

AS SOCIEDADES UNIPROFISSIONAIS E O IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA NO REGIME FIXO

*Ari Boemer Antunes da Costa**

1 INTRODUÇÃO

Muitas sociedades pleiteiam garantia de direito líquido e certo, nos termos da legislação tributária pertinente (artigo 9º §§ 1º e 3º do Decreto Lei 406/1968), este consistente no enquadramento como Sociedades Uniprofissionais para que possam gozar da tributação fixa anual do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.

2 SOCIEDADES UNIPROFISSIONAIS

O Código Civil estabelece a classificação das sociedades, considerando-as empresárias ou simples (art. 982), deixando de priorizar, portanto, o aspecto

* Mestre em direito, especialista em direito empresarial, direito tributário e direito processual; Professor de direito empresarial, direito financeiro e tributário e teoria geral do processo; Advogado e procurador jurídico do município de Marília/SP.

civil ou comercial da sociedade e passando a valorá-la sob a ótica da forma de seu exercício, ou seja, do meio utilizado pelos sócios para alcançar os objetivos sociais.

O cerne da conceituação do empresário e da sociedade empresária encontra-se no exercício de uma atividade econômica organizada, distinta do profissional autônomo e do empresário individual

Com as sociedades empresárias, as atividades econômicas deste jaez se apoiam numa organização coordenada e dirigida, e que é a própria empresa. Já nas sociedades simples sua atividade, prevalentemente, se desenvolve a partir do trabalho pessoal dos próprios sócios.

Algumas características, individualmente ou em conjunto, podem demonstrar o caráter empresarial de uma sociedade, o que leva ou pode levar a descaracterização da sociedade simples (JUDICE).

- Participa como sócio de pessoa jurídica ou tem em seu capital social participação de pessoa jurídica;
- Distribui lucros proporcionais ao valor das cotas e não aos serviços prestados pelos sócios;
- Tem estrutura organizacional departamentalizada;
- Possui máquinas e equipamentos para consecução dos serviços propostos;
- Apresenta relevante receita proveniente dos serviços prestados através dos equipamentos (ativo imobilizado) que possui;
- Utiliza grande quantidade de propaganda;
- Tem razoável número de auxiliares em áreas de apoio à atividade principal da sociedade;
- Subcontrata serviços da mesma especialidade para qual foi contratada;
- O processo de produção é segmentado em diversas etapas e feitos por diferentes profissionais

(JUDICE, .

Outros interessantes elementos que podem descaracterizar uma sociedade uniprofissional que é a cláusula geral de limitação de responsabilidade (artigo 1.052 do Código Civil), posto que na sociedade simples esta é pessoal; ou seja, os profissionais devem assumir pessoalmente a responsabilidade pelas eventuais falhas na prestação de seus serviços (TOKARS)

Já a sociedade simples é um tipo societário criado como regra geral para as sociedades não empresárias. A sociedade simples é aquela organizada por, no mínimo duas pessoas, sendo que nesta espécie de sociedade não se

evidencia o exercício de uma atividade econômica organizada para a produção ou circulação de bens e serviços. Neste tipo de sociedade estão inseridas as chamadas sociedades uniprofissionais.

3 A DESCARACTERIZAÇÃO DA SOCIEDADE

Exemplo de quando uma sociedade deixa de ser simples para ser considerada empresária:

(...) o médico quando faz diagnóstico, ou dá a terapêutica, está prestando um serviço resultante da sua atividade intelectual, e por isso não é empresário. Entretanto, se ele organiza fatores de produção, isto é, une capital, equipamentos, trabalho de outros médicos, enfermeiros, técnicos, ajudantes, etc., e se utiliza de imóvel e equipamentos para a instalação de uma clínica ou hospital, seja pessoa física, seja pessoa jurídica, será considerado empresário, porque está, realmente, organizando os fatores de produção para produzir serviços. (MARCONDES)

O Superior Tribunal de Justiça tem pacificado seu entendimento no sentido de que se houver prova do caráter empresarial, o benefício do art. art. 9º do Decreto n 406/68, não tem condições de se manter, impondo à sociedade o pagamento de ISS na modalidade variável pelo serviço prestado.

