



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



Apelante: BAS Auditores Associados Ltda

Apelante: Município do Rio de Janeiro

Apelados: os mesmos

Juízo de origem: 12ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital

Relatora: Des. Maria Teresa Pontes Gazineu

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. RECOLHIMENTO DE ISS. SOCIEDADE AUTORA EXCLUÍDA DO REGIME DE ALÍQUOTAS FIXAS DAS SOCIEDADES UNIPROFISSIONAIS. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. INCONFORMISMO DE AMBAS AS PARTES. PARTE AUTORA QUE NÃO LOGROU DEMONSTRAR O PREENCHIMENTO DOS REQUISITOS LEGAIS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO PLEITEADO. AUSÊNCIA DE PESSOALIDADE. PROVA ROBUSTA DA EXISTÊNCIA DE GRANDE ESTRUTURA EMPRESARIAL ENVOLVENDO DIVERSOS PROFISSIONAIS. VERBA HONORÁRIA FIXADA EM CONFORMIDADE COM O ARTIGO 85, §3º, DO CPC. RECURSOS DESPROVIDOS.

1. Pretende a autora o reconhecimento de seu direito ao recolhimento de ISS na qualidade de sociedade uniprofissional, na forma do art. 9º do Decreto-Lei 406/68, com a anulação do respectivo Auto de Infração.

2. É cediço que a condição de uma sociedade não se dá pela mera averiguação do tipo societário, mas sim pela natureza das atividades exercidas e sua efetiva remuneração.

3. Uma vez constatado que o profissional autônomo ou a sociedade uniprofissional presta serviços com caráter empresarial, afasta-se o regime diferenciado, sob pena de se tolerar que estes profissionais usufruam de tratamento





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



privilegiado em face das demais sociedades empresárias que prestam os mesmos serviços e nas mesmas condições e recolhem o imposto com base no preço do serviço.

4. Inobstante os argumentos apresentados em sede de apelação, a prova dos autos demonstra a existência de impessoalidade na prestação dos serviços. Destaca-se que o sítio eletrônico da recorrente apregoava possuir em seus quadros 280 profissionais na época do recurso administrativo, ao passo que no curso do processo tal número saltou para 450.

5. Uma vez que a hipótese de incidência tributária ou fato gerador é a prestação de serviços através da pessoa jurídica, constituída sob a forma de sociedade limitada, sujeita-se a sociedade apelante à tributação do ISSQN sob os moldes tradicionais.

6. O entendimento adotado pelo STF no bojo do RE 940.769 (Tema 918) diz respeito especificamente às sociedades profissionais de advogados, não sendo aplicável ao caso em tela.

7. Cumpre ressaltar que a parte autora não trouxe aos autos documentos atinentes às suas atividades no período do auto de infração, nem ao menos o contrato social vigente à época dos fatos, inviabilizando um exame mais aprofundado de suas alegações sobre o tipo de serviço efetivamente prestado.

8. Quanto ao recurso do Município, observa-se que o valor atribuído à causa corresponde à quantia que estava sendo cobrada no auto de infração sendo correta a fixação da verba honorária com este referencial, nos termos do artigo 85, §3º, do CPC.

9. Recursos desprovidos.





ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n.º. 0175950-83.2021.8.19.0001, **ACORDAM** os Desembargadores que compõem a Sexta Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, **em negar provimento aos recursos**, nos termos do voto da Relatora.

RELATÓRIO

Na forma do § 4º, do artigo 164 do Regimento Interno deste Egrégio Tribunal, adoto o relatório do juízo sentenciante, assim redigido:

“Trata-se de ação proposta por BAS AUDITORES ASSOCIADOS LTDA, nova denominação de BERNHOEFT AUDITORES LTDA, em face do MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO, objetivando em sede de tutela antecipada, a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, tornando-a definitiva ao final, e no mais, a declaração de ilegalidade do crédito tributário decorrente do auto de infração de número 124731, bem como a anulação dos lançamentos fiscais, ou, alternativamente, a redução dos valores cobrados, com a exclusão do valor lançado nas notas fiscais de serviços prestados em outros municípios, bem como os valores já recolhidos.

