

MANDADO DE SEGURANÇA Nº 2009.71.00.034404-3/RS

IMPETRANTE : CONSELHO REGIONAL DE CONTABILIDADE DO RIO GRANDE DO SUL - CRC/RS

ADVOGADO : ANGELO ROBERTO BOZZETTO

IMPETRADO : GESTOR DA CELULA DE GESTÃO TRIBUTÁRIA DA SECRETARIA DA FAZENDA DO MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE - RS

SENTENÇA**I - Relatório**

Trata-se de mandado de segurança em que o impetrante objetiva, inclusive em sede liminar, concessão de ordem que afaste o recolhimento do ISSQN, pelas sociedades de contabilistas inscritas em seu quadro, de acordo com a legislação municipal de Porto Alegre (art. 20, § 4º, II, da LC nº 07/73 e do art. 49, IV, § 3º e 4º do Decreto nº 15.416/06), sendo reconhecido o direito de recolher o imposto sob o regime de tributação fixa anual, conforme os requisitos do Decreto-Lei 406/68 (art. 9º, § 1º e 3º).

Alega que a Lei Complementar Municipal nº 07/73 (Código Tributário Municipal) e o Decreto Municipal nº 15.416/06 (Regulamento do ISSQN) inovam, de forma irregular, ao impor exigências não contempladas na norma geral para que sociedades contabilistas possam se sujeitar ao regime de tributação fixa. Sustenta que a referida legislação municipal é evidentemente nula e inaplicável, sob pena de afronta ao princípio da legalidade estrita (art. 5º, I, 59, 60, § 4º, II, III e IV, e 150, I, da CF/88). Requereu a procedência do pedido e a concessão da segurança.

Pedido liminar indeferido (fl. 175).

Inconformado, o impetrante interpôs agravo de instrumento (nº 0001812-79.2010.404.0000 - fls.179-202). Traslado das decisões às fls. 208-212.

Emendada a inicial, o impetrante atribuiu novo valor à causa (fls. 205-207).

Notificada, a autoridade impetrada prestou informações (fls. 221-226). Alegou, preliminarmente, a inadequação da via eletiva para questionar matéria que envolve necessária dilação probatória. Suscitou sua ilegitimidade passiva, uma vez que a demanda deveria ser direcionada ao Secretário Municipal da Fazenda. No mérito, afirmou que as sociedades com caráter empresarial ou comercial não fazem jus à tributação fixa anual. Relacionou os requisitos para o enquadramento das sociedades na forma de cálculo pretendida pelo impetrante.

O Ministério Público Federal entendeu não estar presente interesse público que justifique sua intervenção (fls. 237-239).

Vieram os autos conclusos para sentença.

É o relatório. **Decido.**

II - Fundamentação**Preliminar****Impossibilidade de dilação probatória e inadequação da via eletiva**

Sustenta a autoridade impetrada a inadequação da via mandamental, em razão da necessária verificação da natureza de cada uma das sociedades associadas ao conselho profissional impetrante.

Afirma que não há nos autos qualquer documento que identifique a natureza civil ou empresarial das sociedades. Tal dilação probatória tornaria inviável a impetração do *writ*.

Ocorre que na hipótese, o objetivo do impetrante é afastar os efeitos concretos da norma abstratamente prevista, pois o suporte fático da norma já ocorre e gera a efetiva cobrança do tributo pelas alíquotas supostamente indevidas, de modo que se permite o ajuizamento do mandado de segurança.

Rejeito, pois, esta preliminar.

Ilegitimidade passiva

A autoridade impetrada bate-se pelo reconhecimento de sua ilegitimidade passiva, uma vez que o presente mandado de segurança deveria ser direcionado ao Secretário Municipal da Fazenda.

Conforme preceitua o art. 17, I, VI e VIII, do Decreto Municipal nº 14.150/2003, compete à Célula de Gestão Tributária administrar a atividade fiscal do Município de Porto Alegre.

Considerando que a autoridade, para efeito de mandado de segurança, é o agente público investido de poder de decisão para anular o ato atacado ou para suprir omissão lesiva de direito líquido e certo do impetrante, tenho que inviável atribuir legitimidade ao agente político não responsável pela exigência do tributo.

Assim, rejeito a preliminar.

Mérito

O impetrante pretende concessão de ordem que afaste a exigência prevista na legislação municipal para o recolhimento do ISSQN pelas sociedades de contabilistas inscritas em seu quadro, sendo reconhecido o direito de recolher o imposto sob o regime de tributação fixa anual, somente de acordo com os requisitos do Decreto-Lei 406/68 (art. 9º, §§ 1º e 3º). Argui a ilegalidade da Lei Complementar Municipal nº 07/73 (Código Tributário Municipal) e o Decreto Municipal nº 15.416/06 (Regulamento do ISSQN).

O cerne da discussão cinge-se à revogação ou não do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, que garantia às sociedades o recolhimento do tributo pelo regime fixo anual:

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.