Também o Superior Tribunal de Justiça entende que basta a pessoa jurídica estar constituída como sociedade limitada para perder o benefício (AgRg no Ag 1377532, publicado em 10 de junho de 2011, AgRg no REsp 1142393, publicado em 13 de junho de 2011, AgRg no REsp 1185792, publicado em 03/08/2010, AgRg no Ag 1349283, publicado em 14/12/2010, AgRg no REsp 1178984, publicado em 05/11/2010)

No mesmo sentido, o Supremo Tribunal Federal também já se pronunciou sobre o assunto, tendo decidido no Recurso Extraordinário nº 244.149-RJ, em que fora relator o então Ministro Sepúlveda Pertence, que “a tributação diferenciada do ISS para sociedades uniprofissionais não se aplica às sociedades em que ficar evidenciado o elemento empresa”.

Ou seja, há opção para os sócios de Sociedades Simples responsabilizarem-se solidária ou subsidiariamente, mas não de responsabilidade limitada:

A responsabilidade nesta espécie societária é subsidiária e ilimitada como deixa clara a disposição do art. 1.023. Isto significa que os sócios, uma vez exaurido o patrimônio social, respondem pessoalmente e sem limitação de valor, obedecida a proporção de sua participação ajustada. (VENOSA)

Constituída sociedade empresarial cuja responsabilidade do sócio é limitada a sua participação no capital social, está descaracterizado o caráter uniprofissional, que enseja a responsabilidade pessoal do sócio, afastando o benefício da tributação fixa. Neste sentido, a propósito, já decidiu o STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE LIMITADA. CARÁTER EMPRESARIAL. ART. 9º, §§ 1º e 3º, DO DL 406/1968. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou o benefício da tributação fixa do ISS instituído nos §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei 406/1968, pois concluiu, com base na prova dos autos, que a contribuinte tem estrutura empresarial.

2. A tributação fixa do ISS, prevista no art. 9º, § 3º, do DL 406/1968, somente se aplica quando houver responsabilidade pessoal dos sócios e inexistir caráter empresarial na atividade realizada.

3. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas (art. 1.052 do CC), o que afasta o benefício da tributação fixa. Precedentes do STJ.

4. A revisão desse entendimento demanda, como regra, reexame de fatos e provas e análise de cláusula contratual, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo Regimental não provido. (Processo: AgRg no AREsp 352877 ES 2013/0176784-1, Rel.: Ministro HERMAN BENJAMIN, Julgamento: 10/09/2013, Órgão Julgador: T2 - SEGUNDA TURMA, Publicação: DJe 25/09/2013)

O caráter empresarial decorre também da previsão em contrato social de regular distribuição de lucros aos sócios, tudo caracterizando a sujeição a incidência de ISSQN na taxa variável.

AGRAVO DE INSTRUMENTO AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA ISSQN SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. Recolhimento de ISSQN na forma dos parágrafos 1º e 3º do artigo 9º do Decreto-lei nº. 406 /68 Alíquotas fixas Impossibilidade Há no contrato social da sociedade previsão de retirada de pró-labore e distribuição de lucros, fato que caracteriza mercantilidade Ausente prova inequívoca do direito alegado pela agravante. AGRAVO

NÃO PROVIDO) Processo: AI 1552565320118260000 SP 0155256-53.2011.8.26.0000, Rel. Des. Jarbas 14ª Câmara de Direito Público, Publicação: 28/10/2011

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. ISS. TRIBUTAÇÃO FIXA. ART. 9º, § 3º DO DL 406/68. SOCIEDADE DE MÉDICOS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE INDEFERE A PRETENSÃO ANTE O CARÁTER EMPRESARIAL DA CONTRIBUINTE (CLÍNICA DE ONCOLOGIA). REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. Constatado que a Corte de origem empregou fundamentação suficiente para dirimir a controvérsia, dispensando, portanto, qualquer integração à compreensão do que fora por ela decidido, é de se afastar a alegação de violação do art. 535 do CPC.