Relata que o Auto de Infração em questão foi lavrado em 27/06/2014, referente ao lançamento de crédito tributário de ISS do período de agosto de 2010 a maio de 2014, em razão de ter então sido apurado pelo Fisco que a parte autora teria recolhido aquele tributo como se sociedade uniprofissional fosse, ou seja, pelo regime de valores fixos, quando na realidade seria uma sociedade empresária, organizada sob a forma de sociedade limitada, tanto pela previsão contratual e a prática da responsabilidade patrimonial dos sócios, bem como pela distribuição de lucros proporcionais à participação de cada um



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



no capital social, e não no trabalho específico e concreto desenvolvido por cada um deles como profissional habilitado.

Narra ter apresentado impugnação administrativa àquela autuação, não logrando êxito em primeira instância administrativa nos autos do PAF nº 04/354.245/2014, vindo a interpor recurso voluntário ao Conselho de Contribuintes, no qual igualmente foi proferido acórdão em seu desfavor, publicado em 04/12/2020.

Discorre acerca do direito que considera possuir, alegando em resumo que o simples fato de uma sociedade simples, não empresária, adotar a forma de responsabilidade limitada, ou distribuir lucros de forma proporcional à participação de cada sócio no capital social, não autorizaria o desenquadramento do regime das sociedades uniprofissionais, conforme jurisprudência da Primeira Seção do STJ, no julgado do Aeres nº 31084 de 24/03/2021.

Insurge-se contra as conclusões do Fisco municipal, suscitando como fundamento o precedente formado no julgamento do RE 940.769, em regime de repercussão geral, em que o STF declarou inconstitucional legislação municipal que desbordou dos limites da norma federal, trazendo hipóteses de desenquadramento do regime das sociedades uniprofissionais, tal como ocorre com a legislação do Município do Rio de Janeiro, utilizada como fundamento do lançamento tributário.

Ressalta que a autuação promoveu o desenquadramento da autora do regime de sociedade uniprofissional, em relação aos fatos geradores ocorridos no período de 2010 a 2014, não havendo nessa época alteração societária ou fato novo que concorresse para a modificação do entendimento da administração municipal, caracterizando assim a impossibilidade de retroação da prova, na inteligência do art. 146 do CTN.

Assevera que foi desconsiderada a exclusão dos valores pagos a título de ISS retido na fonte, operando-se verdadeiro "bis in idem", pela autuação para o pagamento dos tributos em duplicidade, argumentando, ainda, a ausência de





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



competência tributária do Município carioca em face de serviços prestados em unidades de atendimento situadas em municípios diversos, bem como a necessidade de diminuição da base de cálculo do tributo apurado e lançado.

Com a inicial de fls. 03/29, vieram os documentos de fls. 30/300.

Pela decisão de fls. 319/321, foi deferido o parcelamento das despesas processuais iniciais e foi indeferido o pedido de tutela antecipada.

Certificado o recolhimento das despesas processuais (fls. 384).

O MRJ ofereceu contestação a fls. 397/407, acompanhada de documentos (fls. 408/431), sustentando a inexistência de erro de direito ou mudança de interpretação pela autoridade administrativa, e que contribuinte efetuou recolhimento com base em regime favorecido, porém pelo exame das notas fiscais, livros e demais documentos, verificou-se que não fazia jus a tal regime favorecido, tendo ocorrido pelo contribuinte erro na identificação de sua base de cálculo o que deu azo à lavratura do Auto de Infração.

Alega que inexistente prova dos requisitos para o enquadramento como sociedade uniprofissional, muito embora em sua inicial, a parte autora objetive a declaração do direito de recolher o ISS na forma estabelecida para as sociedades de profissionais nos termos do no artigo 9º, § 1º e §3º do DL nº 406/68, argumentando ser ônus da autora a comprovação do preenchimento dos requisitos necessários para gozar de tratamento favorecido, escapando da regra geral que o ISS se basear no preço do serviço, materialidade esta sim que revela a capacidade contributiva enquanto signo presuntivo de riqueza.

Aduz que a sociedade uniprofissional mencionada na legislação é do tipo de sociedade em que o rendimento decorre da capacidade de trabalho, inclusive de relações pessoais e profissionais dos sócios, acrescentando que, nestas sociedades, o papel do capital passa a ser secundário, não sendo possível a distribuição do resultado ser efetuada na proporção das cotas de cada sócio.

