



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000616326

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1034942-81.2020.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e Recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é apelado VICENTE ESPERIDIÃO ODONTOLOGIA AVANÇADA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente sem voto), EUTÁLIO PORTO E RAUL DE FELICE.

São Paulo, 2 de agosto de 2021.

RODRIGUES DE AGUIAR

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

VOTO N° : 40172
APEL.N° : 1034942-81.2020.8.26.0053
COMARCA : SÃO PAULO
APTE. : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
APDA. : VICENTE ESPERIDIÃO ODONTOLOGIA AVANÇADA LTDA.

APELAÇÃO – MANDADO DE SEGURANÇA – ISS – Município de São Paulo – Sociedade uniprofissional de serviços odontológicos – Tributação sobre valor fixo anual – Possibilidade – A sociedade de profissionais legalmente regulamentados, ainda que constituída sob a forma de responsabilidade limitada, pode ser submetida ao regime privilegiado de tributação de ISS, desde que destituída de caráter empresarial e com prestação direta e pessoal de serviços pelos sócios – Elementos dos autos que demonstram a prestação direta e pessoal de serviços por cada sócio – Sentença mantida – RECURSO IMPROVIDO.

1. Trata-se de apelação interposta pelo MUNICÍPIO DE SÃO PAULO (fls. 973/86) contra a r. sentença (fls. 961/6) proferida em mandado de segurança impetrado pela VICENTE ESPERIDIÃO ODONTOLOGIA AVANÇADA LTDA., referente a ISS.

2. Na inicial, alegou a impetrante fazer jus ao recolhimento de ISS em alíquota fixa, nos termos dos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL nº 406/1968, por se tratar de sociedade uniprofissional cujos serviços são prestados pelos próprios sócios. Aduziu que o ato de desenquadramento é ilegal, pois o simples fato de se tratar de sociedade limitada não impede, por si só, a concessão do regime especial. Por tais motivos, requereu concessão da segurança para o fim de permanecer no regime especial de recolhimento de ISS, bem como afastar o ato de desenquadramento.

3. A r. sentença concedeu a segurança, sob o fundamento de que o Município não provou que o serviço foi terceirizado ou o preenchimento de qualquer das hipóteses que impõe a exclusão do regime, indicando ainda que a mera adoção da sociedade de responsabilidade limitada não justifica o desenquadramento impugnado.

4. Em seu apelo, o Município de São Paulo alega que o desenquadramento é legítimo, tendo em vista que a autora é sociedade limitada e possui caráter empresarial, o que exclui a responsabilidade pessoal dos sócios na realização de suas atividades. Dada a regularidade do desenquadramento, argumenta pela validade dos autos de infração relativos a descumprimento das obrigações acessórias, bem como pelas multas aplicadas. Por tais motivos, requer a procedência do apelo para que o pedido seja julgado inteiramente improcedente.

5. Recurso tempestivo, isento de preparo e respondido (fls. 990/1030).

É o relatório.

6. O recurso não deve ser provido.

No caso em análise, verifica-se que a apelante é sociedade simples constituída sob a forma de sociedade limitada, com dois sócios cirurgiões-dentistas, cujo objeto social consiste na prestação de serviços odontológicos (fl. 45/51).

O Município de São Paulo, por sua vez, promoveu de ofício o desenquadramento da apelante do regime especial de tributação, ao fundamento de a sociedade ter adotado o modelo de responsabilidade limitada (fls. 56/7).

No entanto, os elementos coligidos nos autos demonstram que a apelante é pessoa jurídica que faz jus ao recolhimento especial de ISS.

Isso porque o entendimento desta c. 15ª Câmara de Direito Público vem se sedimentando no sentido de que a sociedade de profissionais legalmente regulamentados, ainda que constituída sob a forma de responsabilidade limitada, pode ser submetida ao regime privilegiado de tributação de ISS, desde que destituída de caráter empresarial e com prestação direta e pessoal de serviços pelos sócios, consoante estabelecido nos §§ 1º e 3º do art. 9º do DL 406/68.

Com efeito, as sociedades constituídas para exploração do trabalho intelectual dos seus sócios são, em regra, sociedades simples, por não possuírem organização dos fatores de sua produção, o que é necessário para caracterizar uma sociedade como empresária.

Vale ressaltar, nesse sentido, que o Código Civil estabelece no art. 966, parágrafo único, que não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.

Ora, o que define uma sociedade como empresária ou simples não é a sua *forma* societária, mas sim o seu *objeto social*. Implica dizer que os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização de seus fatores de produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

Aliás, o próprio Código Civil, em seu art. 983, autoriza que uma sociedade simples se constitua como sociedade limitada, o que não caracteriza, por si só, o caráter empresarial de suas atividades. A propósito, vale ressaltar que o Conselho de Justiça Federal, por intermédio de sua V Jornada de Direito Civil, editou o Enunciado nº 474, segundo o qual estabelece que os profissionais liberais podem organizar-se sob a forma de sociedade simples, convencionando a responsabilidade limitada dos sócios por dívidas da sociedade, a despeito da responsabilidade ilimitada por atos praticados no exercício da profissão.

Cumprе ressaltar, inclusive, que a matéria foi recentemente pacificada no âmbito da 1ª Seção do Superior Tribunal de Justiça:

1. O cerne da questão reside na caracterização da embargante como sociedade civil de profissionais, o que lhe permitiria gozar da alíquota fixa do ISSQN, nos moldes do artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/1968.

2. No caso em tela, trata-se de sociedade simples limitada, em que o objeto social é a prestação de serviços médicos desenvolvidos diretamente pelos sócios que compõem o quadro societário (fls. 347/348, e-STJ), cuja responsabilidade pessoal é regida pelo Código de Ética Médica.

3. Circunscrito a estes parâmetros fáticos sobreditos, assevera-se que a fruição do direito a tributação privilegiada do ISSQN depende, basicamente, da análise da atividade efetivamente exercida pela sociedade, para saber se ela se enquadra dentre aquelas elencadas no § 3º do art. 9º do Decreto-lei n. 406/1968 (itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 92 da lista anexa à LC n. 56/1987), bem como se perquirir se a atividade intelectual, científica, literária ou artística desempenhada pela pessoa jurídica não constitua elemento de empresa, ou melhor, nos termos do artigo 966 do Código Civil, que os fatores de produção, circulação e de organização empresarial não se sobreponham à atuação profissional e direta dos sócios na condução do objeto social da empresa, ***sendo irrelevante para essa finalidade o fato de a pessoa jurídica ter se constituído sob a forma de responsabilidade limitada.***

4. Desta forma, ressalvado os modelos puramente empresariais, como ocorre com as espécies de sociedades anônimas e comandita por ações, não é relevante para a concessão do regime tributário diferenciado a espécie empresarial adotada pela pessoa jurídica, pois como no caso concreto ora analisado, pode haver sociedades limitadas que não são empresárias, conforme preveem expressamente os artigos 982 e 983 do Código Civil.

5. Embargos de Divergência providos.

(EAREsp 31.084/MS, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, Rel. p/ Acórdão Ministro MAURO CAMPBELL



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 24/03/2021,
DJe 08/04/2021.)

Assim, deverá a r. sentença ser mantida.

Frente ao que foi exposto, pelo meu voto, nego provimento ao recurso.

Por fim, ficam as partes notificadas de que, em caso de oposição de embargos declaratórios, seu processamento e julgamento se realizarão virtualmente.

RODRIGUES DE AGUIAR
Des. Relator