2. «As sociedades uniprofissionais somente têm direito ao cálculo diferenciado do ISS, previsto no artigo 9º, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, quando os serviços são prestados em caráter personalíssimo e, assim, prestados no próprio nome dos profissionais habilitados ou sócios, sob sua total e exclusiva responsabilidade pessoal e sem estrutura ou intuito empresarial» (REsp 866.286/ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 29.9.2010, DJe 20.10.2010).

3. No caso dos autos, o acórdão recorrido reconheceu o caráter empresarial da recorrente, clínica de oncologia que realiza consultas, cirurgias, quimioterapia, radioterapia e internamento.

Para esse mister, ponderou a organização por ela adotada para consecução dos diversos serviços médicos prestados, os quais, inclusive, demanda a participação profissionais auxiliares que a especialidade exige, o que, in casu, retira a pessoalidade do atendimento, bem como a sua constituição na forma de sociedade limitada.

4. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que as sociedades constituídas sob a forma de responsabilidade limitada, justamente por excluir a responsabilidade pessoal dos sócios, não atendem ao disposto no art. 9º, § 3º, do DL 406/68, razão por que não fazem jus à postulada tributação privilegiada do ISS.

5. A verificação acerca da natureza jurídica da sociedade formada pelo recorrente, se empresária, ou não, pressupõe o reexame de seus atos constitutivos e as demais provas dos autos, o que é vedado na estreita via do recurso especial ante os óbices estampados nas Súmulas 5 e 7/STJ. Precedentes: AgRg nos EDcl no Ag 1367961/PR, Rel.

Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 03/11/2011; AgRg no Ag 1.345.711/PR, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 11/03/2011; AgRg no Ag 1221255/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 02/02/2010; AgRg no REsp 1.003.813/SP, Rel.

Ministro Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 02/09/2008, DJe 19/09/2008; REsp 555.624/PB, Rel. Ministro Franciulli Netto, Segunda Turma, DJ 27/09/2004.

6. As alegações da sociedade contribuinte de que as suas atividades estão abrangidas no conceito de sociedade simples (art. 983 e 966, parágrafo único, do CC) não infirmam a circunstância considerada pelo Tribunal de origem de que ela possui, de fato, estrutura e intuito empresarial e, por isso, não faz jus à tributação fixa do ISS.

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 1275279/PR, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2012, DJe 10/08/2012)

A jurisprudência é firme no sentido de que identificando nas Sociedades Uniprofissionais caráter empresarial, não estarão elas sujeitas ao regime de tributação fixa do ISSQN.

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. SUPOSTA OFENSA AO ART. 3º DO CPC. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE LIMITADA. CARÁTER EMPRESARIAL. NÃO INCIDÊNCIA DO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. O Tribunal de origem entendeu, em suma, que “resta evidenciado que o referido profissional, que é sócio da apelante, assinou os recibos de f. 16/26 como representante desta, sendo desta forma a empresa Climedede S/C Ltda. parte legítima para figurar no polo passivo da execução fiscal”. Nesse contexto, para se adotar qualquer conclusão em sentido contrário ao que ficou expressamente consignado no acórdão atacado e se reconhecer a apontada violação ao artigo 3º do Código de Processo Civil, é necessário o reexame de matéria de fato, o que é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o disposto na Súmula n. 7/STJ.

2. A orientação da Primeira Seção/STJ pacificou-se no sentido de que o tratamento privilegiado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68 somente é aplicável às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial. Por tais razões, o benefício não se estende à sociedade limitada, sobretudo porque nessa espécie societária a responsabilidade do sócio é limitada ao capital social (AgRg nos EREsp 1182817/RJ, Rel. Min.

Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 29.8.2012).

3. Agravo regimental não provido.

AgRg no AREsp 420198 / PR - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0354695-0 - Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES (1141) -03/12/2013

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 EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0364483-5 - Ministro HUMBERTO MARTINS – 10/12/2013)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE LIMITADA. CARÁTER EMPRESARIAL. ART. 9º, §§ 1º e 3º, DO DL 406/1968. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou o benefício da tributação fixa do ISS instituído nos §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei 406/1968, pois

concluiu, com base na prova dos autos, que a contribuinte tem estrutura empresarial.

2. A tributação fixa do ISS, prevista no art. 9º, § 3º, do DL 406/1968, somente se aplica quando houver responsabilidade pessoal dos sócios e inexistir caráter empresarial na atividade realizada.

3. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas (art. 1.052 do CC), o que afasta o benefício da tributação fixa. Precedentes do STJ.

4. A revisão desse entendimento demanda, como regra, reexame de fatos e provas e análise de cláusula contratual, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

5. Agravo Regimental não provido.

AgRg no AREsp 352877 / ES AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2013/0176784-1 - Ministro HERMAN BENJAMIN (1132) - 10/09/2013

4 ATUAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA

O disposto no art. 9º, do Dec. Lei 406/68 não foi revogado pelas LC 56/1987 e 116/2003, sendo farta, neste sentido, a jurisprudência do STJ, em especial no REsp 1.184.606, Rel. Min. Eliana Calmon - DJ de 22/6/2010.

No entanto, também é corrente majoritária no Superior Tribunal de Justiça de que:

As sociedades uniprofissionais somente têm direito ao cálculo diferenciado do ISS, previsto no artigo 9º, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, quando os serviços são prestados em caráter personalíssimo e, assim, prestados no próprio nome dos profissionais habilitados ou sócios, sob sua total e exclusiva responsabilidade pessoal e sem estrutura ou intuito empresarial” (EResp 866.286/ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, julgado em 29.9.2010, DJe 20.10.2010)

Evidentemente se a sociedade se organiza empresarialmente deixa de ter o tratamento tributário de que trata o art. 9º, do Dec. Lei 406/68.

De fato, as Sociedade Uniprofissionais, desde que atendidos os pressupostos e requisitos da lei, são contribuintes do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza na modalidade fixa nos do Decreto-Lei 406/1968, conforme se destaca:

Art. 9º ...

...

§ 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.

Incumbe, desta forma, à Legislação Municipal, confirmar a norma geral (Constituição Federal: artigo 146 III c.c. 24 I e §1º), assim considerado o Decreto-Lei 406/1968 no que ainda vigente, bem como a atual Lei Complementar 116/2003.

Os demais itens estão dentro da atribuição normativa municipal, vez que, como diz Roque Antônio Carrazza, os municípios têm o direito subjetivo à autonomia e, destarte, ao pleno e livre exercício de suas competências tributárias, bem lastreado no artigo 30 da Constituição Federal.

O espectro de Sociedade Uniprofissionais são as pessoas jurídicas atuantes nos segmentos de medicina, biomedicina, terapia ocupacional, fisioterapia, fonoaudiologia, nutrição, obstetrícia, odontologia, ortóptica, próteses sob encomenda, psicanálise, psicologia e contabilidade.

Ocorre, no entanto, que muitas vezes a Fazenda Pública Municipal, em regular procedimento de fiscalização (artigo 194 e seguintes do Código Tributário Nacional) identifica Sociedade Uniprofissionais dentre os vários segmentos acima identificados de atividade, que, apesar de se revestirem das características de Sociedades Simples, são efetivamente Empresárias.

É inequívoco que às Sociedades Uniprofissionais se impõe legalmente o atendimento de todos os requisitos destacados na legislação pertinente.

Neste sentido, a fiscalização fazendária, no exercício de suas atribuições, deve proceder a notificação para apresentação de documentos, estes necessários para a averiguação do correto enquadramento legal.

É, portanto, de se considerar que o enquadramento de Sociedades Uniprofissionais no regime de tributação variável do ISSQN não pode ser

aleatório e muito menos geral, mas sim decorrente de legítimo procedimento de fiscalização onde se constata infringência às disposições legais pertinentes.

Quanto a alteração de enquadramento do regime fixo para o variável, não só a legislação e a doutrina amparam a atuação fazendária, o próprio Superior Tribunal de Justiça acabou por consolidar o entendimento:

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE LIMITADA. CARÁTER EMPRESARIAL. ART. 9º, §§ 1º e 3º, DO DL 406/1968. INAPLICABILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Hipótese em que o Tribunal de origem afastou o benefício da tributação fixa do ISS instituído nos §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei 406/1968, pois concluiu, com base na prova dos autos, que a contribuinte tem estrutura empresarial.
2. A tributação fixa do ISS, prevista no art. 9º, § 3º, do DL 406/1968, somente se aplica quando houver responsabilidade pessoal dos sócios e inexistir caráter empresarial na atividade realizada.
3. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas (art. 1.052 do CC), o que afasta o benefício da tributação fixa. Precedentes do STJ.
4. A revisão desse entendimento demanda, como regra, reexame de fatos e provas e análise de cláusula contratual, o que atrai o óbice da Súmula 7/STJ.
5. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no AREsp 352877 / ES - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL - 2013/0176784- Data do Julgamento: 10/09/2013 – Data da Publicação/Fonte: DJe 25/09/2013) – destaque nosso

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ISS. TRIBUTAÇÃO FIXA. ART. 9º, § 3º, DO DECRETO-LEI 406/68. CARÁTER EMPRESARIAL. RESPONSABILIDADE LIMITADA DOS SÓCIOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DE DIREITO LOCAL E DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. SÚMULA 280/STF.

1. Nos termos da jurisprudência pacífica do STJ, 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.
2. O recurso especial não é meio hábil para analisar suposta contrariedade a dispositivos constitucionais, sob pena de usurpação da competência do STF.
3. É inadmissível, em sede de recurso especial, apreciação de lei local. Incidência da Súmula 280/STF.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1366322 / SP - AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL 2012/0101171-1 – Data do Julgamento: 21/05/2013 – Data da Publicação/Fonte: DJe 28/05/2013)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE E OMISSÃO INEXISTENTE. INCONFORMISMO COM A TESE ADOTADA. ISS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO POR EMPRESA. MODIFICAÇÃO. INVIABILIDADE. SÚMULA 7/STJ. SOCIEDADE LIMITADA. ESPÉCIE SOCIETÁRIA EM QUE A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO É LIMITADA AO CAPITAL SOCIAL. PRECEDENTES. ISS. DEDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO. ANÁLISE DE LEI LOCAL. VEDAÇÃO. SÚMULA 280/STF.

1. Não ofende os arts. 165 e 458, incisos II e III, do Código de Processo Civil, o acórdão que fundamenta e decide a matéria de direito valendo-se dos elementos que julga aplicáveis e suficientes para a solução da lide.

2. Inexiste violação do art. 535 do CPC quando a prestação jurisdicional é dada na medida da pretensão deduzida, com enfrentamento e resolução das questões abordadas no recurso.

3. O Tribunal de origem concluiu que a recorrente enquadrava-se no item 22 da Lista Anexa do Decreto-Lei n. 406/68, ante a análise das provas constantes nos autos e da interpretação do contrato social. Com efeito, a modificação da referida conclusão demandaria reexame do acervo fático-probatório e do contrato contido dos autos, inviável em sede de recurso especial, sob pena de violação das Súmulas 5 e 7 do STJ.

4. Ademais, a orientação da Primeira Seção do STJ firmou-se no sentido de que o tratamento privilegiado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68 somente é aplicável às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial. Por essas razões, o benefício não se estende à sociedade limitada - caso dos autos -, sobretudo porque nessa espécie societária a responsabilidade do sócio é limitada ao capital social.

5. Segundo se observa dos fundamentos que serviram de base para a Corte de origem apreciar a controvérsia acerca dos valores dedutíveis da base de cálculo da exação, o tema foi dirimido no âmbito local (Lei Complementar Estadual n. 7/73), de modo a afastar a competência desta Corte Superior de Justiça para o deslinde do desiderato contido no recurso especial. Incidência da Súmula 280/STF.

Agravos regimentais de INSIDER 2 COMUNICAÇÕES S/C LTDA. e do MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE improvidos.

(AgRg no AREsp 156793 / RS - AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0227217-3 – Data do Julgamento: 07/03/2013 – Data da Publicação/Fonte: DJe 18/03/2013) – destaque nosso

Neste sentido, após notificadas as pessoas jurídicas em início de fiscalização para apresentação de documentos, após, ainda, diligências para constatação individualizada do devido enquadramento legal.

Portanto, a Fiscalização Municipal age no exercício do seu poder de fiscalização (Poder de Polícia), através dos quais a Administração Pública previamente acautela eventuais danos que poderiam advir da ação dos particulares (MELLO).