Ressalta que a parte autora não pode ser enquadrada na categoria de sociedade uniprofissional porque não cumpre os requisitos mencionados no inciso IV do artigo 6º da Lei no 3.720/04, devendo o recolhimento do ISS ser





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



realizado com base no movimento econômico, aplicando-se a alíquota de 5%, nos termos do artigo 33, I, da Lei no 691/84, com redação dada pela Lei nº 3.691/03.

Assevera que a responsabilidade tributária é matéria de reserva de lei e, no caso, inexistente qualquer lei atribuindo ao tomador do serviço promover a retenção, de modo que não há como pretender excluir os valores correspondentes a serviços prestados a unidades de atendimento situados em outros Municípios, porque não são estabelecimentos prestadores de serviços, quando muito seriam estabelecimentos dos usuários, o que não desloca a competência tributária, nos termos do art. 4º e art. 3º da Lei Complementar no 116/2003.

Por fim, acrescenta que a própria parte autora asseverou na via administrativa que "os dados coletados in loco pelas equipes de trabalho passariam pela revisão e chancela final de seus sócios, com a produção de pareceres e relatórios de auditoria". Requer a improcedência dos pedidos autorais.

Em réplica (fls. 433/457), foram rechaçados os termos da peça de bloqueio e reiterados os argumentos da inicial, acrescentando a luz do CC de 2002, que uma sociedade limitada pode ser empresária ou simples, e que se enquadra como sociedade simples, conforme consta no seu contrato social registrado no RCPJ.

Sustenta que inexistente previsão legal ou regulamentar para a afirmação de que o critério da distribuição proporcional de lucros se relacione com as sociedades de vocação empresarial, acrescentando que a lei municipal não pode dispor diferentemente da LC no que concerne à prevalência do cálculo do ISS pela alíquota fixa com base na natureza do serviço, suscitando a aplicação do precedente do STF, pela qual se fixou a tese jurídica do Tema 918, pela sistemática da repercussão geral.

Pela decisão de fls. 459/460, foi deferido o pedido de tutela antecipada, nos seguintes termos:





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



"DEFIRO o pedido de tutela de urgência formulado para suspender a exigibilidade do crédito tributário, decorrente auto de infração nº 12473. Determino, ainda, que o Município se abstenha de adotar quaisquer atos tendentes a promover a cobrança dos mesmos ou que importem na inscrição do nome da Autora em cadastros de devedores (CADIN, SERASA, SPC, Cartórios de Protesto) ou de inviabilizar a renovação das certidões de regularidade fiscal, caso o único óbice para tanto seja o crédito em questão."

Pela parte autora foi dito que não pretendia produzir outras provas (fls. 469).

Pelo MRJ (fls. 473/485), foi dito que os sócios da demandante são LUCIANO JOSE BEZERRA, LUIZ CARLOS BERNHOEFT JUNIOR e BRUNO DE JESUS SANTOS, acrescentando que consta do contrato social juntado pela parte autora, que os dois primeiros são contadores, e o terceiro é identificado como administrador, de modo que não há que se cogitar de sociedade uniprofissional com trabalho pessoal dos sócios, quando um dos sócios não é contador, mas sim administrador.

Reafirma existir no caso sob análise elementos de empresa, atividade economicamente organizada, com sócio de habilitação diversa das atividades prestadas pela pessoa jurídica, acrescentando que consta no contrato social a cláusula décima terceira, que trata das disputas entre os sócios, submetidas à arbitragem em Câmara de Comércio Brasil-Canadá, denotando o elevado grau de organização das atividades desenvolvidas pela autora, acrescentando ter sido apontado na via administrativa que a empresa indicava a existência de 280 profissionais trabalhando na pessoa jurídica, o que comprovaria a ausência dos requisitos para ser considerada como sociedade uniprofissional.