§ 2º Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 e 20 da lista anexa o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes: (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 834, de 1969)

a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços; (Redação dada pelo Decreto-Lei nº 834, de 1969)

b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto. (Redação dada pelo Decreto-Lei nº

834, de 1969)

§ 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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 1987)

§ 4º Na prestação do serviço a que se refere o item 101 da Lista Anexa, o imposto é calculado sobre a parcela do preço correspondente à proporção direta da extensão da rodovia explorada, no território do Município, ou da metade da extensão de ponte que una dois Municípios. (Incluído pela Lei Complementar nº 100, de 1999)

§ 5º A base de cálculo apurado nos termos do parágrafo anterior:(Incluído pela Lei Complementar nº 100, de 1999)

I - é reduzida, nos Municípios onde não haja posto de cobrança de pedágio, para sessenta por cento de seu valor; (Incluído pela Lei complementar nº 100, de 1999)

II - é acrescida, nos Municípios onde haja posto de cobrança de pedágio, do complemento necessário à sua integralidade em relação à rodovia explorada.(Incluído pela Lei complementar nº 100, de 1999)

§ 6º Para efeitos do disposto nos §§ 4º e 5º, considera-se rodovia explorada o trecho limitado pelos pontos equidistantes entre cada posto de cobrança de pedágio ou entre o mais próximo deles e o ponto inicial ou terminal da rodovia.(Incluído pela Lei Complementar nº 100, de 1999)

A revogação aparentemente seria consequência da edição da Lei Complementar nº 116/03, por previsão expressa ou por efeito indireto. Os dispositivos expressamente eliminados do ordenamento jurídico estão relacionados em seu art. 10:

Art. 10. Ficam revogados os arts. 8º, 10, 11 e 12 do Decreto-Lei no 406, de 31 de dezembro de 1968; os incisos III, IV, V e VII do art. 3º do Decreto-Lei no 834, de 8 de setembro de 1969; a Lei Complementar no 22, de 9 de dezembro de 1974; a Lei no 7.192, de 5 de junho de 1984; a Lei Complementar no 56, de 15 de dezembro de 1987; e a Lei Complementar no 100, de 22 de dezembro de 1999.

Na análise da enumeração taxativa apresentada, observa-se que o art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68 não foi diretamente revogado. Porém, embora não tenha constado da relação do art. 10, sofreu com a eliminação da Lei Complementar nº 100/99. Isto porque os §§ 4º, 5º e 6º, incluídos pela Lei Complementar nº 100/99, foram revogados juntamente com a norma instituidora.

Já se afirmou também que o § 3º estaria revogado por consequência da revogação da Lei Complementar nº 56/87, expressamente prevista no art. 10 da Lei Complementar nº 116/03. Entretanto, o argumento não prospera, uma vez que as redações dadas pelo Decreto-Lei nº 834/69 e Lei Complementar nº 56/87 não modificaram a condição exigida para a aplicação do regime de tributação do trabalho individual às sociedades profissionais, isto é, que o indivíduo assumira responsabilidade pessoal, mesmo quando atue em nome da sociedade.

Além da Lei Complementar nº 116/03 não ter declarado expressamente a intenção de revogar o art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, não se mostra incompatível com tal preceito e tampouco regula totalmente a matéria relativa ao ISS.

Assim, permaneceram em vigor no ordenamento jurídico os §§ 1º e 3º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, com natureza de norma especial a regular a tributação dos profissionais autônomos e de algumas sociedades profissionais, integrando conjuntamente com a Lei Complementar 116/03 o regime jurídico do ISS relativo à instituição e cobrança pelos Municípios (art. 2º, § 1º, da LICC).

As sociedades profissionais foram mantidas como exceção ao recolhimento do

ISSQN pelo preço do serviço, devendo apurar o tributo com base no número de profissionais inscritos (art. 9º, § 3º, do DL 406/68).