Em complemento:

... atividade da Administração Pública, expressa em atos normativos ou concretos, de condicionar, com fundamento em sua supremacia geral e na forma da lei, a liberdade e a propriedade dos indivíduos, mediante ação fiscalizadora, ora preventiva, ora repressiva, impondo coercitivamente aos particulares um dever de abstenção (“non facere”) a fim de conformar-lhes os comportamentos aos interesses sociais consagrados no sistema normativo. (MELLO)

Conveniente destacar que em nenhum momento se apura infração do Princípio Constitucional da Capacidade Contributiva (Constituição Federal: artigo 145 §1º), vez que se trata de preceito programático que não gera direito subjetivo para o contribuinte, que não poderá bater às portas do Judiciário pleiteando que determinado imposto ajuste-se ao seu perfil econômico (HARADA).

Resta, assim, evidenciado que não pode Poder Judiciário, agasalhar pretensões constatatadamente destoantes da legalidade, devidamente apuradas no regular exercício do Poder de Polícia da Fazenda Pública.

Deste modo, considerando que o Mandado de Segurança (Lei 12016/09) é o instrumento processual normalmente empregado por suposto ato coator da Autoridade Fazendária, é curial destacar que à impetrante atribui-se um momento único (que é o da petição inicial) para comprovar suas alegações de fato e que Não se desincumbindo desse ônus da prova, descabe o mandado de segurança, mantendo-se a presunção da legitimidade do ato atacado (CUNHA), é conclusiva a impossibilidade jurídica do acatamento da pretensão pela via do presente writ.

Para fazer jus a este regime diferenciado a sociedade deve demonstrar inequivocamente o direito líquido e certo que, na clássica definição de Hely Lopes Meirelles:

“é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao IMPETRANTE: se sua existência for duvidosa; se sua extensão ainda não tiver delimitada; se seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais... Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior, não é líquido nem certo, para fins de segurança”

De plano resta evidenciado que é imprescindível a demonstração de que o não enquadramento implica em ofensa a direito líquido e certo, o que habilita, inclusive, a impetração de Mandado de Segurança.

5 CONSIDERAÇÕES FINAIS

De todo o exposto, pode-se concluir que as Sociedades Uniprofissionais que desenvolvem atividades especificamente previstas na legislação estão sujeitas ao regime de tributação fixa do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN).

A Fazenda Pública, por sua vez, no exercício regular de sua atividade fiscalizatória deverá apurar se a Sociedade Uniprofissional atende aos requisitos para enquadramento do regime de tributação fixa.

Por fim, apenas as Sociedade Uniprofissionais irregulares e após a conclusão do Procedimento Fiscal estarão sujeitas ao regime de tributação variável do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza. Sem prejuízo, no entanto, da sujeição ao crivo do Poder Judiciário.

De qualquer outra forma está amparado pela legislação o direito líquido e certo ao regime fixo de tributação.

REFERÊNCIAS

CARRAZA, Roque Antônio. Curso de direito constitucional tributário. 23ª ed. rev., ampl. e atual - São Paulo: Malheiros, 2007.

CUNHA, Leonardo José Carneiro. A fazenda pública em juízo. 8º ed. rev., ampl. e atual – São Paulo: Dialética, 2010. P. 458)

HARADA, Kiyoshi. Direito financeiro e tributário. 22ª ed. rev. e ampl. – São Paulo: Atlas, 2013.

JUDICE, Maurício Portela. <http://bdjur.stj.gov.br/xmlui/bitstream/handle/2011/9593/ISSQN_e_Sociedades_de_Profissionais.pdf?sequence=1>

MEIRELLES, Hely Lopes Meirelles. Mandado de Segurança, Ação Popular, Ação Civil Pública, Mandado de Injunção, Habeas Data, 20ª Edição, Ed. Malheiros, São Paulo.

MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de direito administrativo. 20ª ed. rev. e atual. – São Paulo: Malheiros, 2006.

TOKARS, Fábio. <<http://www.conjur.com.br/2011-jun-07/criterioscaracterizacao-uniprofissionais-simples>>

VENOSA, Sílvio de Salvo. Direito Civil: direito empresarial. Vol. 8. São Paulo: Atlas, 2010