Relata que as informações dispostas no site da empresa, de nome fantasia "BERNHOEFT", denotam o grau da atividade econômica organizada, fazendo alusão a time com mais de 450 profissionais (disponível em <https://www.bernhoeft.com.br/a-empresa/>. Acesso em 26 de novembro de 2022), informações estas corroboradas pelo perfil da empresa no LinkedIn, que





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



indicam aproximadamente 500 profissionais (https://br.linkedin.com/company/bernhoeftcontadores?trk=public_profile_op-card-current-company. Acesso em 26 de novembro de 2022), e em outro campo, no site, em relação a um dos serviços que presta, "gestão de riscos com terceiros", há indicação de números expressivos: "ALGUNS DE NOSSOS NÚMEROS: + de 12 mil contratos analisados mensalmente; + de 10 mil empresas monitoradas; + de 400 mil trabalhadores controlados; + de 10 mil usuários ativos no sistema contract; + de 5 milhões de documentos recebidos mensalmente." (https://www.bernhoeft.com.br/gestao-de-terceiros/)

Descreve com base em informações dispostas no próprio site em inglês, que a empresa apresenta outros profissionais: Almir Borges, Givaldo Oliveira, Igor Meireles, Miram Amaral e Paulo Souza (Disponível https://www.bernhoeft.com.br/en/company/. Acesso em 26 de novembro de 2022), fato que se caracterizaria como mais um ponto que corrobora a ausência de trabalho pessoal dos sócios, que possuem segundo suas próprias informações, atividade econômica organizada para prestação de serviços, acrescentando que existem elementos que demonstram a atividade empresarial, inclusive vídeos de outros profissionais além dos sócios, Bruno Santos (administrador) e Luiz Carlos Bernhoeft Jr, como também de outros profissionais que não constam do quadro de sócios, como o Sr. Paulo Souza, reforçando a ausência de pessoalidade na prestação dos serviços pelos sócios.

Ressalta a existência de clientes de porte, como Energias do Brasil (EDP - empresa negociada em Bolsa, ticker "ENBR3"), reforçando a completa inadequação do regime fiscal favorecido à autora que possui estrutura incompatível com o privilégio fiscal que busca pleitear, de modo que não estão preenchidos os requisitos da lei complementar e da lei municipal para gozo do regime fiscal favorecido.

Por fim, acrescenta que a própria empresa indica a prestação de serviços de consultoria tributária, o que parece ter adotado na presente demanda,





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001

através da qual busca tratamento fiscal privilegiado, porém sem preencher os requisitos legais e regulamentares, asseverando que a jurisprudência do STJ exige que haja serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial e que a atividade econômica organizada para prestação de serviço exclui o regime fiscal privilegiado, exatamente a situação da autora.

Promoção do Ministério Público pela improcedência do pedido (fls. 492/494).

A parte autora não se manifestou sobre os argumentos expendidos pelo MRJ, inobstante regularmente intimada para tanto (fls. 499/501).”

A sentença de index 596 julgou o pedido improcedente e condenou o autor ao pagamento das despesas processuais e honorários advocatícios, fixados com base no valor atualizado da causa nos percentuais mínimos previstos no artigo 85, §3º, do CPC. A magistrada consignou que a condição de uma sociedade não se dá pela mera análise do contrato social, mas sim pela natureza das atividades exercidas e sua efetiva remuneração. Salientou que no caso dos autos a demandante é sociedade que atua com intuito empresarial com vistas à prestação de serviços que não se limitam à assessoria contábil, apresentando-se perante seus clientes com uma estrutura empresarial de grande porte, com a atuação de centenas de profissionais voltados ao desempenho de atividades de alta complexidade, demonstrando que se em algum momento da sua trajetória societária preponderou o *intuito personae* no desempenho de suas atividades, há muito não é mais esta a realidade que se verifica, considerando que os serviços por certo não são prestados de forma pessoal pelos sócios. De igual modo negou o pedido alternativo, pois a demandante sequer trouxe aos autos as notas fiscais de serviços prestados em outros municípios.

Embargos de declaração opostos pela parte ré no index 621.



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



Decisão no index 663 que conheceu e rejeitou os embargos.

