é incabível impedir que a autora-apelante suscite a matéria perante o Poder Judiciário, sob pena de violar seu direito constitucional de ação.

Com efeito, a sistemática jurídica brasileira admite o

direito de ação para pleitear tutela preventiva, reparatória ou meramente declaratória. Nesse sentido, os seguintes dispositivos do Código de Processo Civil:

Art. 3º. Não se excluirá da apreciação jurisdicional **ameaça ou lesão** a direito.

Art. 20. É **admissível a ação meramente declaratória**, ainda que tenha ocorrido a violação do direito.

Em caso análogo, o C. STJ já entendeu que, mesmo sem prévio pedido administrativo, o contribuinte pode socorrer-se do Poder Judiciário. Nesse sentido, o princípio da inafastabilidade é amplo, não se exigindo prévia lesão de direito para que esteja caracterizado o interesse de agir:

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).

No mesmo sentido, este E. Tribunal assim julgou:

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA – ISSQN – Sociedade Uniprofissional – Prestação de serviços médicos – **Interesse processual - Inexistência da obrigatoriedade de formular pedido administrativo antes do pedido judicial** - Princípio da inafastabilidade da jurisdição - CF, art. 5º, inc. XXXV - Pretendido recolhimento do tributo na forma fixa, como faculta o art. 9º, do DL nº 406/68 – Sociedade Limitada Unipessoal – Ausência de organização dos fatores de produção – Prestação de serviço especializado com pessoalidade – Caráter empresarial afastado – Aplicabilidade do tratamento diferenciado – Precedentes do STJ – Sentença mantida. Recurso desprovido. (TJSP; Apelação Cível 1054866-44.2021.8.26.0053; Relator (a): Octavio Machado de Barros; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 2ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 21/03/2022; Data de Registro: 21/03/2022).

Desta feita, é inegável a utilidade que o processo judicial pode trazer ao contribuinte, restando demonstrado o interesse de agir da apelante.

Portanto, deve ser dado provimento ao recurso para que os autos sejam remetidos à instância de origem para fins de regular processamento e julgamento dos pedidos iniciais.

Ante o exposto, **DÁ-SE PROVIMENTO ao reexame necessário**, nos termos do v. acórdão.

HENRIQUE HARRIS JÚNIOR
Relator