



COMARCA DE CAXIAS DO SUL
2ª VARA CÍVEL ESPECIALIZADA EM FAZENDA PÚBLICA
Rua Dr. Montauray, 2107, 5º andar

Processo nº: 010/1.11.0039191-6 (CNJ:.0066703-38.2011.8.21.0010)
Natureza: Mandado de Segurança
Impetrante: Claudia Gallicchio Domingues
Impetrado: Prefeito Municipal de Caxias do Sul
Juiz Prolator: Juíza de Direito - Dra. Maria Aline Vieira Fonseca
Data: 21/08/2012

Vistos etc.

CLAUDIA GALLICCHIO DOMINGUES impetrou mandado de segurança contra alegado ato coator do Sr. Prefeito Municipal de Caxias do Sul alegando, em síntese, a cobrança dúplice do ISS, em razão de possuir dois cadastros perante o Ente Público Municipal, um como profissional autônomo e outro como empresário individual, para fins de exercício da mesma atividade – médica. Arguiu a ilegalidade da cobrança, face o *bis in idem*, sobre a mesma exação. Requereu, em liminar, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário mediante o depósito e ao final; a concessão da segurança com a declaração de ilegalidade da cobrança dúplice do ISS, abstendo-se o impetrado de efetuar a cobrança do ISS variável.

Autorizado o depósito e a suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

Notificada, a autoridade apontada como coatora prestou informações sustentando, preliminarmente, ausência de direito líquido e certo. No mérito, sustentou a legalidade da cobrança, pois pode haver o exercício da função como autônoma e ao mesmo tempo em caráter empresarial. Ressaltou que cabe à impetrante informar ao Fisco Municipal a eventual cessação de alguma das atividades, para fins de baixa no cadastro. Requereu a denegação da segurança e a revogação da suspensão da exigibilidade do crédito tributário.

O Ministério Público opinou pela denegação da segurança.

É o relatório.
Passo a decidir.

As preliminares sustentadas nas informações confundem-se com o mérito e como tal serão apreciadas.

Objetiva a impetrante a declaração de ilegalidade da cobrança do ISS, em duplicidade – alíquotas fixas e variáveis, em razão de possuir dois cadastros junto ao Fisco Municipal, um como autônoma e outro como empresária individual.

Alega que os fatos geradores do ISS são idênticos e que os serviços prestados de forma autônoma ou através da empresa individual são os mesmos, em caráter pessoal, o que configuraria o *bis in idem*.

Pois bem.

É cediço que o ISSQN possui como fato gerador a prestação de um serviço e não por estar ativa uma inscrição cadastral perante o Ente Municipal. Entretanto, convém destacar que o exercício da atividade na forma empresarial não impede a incidência do mesmo tributo sobre a atividade desenvolvida como profissional autônomo.



No caso concreto, é incontroversa a existência de duas inscrições ativas, em nome da impetrante, perante o Fisco Municipal – uma como profissional autônoma – médica e outra como empresa individual – assistência médica.

Em que pese, *latu sensu*, serem semelhantes as atividades não significa, por si só, que a tributação do ISSQN deve ser única. Ora, há maneiras de tributação diversas para os profissionais liberais e para aqueles que exercem atividade empresária, com alíquotas fixas ou variáveis, dependendo da característica da atividade desenvolvida.

Vejamos.

Para as atividades empresárias é de suma importância se definir a natureza da prestação do serviço efetuado pela sociedade, se em caráter pessoal ou empresarial. A razão é simples: quando realizados por sociedades com prestação de serviço em caráter pessoal, o que interessa ao usuário do serviço não é a existência da sociedade, que se justifica apenas pela necessidade de seus sócios conjugarem esforços para melhor atingirem os fins visados, mas os profissionais em si, que são os que, na verdade, prestam e assumem a responsabilidade pelos serviços e neste caso o imposto (ISS) será calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não; diversamente das sociedades do tipo "empresarial", em relação às quais pouco importa a pessoa dos sócios que, particularmente, nenhum serviço prestam e nenhuma responsabilidade pessoal assumem perante o usuário e nestas o ISS é calculado mediante a aplicação de alíquota proporcional sobre o movimento bruto (arrecadação) do contribuinte.

O Decreto-Lei nº 406/68, não revogado pela nova Lei Complementar nº 116/2003, em seu artigo 9º, prevê que a base de cálculo do imposto é o preço do serviço, impondo, contudo, algumas exceções nos seus parágrafos:

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

§ 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.

Assim, é possível deduzir que poderá a impetrante prestar seus serviços médicos de forma empresarial ou de maneira pessoal, o que enseja diferentes tipos de tributação, razão pela qual não há qualquer incompatibilidade ou ilegalidade na existência dos dois cadastros no ente municipal.

Consoante bem salientado pelo Ministério Público, "não há que se falar em ilegalidade, sequer na existência de direito líquido e certo da impetrante ao pagamento de ISSQN somente sobre alíquota fixa, pois foi a própria impetrante que promoveu a inscrição como empresária individual, certamente em busca de outros benefícios fiscais. É sabido que a constituição de empresa individual mostra-se mais favorável em relação a outros tributos, como imposto de renda.

Portanto, prestando serviços diversos, como consultas e procedimentos cirúrgicos, alguns na condição de profissional autônoma e outros na condição de empresária individual, conforme sua opção, a impetrante está claramente incluída nas disposições da tabela 03 do anexo do CTM.

Desta forma, não resta caracterizada a bitributação, mas sim a incidência de alíquotas distintas para a cobrança do ISSQN, de acordo com as atividades realizadas pela impetrante, ou seja, com o fato gerador do tributo."

De outro lado, nada obsta que a impetrante possua apenas um cadastro perante o Município de Caxias do Sul, basta que o mesmo guarde relação com a



atividade desenvolvida para fins de tributação. Entretanto, é ônus do contribuinte informar ao Fisco a cessação de determinada atividade para a baixa do cadastro correspondente.

Registre-se que existindo inscrição perante o cadastro municipal, presume-se que aquela atividade indicada esteja sendo desenvolvida e havendo a presunção desta – como de fato há – a prova em contrário há de ser plena e a cargo do sujeito passivo do tributo.

Diante desse contexto, inexistindo ilegalidade na cobrança do ISSQN frente as atividades desenvolvidas, para ver cessada uma das duas cobranças, cabe à impetrante promover o pedido de baixa do cadastro acompanhado de prova da cessação daquela atividade correspondente ao pedido de baixa.

Adverta-se que o cadastro remanescente deverá corresponder à realidade das atividades desenvolvidas, sob pena da incidência das penalidades descritas no art. 116 do CTM.

Do exposto impõe-se a denegação da segurança.

Por fim, considerando que a sentença é eminentemente declaratória, não é possível se realizar, nestes autos, nenhum ato condenatório (cobrança), razão pela qual os depósitos efetuados pela autora deverão ser levantados em seu favor, face o resultado da demanda.

Isso Posto, **DENEGO** a segurança pleiteada e **REVOGO** a suspensão da exigibilidade do crédito tributário antes deferida.

Cientifique-se a autoridade coatora da revogação da medida liminar.

Custas pelo impetrante.

Honorários advocatícios incabíveis na espécie, nos termos do disposto no artigo 25 da Lei nº 12.016/09.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Caxias do Sul, 21 de agosto de 2012.

Maria Aline Vieira Fonseca,
Juíza de Direito