Inconformada, a parte autora interpôs apelação (index 626) reiterando o argumento no sentido de que a adoção da forma de responsabilidade limitada ou distribuição dos lucros de forma proporcional à participação não autoriza o desenquadramento do regime das SUPs, conforme jurisprudência atualizada da Primeira Seção do STJ, em sede do julgado do EAREsp nº 31084. Alega ainda que no julgamento do RE 940.769, em regime de repercussão geral (precedente vinculante nos termos do art. 927, III, CPC), o STF declarou inconstitucional legislação municipal que desbordou dos limites da norma federal, trazendo hipóteses de desenquadramento do regime das SUPs, tal como ocorre com a legislação do município do Rio de Janeiro, utilizada como fundamento do lançamento tributário. Afirma que o auto de infração tratou de fatos geradores ocorridos no período de 2010 a 2014, não havendo nessa época alteração societária ou fato novo que concorresse para modificação do entendimento da Administração municipal. Subsidiariamente, postula a exclusão dos valores pagos pela apelante e do ISS Retido na Fonte, sob pena de operar-se o *bis in idem*, pela autuação para pagar novamente o tributo; bem como das verbas referentes aos serviços prestados em outros municípios, as quais não são de competência do MRJ. Assevera que o juízo a quo reconheceu que o fato gerador utilizado como base pelo auditor não corresponde à obrigação correspondente, violando o artigo 142 do CTN, inviabilizando novo lançamento.

Apelação da parte ré no index 684 postulando a majoração da verba honorária para que seja arbitrada com base no suposto proveito econômico obtido.

O réu apresentou contrarrazões ao recurso interposto no index 690.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



Manifestação da Procuradoria de Justiça no index 716 informando que não atuará no feito.

É o relatório.

Conheço dos recursos, uma vez que preenchidos os requisitos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade.

Cuida-se, na origem, de ação anulatória de débito fiscal decorrente do Auto de Infração de ISSQS nº 12731 decorrente de indevida apuração do tributo na qualidade de sociedade uniprofissional, conforme artigo 5º da Lei 3.720.

O ato impugnado restou assim motivado:

“ Foi verificado que o contribuinte não preenche os requisitos para ser considerado sociedade uniprofissional, nos termos da Lei 3.720/2004, tendo em vista que: a) adota tipo societário com viés empresarial e limitação da responsabilidade dos sócios, como é característica das sociedades limitadas, além de previsão de responsabilidade restrita ao valor das cotas dos sócios (clausula quinta do Contrato Social); b) distribuição dos lucros pelos sócios na proporção de suas quotas (clausula nova do Contrato Social) quanto esta distribuição, no caso de sociedade uniprofissional, deveria ser proporcional ao trabalho pessoa de cada um dos sócios; c) jurisprudência do TJ-RJ que prevê o enquadramento da sociedade como empresária se a responsabilidade dos sócios for limitada ao valor da capital social por eles integralizado e que distribua os lucros na proporção das suas participações, conforme Apelação Cível 2004.001.21985.” (ID.47)





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



O art. 5º da Lei 3720/04 estabelece que “*as sociedades uniprofissionais são aquelas que prestam serviços nas áreas de “medicina, enfermagem, fonoaudiologia, medicina veterinária, contabilidade, agenciamento da propriedade industrial, advocacia, engenharia, arquitetura, agronomia, odontologia, economia e psicologia.”*”

É cediço que a condição de uma sociedade não se dá pela mera averiguação do tipo societário, mas sim pela natureza das atividades exercidas e sua efetiva remuneração.

Da análise da prova dos autos depreende-se que a demandante consiste formalmente em uma sociedade simples limitada composta por três sócios (dois contadores e um administrador) para “exploração de serviços de recebimento, arquivamento, análise de documentos para gestão de riscos com terceiros e apoio administrativo” (index 36).

A Lei 3.720/2004 exclui expressamente da sua incidência as sociedades: (i) cujos serviços não se caracterizem como trabalho pessoal dos sócios, e sim como trabalho da própria sociedade; (ii) cujos sócios não possuam, todos, a mesma habilitação profissional; (iii) que tenham como sócio pessoa jurídica; (iv) que tenham natureza comercial ou empresarial; e (v) que exerçam atividade diversa da habilitação profissional dos sócios.

