

Centro Integrado de Imagem Sociedade Simples Ltda. -
 Autoridade coatora: Secretário Municipal de Saúde Poços
 Caldas - Relator: DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA

Acórdão

Vistos etc., acorda, em Turma, a 5ª 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 CONFIRMAR A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

Belo Horizonte, 4 de dezembro de 2008. - *Dorival Guimarães Pereira* - Relator.

Notas taquigráficas

DES. DORIVAL GUIMARÃES PEREIRA - Trata-se de apelação à sentença de f. 268/271-TJ, sujeita ao duplo grau de jurisdição, proferida em autos de mandado de segurança impetrado por Cim Centro Integrado de Imagem Sociedade Simples Ltda. contra ato do Secretário da Fazenda Municipal de Poços de Caldas, em que objetiva o reconhecimento do direito de recolher o ISSQN com base no número de profissionais habilitados, na forma prevista no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68, tendo o referido *decisum* concedido a segurança, determinando que "a autoridade coatora se abstenha dos atos de constrangimento e observe no lançamento do ISSQN o disposto no § 3º do art. 9º do Decreto-lei 406/68" (*litteris*, f. 271-TJ), o que ensejou a irrisignação do Município de Poços de Caldas, que interpôs seu recurso, alegando que a Lei Complementar Municipal nº 91/07 impede a concessão da tributação diferenciada ao apelado, já que ele possui oito empregados sem formação qualificada, ao passo que a legislação municipal estabelece um limite de cinco, tudo consoante as razões despendidas às f. 275/282-TJ.

Conheço do recurso voluntário e da remessa necessária por atendidos os pressupostos que regem suas admissibilidades.

Cuidam os autos de ação mandamental, sustentando a impetrante fazer jus à tributação diferenciada do ISSQN, por consistir em sociedade civil de prestação de serviços na área radiológica, incidindo o tributo na forma do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68, ou seja, em valor fixo e proporcional ao número de profissionais habilitados, e não sobre o seu faturamento bruto, como pretende o apelante.

O digno Julgador de origem houve por bem conceder a segurança, ao argumento de que:

os interesses dos sócios na sociedade têm a mesma feição, ou seja, exercem a prestação de serviços na profissão de medicina, na área de radiologia, o que torna impossível vis-

Mandado de segurança - ISS - Sociedade prestadora de serviços médicos radiológicos - Sócios - Responsabilidade pessoal e individual - Caracterização - Lei municipal - Restrição de direitos constitucionais - Impossibilidade - Concessão da segurança - Manutenção - Art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/1968 - Lei Complementar Municipal nº 91/2007 - Lei Complementar nº 116/03 e art. 146, III, da Constituição Federal

Ementa: Constitucional, tributário e processual civil. Mandado de segurança. ISSQN. Sociedade que presta serviços médicos radiológicos. Caracterização da responsabilidade pessoal e individual dos sócios. Lei municipal. Impossibilidade de restringir direitos constantes da Constituição da República. Concessão da segurança. Manutenção. Inteligência do art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/1968, Lei Complementar Municipal 91/2007, Lei Complementar nº 116/03 e art. 146, III, do Texto Constitucional.

- Faz jus à tributação especial, baseada no número de profissionais habilitados, a sociedade empresarial, cujos sócios promovem, pessoalmente, sob caráter permanente, os serviços para os quais estão habilitados.
- Não pode lei municipal restringir nem limitar direitos previstos em norma hierarquicamente superior, notadamente a Carta Magna, tendo em vista a reserva à lei complementar.

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1.0518.06.104991-3/001 - Comarca de Poços de Caldas - Remetente: Juiz de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Poços Caldas - Apelante: Município de Poços Caldas - Apelado: Cim -

lumbrar a separação de interesses individuais, ou seja, as cláusulas do contrato social revelam a caracterização de sociedade uniprofissional. Ademais, os sócios detêm participação acionária equilibrada, reforçando o seu caráter não empresarial, merecendo tratamento tributário privilegiado (*litteris*, f. 270-TJ).

A discussão travada nestes autos refere-se ao enquadramento do apelado como sociedade profissional, ou seja, a verificação se seus sócios prestam serviços sob a forma de trabalho pessoal ou empresarial, para posterior definição acerca da aplicação da tributação disposta no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/1968, que assim dispõe:

Art. 9. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. [...]
§ 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.

Como se vê, as sociedades profissionais possuem tratamento apartado, devendo cada profissional recolher o ISS em nome próprio, não se levando em conta a remuneração do próprio trabalho, em função da “Teoria da Desconsideração da Pessoa Jurídica”.

Para fazer jus a essa forma especial de incidência do imposto, é essencial que o objetivo social da sociedade seja a prestação de serviços compreendidos na habilitação profissional de seus sócios, pois esses devem prestá-los de forma personalíssima, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial.

In casu, conforme dispõe o contrato social da postulante (f. 32/36-TJ), o objetivo é “a prestação de serviços na área radiológica”, possuindo quatro sócios, todos médicos e com a mesma participação nas cotas sociais.

