

**Ação anulatória de débito fiscal - Benefício fiscal  
- Vedação - Sociedade de pessoas - Atividade  
comercial - Alegação - Enfermeiro - Contratação  
- Habilitação profissional dos sócios -  
Atividade diversa**

Ementa: Apelação cível. Tributário. Benefício fiscal destinado às sociedades pessoais. Alegação de que a sociedade exerce atividades comerciais. Contratação de enfermeiro. Atividade diversa da habilitação profissional dos sócios. Art. 43 da Lei Complementar Municipal. Vedação do benefício fiscal. Sentença reformada. Recurso a que se dá provimento.

**APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0223.05.174473-6/001 -  
Comarca de Divinópolis - Apelante: Município de  
Divinópolis - Apelado: Núcleo Odontológico Sorrir Ltda.  
- Relator: DES. RONEY OLIVEIRA**

**Acórdão**

Vistos etc., acorda, em Turma, a 2ª Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, incorporando neste o relatório de fls., na conformidade da

ata dos julgamentos e das notas taquigráficas, à unanimidade de votos, EM DAR PROVIMENTO AO RECURSO.

Belo Horizonte, 1º de setembro de 2009. - Roney Oliveira - Relator.

### Notas taquigráficas

DES. RONEY OLIVEIRA - Trata-se de apelação cível (f. 250/256-TJ) interposta pelo Município de Divinópolis, em razão da sentença (f. 242/246-TJ), que, na ação declaratória anulatória de débito fiscal proposta pelo Núcleo Odontológico Sorrir Ltda., julgou procedente o pedido do autor.

O apelante sustenta, inicialmente, que a sentença, ao julgar procedente o pedido do autor de nulidade do débito fiscal, apresenta-se incompatível com os princípios constitucionais da legalidade e da moralidade.

Segundo o apelante, a empresa estava autorizada contratualmente a exercer atividades multiprofissionais, o que descaracteriza a forma pessoal de trabalho profissional. Alega que ficou demonstrada, por meio de prova testemunhal, a possibilidade que detinha a empresa de realizar a atividade de comércio e que o alvará inclusive permitia essa prática.

Afirma que a sociedade foi constituída sob a forma de sociedade empresarial, com o objetivo de prestar não só serviços odontológicos, como de outras especialidades, além de realizar atividade comercial.

Dessa forma, entende que a sociedade deva recolher o tributo na espécie ISS com base na receita bruta auferida, sem o privilégio da tributação favorecida. Pede que seja julgado procedente o recurso, para que a sentença seja reformada, no sentido de ser reconhecida a ausência do direito pleiteado pelo apelante.

Contrarrazões às f. 260/267-TJ.

É o relatório.

Conheço do recurso.

O apelante alega que o apelado não faz jus ao benefício fiscal previsto na Lei Complementar Municipal nº 007/91. Sustenta que o contrato social da sociedade, ora apelada, prevê multiplicidade de atividades, além da atividade comercial, o que a descaracteriza como sociedade civil e, portanto, não detentora do benefício fiscal.

Razão não assiste ao apelante. Prevê o art. 114 do CTN que o fato gerador da obrigação principal é “a situação definida em lei como necessária e suficiente à sua ocorrência”. Registre-se que a obrigação tributária só surge com a ocorrência do fato gerador somado a uma hipótese de incidência.

É sabido que o imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISSQN) é tributo de competência municipal, nos termos do art. 156, inciso III, da CR/88, Constituição da República, que incide sobre a efetiva prestação de serviços elencados em lei complementar à qual se submete a lei municipal.

Assim, o fato gerador do imposto municipal - ISSQN - deve ser a prestação de serviço definida em lei e, para que tal ocorra, é necessária a existência da efetiva, real e concreta prestação de serviços, não bastando a suposição acerca de tal fato.

Nesse sentido, é a jurisprudência deste eg. Tribunal de Justiça (TJMG):

Execução fiscal. Extinção. Não ocorrência de fato gerador da obrigação tributária. - O fato gerador do imposto municipal - ISSQN - deve ser a prestação de serviço definida em lei e, para que tal ocorra, é necessária a existência da efetiva prestação de serviços (TJMG - Apelação Cível nº 1.0024.01.579916-6/001 - Relator: Des. Geraldo Augusto - p. no DJ de 12.02.2003).