Uma vez constatado que o profissional autônomo ou a sociedade uniprofissional presta serviços com caráter empresarial, afasta-se o regime diferenciado, sob pena de se tolerar que estes profissionais usufruam de tratamento privilegiado em face das demais sociedades empresárias que prestam os mesmos serviços e nas mesmas condições e recolhem o imposto com base no preço do serviço.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



Inobstante os argumentos apresentados em sede de apelação, a prova dos autos demonstra a existência de impessoalidade na prestação dos serviços. Conforme bem pontuado na sentença recorrida, *“a parte autora apresenta as suas credenciais aos potenciais clientes na rede mundial de computadores com uma estrutura empresarial de grande porte, com a atuação de centenas de profissionais voltados ao desempenho de atividades de alta complexidade, demonstrando que se em algum momento da sua trajetória societária preponderou o intuito personae no desempenho de suas atividades, há muito não é mais esta a realidade que se verifica, considerando que os serviços por certo não são prestados de forma pessoal pelos sócios.”*. (índex 601)

Neste sentido, destaca-se que o sítio eletrônico da recorrente apregoava possuir em seus quadros 280 profissionais na época do recurso administrativo (índex 96), ao passo que no curso do processo tal número saltou para 450 (índex 483).

Consiste em ônus da parte autora comprovar a natureza pessoal do serviço prestado por seus profissionais, obrigação da qual não se desincumbiu, havendo fartos elementos probatórios apontando para uma organização empresarial de grande porte.

Uma vez que a hipótese de incidência tributária ou fato gerador para fins do artigo 142 do CTN é a prestação de serviços através da pessoa jurídica, constituída sob a forma de sociedade limitada (índex 33), sujeita-se a sociedade apelante à tributação do ISSQN sob os moldes tradicionais, o que implica na obrigatoriedade do recolhimento do imposto sobre o faturamento total obtido com a prestação de serviços.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



Ainda que a adoção da forma de responsabilidade limitada ou distribuição dos lucros de forma proporcional à participação tenham sido citadas no campo “ocorrência” do auto de infração (índice 47), o fundamento legal, sobre o qual recai a análise pormenorizada do Poder Judiciário, foram os artigos 44 e 178 do Código Tributário Municipal, que restaram efetivamente violados, cujo conteúdo segue abaixo:

Art. 44. O contribuinte que exercer atividade tributável sobre o preço do serviço, independentemente de recebê-lo, fica obrigado ao pagamento do imposto, na forma e nos prazos fixados pelo Poder Executivo.

Art. 178. O recolhimento da importância referida na guia não exonera o contribuinte de qualquer diferença que venha a ser apurada.

Por sua vez, o entendimento adotado pelo STF no bojo do RE 940.769 (Tema 918), diz respeito especificamente às sociedades profissionais de advogados, não sendo aplicável ao caso em tela.

Cumprido ressaltar que a parte autora não trouxe aos autos documentos atinentes às suas atividades no período do auto de infração, nem ao menos o contrato social vigente à época dos fatos, inviabilizando um exame mais aprofundado de suas alegações sobre o tipo de serviço efetivamente prestado.

No mesmo diapasão, não há prova de cobrança indevida do ISS retido na fonte a ser compensado, bem como de verbas referentes aos serviços prestados em outros municípios, impondo-se a rejeição dos pedidos subsidiários.

Não poderia o juízo simplesmente conferir validade às afirmações da parte autora, desconsiderando a prova dos autos, e acolher seu pedido. Mister se faz ressaltar que o julgador deve se ater aos fatos comprovados nos autos para justa solução dar à lide.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



A prova, conforme ensina Ada Pellegrini Grinover, constitui o instrumento por meio do qual se forma a convicção do juiz a respeito da ocorrência ou inoccorrência dos fatos controvertidos no processo, devendo o juiz julgar segundo o alegado e provado pelas partes – *secundum allegata et probata partium* (Teoria Geral do Processo, 28.^a edição, Malheiros Editores, 2012, p.385 e 387).