A propósito, vale citar entendimento do colendo Superior Tribunal de Justiça, como se constata do aresto adiante trazido à colação:

As sociedades civis, para terem direito ao tratamento privilegiado previsto no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68, têm que ser constituídas exclusivamente por médicos, ter por objeto social a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial (1ª T., REsp nº 158.477/SC, Rel. Min. Garcia Vieira, DJU 08.06.1998, p. 38).

O requisito consistente na obrigatoriedade de a empresa ser constituída, exclusivamente, por médicos foi cumprido por parte da impetrante, assim também ocorrendo em relação ao objeto social ser a prestação de serviço especializado, além de restar patente nos autos a responsabilidade pessoal de cada profissional e sem caráter empresarial.

Tendo em vista o preenchimento dos requisitos exigidos pelo Decreto-lei 406/1968, cumpre salientar que a impetrante já era beneficiada pelo regime que excepcionava o recolhimento do ISSQN até a edição da Lei Complementar Municipal 91, que passou a estabelecer novas condições para a concessão de tal benefício.

Afirma o apelante que o ISS deve ser recolhido sobre o faturamento da empresa, já que ela possui oito empregados sem formação qualificada, enquanto que a novel legislação somente admite um limite de cinco empregados para que a sociedade permaneça com a forma especial de tributação.

Contudo, a Carta Magna, em seu art. 146, III, reservou à lei complementar a definição de fatos geradores, bases de cálculos e alíquotas dos tributos, sendo certo que norma municipal posterior não pode limitar ou restringir direitos previstos em norma hierarquicamente superior.

Também não se diga que a Lei Complementar nº 116/03 teria afastado a regra da tributação especial prevista no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68, já que não houve revogação expressa e inexistente qualquer preceito incompatível entre as referidas normas.

Este egrégio Tribunal possui precedentes sobre a matéria ora discutida, notadamente em relação às exigências constantes da Lei Complementar nº 91, do Município ora apelante, sendo válido transcrever as seguintes ementas, *verbis*:

Mandado de segurança - Cabimento - Recurso - Legitimidade - ISS - Base de cálculo - Sociedade uniprofissional - Médico e fisioterapeuta. 1. Sociedade profissional, sem caráter empresarial, integrada por médico e fisioterapeuta, para a prestação de serviços especializados, com responsabilidade pessoal beneficia-se do tratamento diferenciado previsto no Decreto-lei 406/68, art. 9º, §§ 1º e 3º. Inviabilidade de sua revogação por lei de âmbito local. O mandado de segurança pode ser impetrado pelo contribuinte desde que exista direito líquido e certo lesado ou ameaçado por ato de autoridade. 2. Em sede de mandado de segurança, a participação das autoridades apontadas coatoras no processo se resume ao atendimento das requisições que lhes são feitas pelo juiz, prestando informações sobre o alegado na exordial. Quem tem legitimidade, portanto, para oferecer recurso contra a sentença ali proferida é a pessoa jurídica de direito público (7ª CC, Apelação Cível nº 1.0518.03.043698-5/001, Rel. Des. Edivaldo George dos Santos, j. em 28.09.04, DJ de 16.02.05).

ISS. Art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68. Vigência. Profissionais de qualificação profissional diversa, porém elencadas no referido decreto-lei. O art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68 não foi revogado pela Lei Complementar nº 116/03, visto que referida lei, no seu art. 10, expressamente indica as normas que revoga e não há incompatibilidade entre as duas normas legais, no tocante ao recolhimento de ISS pelas sociedades. O Decreto-lei nº 406/68 não condiciona que, para usufruir o benefício a sociedade, deve ser formada por sócios de idêntica qualificação profissional, não sendo cabível à norma municipal fazer tal distinção (2ª CC, Apelação Cível nº 1.0518.06.092011-4/001, Rel. Des. Carreira Machado, j. em 26.08.08, DJ de 16.09.08).

Mutatis mutandis, decidiu recentemente o colendo Superior Tribunal de Justiça, em se tratando de sociedades de advogados, determinando a aplicação da forma de tributação diferenciada prevista no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei nº 406/68:

Embargos de divergência. 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 nº 406/68. Inaplicabilidade do art. 166 do Código Tributário Nacional. Embargos de divergência não providos.

[...] 2. A sociedade uniprofissional de advogados de natureza civil, qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social, goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que a integra, de maneira que não ocorre o repasse do encargo a terceiros a exigir o cumprimento do disposto no art. 166 do Código Tributário Nacional nas ações de repetição de indébito da exação em comento.

3. Embargos de divergência não providos (REsp 724.684/RJ, Rel. Min. José Delgado, Primeira Seção, j. em 28.05.2008, DJe de 16.06.2008).

Ao impulso de tais considerações, em reexame necessário, confirmo, integralmente, a sentença monocrática por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

Votaram de acordo com o Relator os DESEMBARGADORES MARIA ELZA e MAURO SOARES DE FREITAS.

Súmula - CONFIRMARAM A SENTENÇA, NO REEXAME NECESSÁRIO, PREJUDICADO O RECURSO VOLUNTÁRIO.

...