Nesse sentido, a jurisprudência:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISSQN. SOCIEDADE CIVIL PRESTADORA DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS. INTERPRETAÇÃO DO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DL Nº 406/68. PRECEDENTES. 1. Agravo regimental contra decisão que proveu recurso especial para afastar a tributação do ISSQN sobre a receita bruta da agravada. 2. O acórdão a quo asseverou que: "Se o art. 7º da LC 116/03, definiu, como regra, que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, e os §§ 1º e 2º estabeleceram as exceções, conclui-se que regulou inteiramente a matéria. Assim, o fato de o art. 10 não ter referido o art. 9º e §§ do DL 406/68, que disciplinava a matéria, estabelecendo a regra e as exceções, não quer dizer que não tenham sido revogados. Ocorreu, no caso, revogação implícita, mais precisamente derrogação, por ter regulado inteiramente a matéria e por incompatibilidade, conforme previsto no art. 2º, § 2º, da LIIC. Ademais, como é sabido, as exceções, por princípio, de hermenêutica, sejam quando subtraem direitos seja quando adicionam direitos face à regra, são interpretadas restritivamente. Não há, pois, como sustentar, inclusive por serem exceções, a vigência de tal dispositivo após a LC 116/03. Ainda, se o § 3º do art. 9º do DL 406 referia números da Lista de Serviços, admitir a sua vigência após a LC 116 significa admitir também que, pelo menos quanto à numeração, parte da Lista anterior continua vigente. Assim, com o advento da LC 116/03, a base de cálculo, salvo as exceções nela previstas, é por preço do serviço. Não mais existe a tributação privilegiada por profissional". 3. O art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL nº 406/68, foram recepcionados pela CF/88. Precedente do STF: RE nº 236604-7/PR. 4. "O STF jamais deu pela incompatibilidade do art. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68, com a Constituição pretérita, que consagrava, como é sabido, o princípio da igualdade" (Min. Carlos Velloso, RE 236.604-7/PR). Precedentes a conferir, citados pelo relator: "RE 96.475/SP, Rafael Mayer, 1ª T., 14.5.82, DJ de 04.6.82; RE 105.185/RS, Rafael Mayer, 1ª T., 03.5.85, RTJ 113/1.420; RE 105.854/SP, Rafael Mayer, 1ª T., 18.6.85, RTJ 115/435; RE 105.273/SP, Rafael Mayer, 1ª T, 31.5.85, DJ de 21.6.85; RE 82.560/SP, Aldir Passarinho, 2ª T., 27.5.83, DJ de 05.8.83; RE 82.724/CE, Leitão de Abreu, Plenário, 11.10.78, RTJ 90/533". 5. As sociedades civis constituídas por profissionais para executar serviços especializados, com responsabilidade pessoal destes, e sem caráter empresarial, tem direito ao tratamento do art. 9º, § 3º, do DL nº 406/68. 6. Precedentes: REsp 3356/PB, Min. Humberto Gomes de Barros, STJ; RE 82091/SP, STF; RE 105.273/SP, STF; RE 82.724/CE, STF; Resp 34.326-8/MG, Min. José de Jesus Filho; REsp. 157.875/MG, Min. Garcia Vieira. 7. Agravo regimental não-provido. (AGRESP 200700213997, JOSÉ DELGADO, STJ - PRIMEIRA TURMA, DJ DATA:02/08/2007 PG:00417.)

A legislação municipal inovou ao estabelecer condições para a tributação das sociedades profissionais pelo regime fixo anual, violando os artigos 146, III, "a", e 156, § 1º, da CF/88. As disposições previstas no art. 20, § 4º, inciso II, da LC Municipal nº 07/73, art. 49, IV e VI, §§ 3º e 4º, do Decreto 15.416/06 extrapolaram os limites constitucionais da competência legislativa municipal ao veicularem matéria restrita de Lei Complementar Federal.

Por fim, entendo que as sociedades de contabilistas, pela sua própria natureza e forma de prestação de serviços profissionais, possuem direito à tributação favorecida, independente da forma como constituídas. O objetivo comum de lucro verificado na união destes profissionais liberais autônomos não tem força de caracterizar como empresariais as sociedades profissionais.

Ademais, nas sociedades profissionais os serviços são executados pelos integrantes em caráter pessoal, razão pela qual se distinguem das empresas prestadoras de serviços.

Nesse passo, impõe-se a procedência do pedido, concedendo a segurança almejada, para reconhecer o direito ao recolhimento do ISSQN exclusivamente de acordo com as exigências contidas no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-L 406/68.

III - Dispositivo

Ante o exposto, rejeito as preliminares e, no mérito, **julgo procedente o pedido e concedo a segurança** para reconhecer o direito ao recolhimento do ISSQN pelas sociedades de contabilistas inscritas no CRC/RS somente com base nos requisitos previstos no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-L 406/68.

Sem condenação em honorários (artigo 25 da Lei 12.016/09).

Custas pela impetrada.

Sentença sujeita ao reexame necessário (artigo 14, § 1º, da Lei 12.016/09).

Publique-se. Registre-se. Intimem-se, inclusive de que, em função de reexame necessário, ou em caso de recurso que enseje o envio do processo ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região, os autos serão digitalizados e passarão a tramitar no meio eletrônico (sistema e-Proc), sendo obrigatório o cadastramento dos advogados na forma do artigo 5º da Lei nº 11.419, de 2006, para esse fim, por força do disposto na Resolução nº 49, de 2010, do Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Em homenagem aos princípios da instrumentalidade, celeridade e economia processual, eventuais apelações interpostas pelas partes restarão recebidas somente no efeito devolutivo, salvo no caso de intempestividade ou ausência de preparo, que serão oportunamente certificados pela Secretaria.

Interposto(s) o(s) recurso(s), caberá à Secretaria abrir vista à parte contrária para contrarrazões, e, na sequência, remeter os autos ao Tribunal Regional Federal da 4ª Região.

Porto Alegre, 16 de novembro de 2011.

Fabio Hassen Ismael
Juiz Federal Substituto