No mesmo sentido, é a jurisprudência do colendo Superior Tribunal de Justiça (STJ) que afirma ser necessária a apreciação da matéria fático-probatória, para a aferição do caráter mercantil da sociedade:

Processual civil e tributário. ISSQN. Decreto-lei 406/68. Sociedades multiprofissionais (prestação de serviços de contabilidade e de informática). Acórdão fundado em interpretação de cláusula contratual e probatória. Súmula 7/STJ. 1. - A sociedade civil somente faz jus ao benefício previsto no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68 desde que preste serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial (AG 458.005-PR, DJ de 04.08.2003, Rel. Min. Teori Zavascki; REsp 456.658-ES, DJ de 19.12.2003, Rel. Min. Franciulli Netto; REsp 334.554-ES, DJ de 11.03.2002, Rel. Min. Garcia Vieira). 2. O Juízo Singular, ao proceder à análise do contexto fático-probatório dos autos, consignou que: ‘Examinando concretamente o caso dos autos, verifica-se pela quarta alteração contratual da embargante (f. 77/80 e 114117), vigente no ano de 1996, que seu objetivo social é o da prestação de serviços em dois campos profissionais nitidamente distintos: a contabilidade geral e a computação (cláusula décima), havendo profissionais responsáveis técnicos igualmente distintos (Cláusula Décima Primeira). [...] Resulta, assim, que apenas parte da receita de prestação de serviços da embargante está sujeita ao ISS pelo preço do serviço: a receita dos serviços de computação. Os serviços de contabilidade ficam sujeitos à tributação por profissional habilitado na forma do § 1º, ou seja, por meio de ‘alíquotas fixa ou variáveis’, [...] ‘não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio Trabalho’. [...] Do exposto, resulta que a certidão que instrui a inicial da execução carece de liquidez e certeza por ser originada de um cálculo que fez incidir a alíquota do imposto sobre a receita total da embargante.’ 3. Dessume-se, portanto, que restou assente, na instância ordinária, que a empresa não se caracteriza como sociedade empresarial, fazendo jus ao tratamento tributário previsto no § 3º do art. 9º do Decreto-lei 406/68, no que pertine aos serviços de contabilidade que realiza. 4. Conseqüentemente, a insurgência especial implica no indispensável reexame de matéria fático-probatória, para aferir a natureza empresarial ou não da sociedade prestadora de serviço profissional elencado no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68, o que é vedado nesta via, ante o óbice inserto na Súmula 7/STJ. 5. Recurso especial não co-

nhecido (STJ - REsp nº 855483 - Rel. Min. Luiz Fux - p. no DJ de 12.09.2008).

Entretanto, como consta nos autos (f. 102-TJ), a apelada afirmou que a sociedade contratou, através de terceirização, um enfermeiro. Tal fato foi confirmado pela apelada em outras ocasiões (f. 264-TJ) "Irrelevante o fato de a autora ter eventualmente prestado serviço de enfermagem, que constitui serviço profissional autônomo sujeito à mesma tributação".

De acordo com o § 7º, alínea a, da Lei Complementar nº 007/91:

§ 7º. As sociedades mencionadas no § 4º (quarto), para usufruírem dos benefícios ali previstos, deverão ser constituídas por sócios com a mesma habilitação profissional, que efetivamente prestem serviços à empresa, vedado o benefício quando: a) a empresa tenha atividade diversa da habilitação profissional dos sócios.

Assim, tem-se que a contratação de um profissional cuja prestação de serviços é diversa da habilitação profissional dos sócios consiste em uma exceção à concessão do benefício. Isso porque a sociedade passou a ter atividade diversa da habilitação profissional dos sócios, qual seja serviço de enfermagem.

Por mais que a apelada fale em prestação eventual, tal afirmativa não foi provada, o que impossibilita a aferição do lapso temporal em que não houve a prestação do serviço, para a consequente concessão do dito benefício fiscal.

Isso posto, dou provimento ao recurso, para reformar a r. decisão de primeiro grau e julgar improcedentes os pedidos iniciais, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

Custas, pelo apelado, na forma da lei.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES CARREIRA MACHADO e BRANDÃO TEIXEIRA.

*Súmula* - DERAM PROVIMENTO AO RECURSO.

...