Sobre o tema, anote-se a jurisprudência desta Corte:

APELAÇÕES CÍVEIS. AÇÃO ANULATÓRIA. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. AUTO DE INFRAÇÃO DECORRENTE DE RECOLHIMENTO A MENOR DE ISS. Alegação da parte autora no sentido de que a autuação foi indevida, posto se tratar de sociedade uniprofissional, fazendo jus à alíquota diferenciada. Pedido subsidiário de redução da multa. Sentença de procedência parcial do pedido. Inconformismo de ambas as partes. Da análise dos autos depreende-se que a demandante é uma sociedade simples limitada composta por dois sócios (médicos) e inúmeros auxiliares (repcionista, auxiliar de escritório e financeiro, dentre outros, compreendendo mais de 10 funcionários). O conjunto probatório demonstra a existência de impessoalidade na prestação dos serviços médicos. Conforme pontuado na sentença recorrida, "não há a identificação do médico que prestou o serviço e o valor por ele recebido, restando ainda consignado que os serviços foram prestados por 'clínica médica', o que demonstra que a estrutura organizacional da autora denota a ausência de repartição do auferido na proporção do trabalho de cada profissional (...), o que afasta a aplicação do art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-Lei n.





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



406/1968". Deve ser afastado o regime diferenciado de recolhimento do tributo, quando constatado que a sociedade uniprofissional presta serviços em caráter empresarial, sob pena de conferir tratamento privilegiado em detrimento de outras sociedades empresárias que se encontram nas mesmas condições. Artigo 373, I, do CPC. Ônus da prova, na qual, não se desincumbiu o autor. Multa. Natureza punitiva ou moratória, que objetiva desestimular o contribuinte a não observar o cumprimento das obrigações tributárias, seja ela principal ou acessória, sendo utilizada como forma de política fiscal. A primeira Turma do Supremo Tribunal Federal por ocasião do julgamento do ARE 1058987 AgR, de relatoria do Ministro Roberto Barroso, julgado em 01/12/2017, publicado em 15/12/2017, pronunciou-se no sentido de que somente são consideradas confiscatórias as multas punitivas que ultrapassem o percentual de 100% (cem por cento). Percentual de 250% (duzentos e cinquenta por cento) sobre o valor do tributo devido que se encontra em desconformidade com o entendimento do Excelso Pretório, devendo ser limitado a 100% (cem por cento), como determinado na sentença. Honorários advocatícios e despesas processuais corretamente distribuídos. Artigos 85, § 3º, III e 86 do Código de Processo Civil. Precedentes deste Tribunal de Justiça. RECURSOS CONHECIDOS, AOS QUAIS, SE NEGAM PROVIMENTO.

(0166348-68.2021.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). ALEXANDRE TEIXEIRA DE SOUZA - Julgamento: 06/08/2024 - QUINTA CAMARA DE DIREITO PUBLICO (ANTIGA 16ª CÂMARA CÍVEL)





Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Sexta Câmara de Direito Público
Apelação Cível n. 0175950-83.2021.8.19.0001



APELAÇÃO CÍVEL. Embargos à execução fiscal. Imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS. Laudo Técnico realizado nos autos que concluiu no sentido de que a embargante não ostentava natureza jurídica de sociedade uniprofissional como alegara. Diante da ausência de prova desta especificidade operacional, configurado o caráter empresarial da empresa embargante. A Sentença de improcedência que se mantém. DESPROVIMENTO DO RECURSO.

(0180604-21.2018.8.19.0001 - APELAÇÃO. Des(a). MARGARET DE OLIVARES VALLE DOS SANTOS - Julgamento: 14/12/2023 - OITAVA CAMARA DE DIREITO PUBLICO)

Quanto ao recurso do Município, observa-se que o valor atribuído à causa corresponde à quantia que estava sendo cobrada no auto de infração (índice 47), tendo o magistrado de 1º grau agido com acerto ao fixar a verba honorária com este referencial, nos termos do artigo 85, §3º, do CPC. Ressalte-se que não houve impugnação ao valor da causa e a tese de que o proveito econômico seria muito superior à quantia apresentada pelo autor sequer fora ventilada antes da prolação da sentença.

Pelo exposto, voto no sentido de negar provimento aos recursos. Por força do artigo 85, §11º, do CPC, majoro a verba honorária em 1% dos valores mínimos das faixas do artigo 85, §3º, do CPC.

Rio de Janeiro, na data da sessão de julgamento.

Maria Teresa Pontes Grazine
Des. Relatora

