PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/007524/14	26/03/14		277

Após votos de vistas apresentado às fls. 241 a 246 pelo Conselheiro Roberto Pedreira Ferreira Curi; fls. 248 a 251 pelo Conselheiro Carlos Mauro, e, 253 a 276 apresentado pelo Conselheiro Manoel Alves Junior, retorno o presente processo a Vossa Senhoria, atendendo vossa solicitação.

FCCN, em 20 de janeiro de 2015.

Sérgio Dalio Barbosa
Matrícula [illegible]
Presidente do Conselho de Contribuintes FCCN

Niterói

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/007524/14	26/03/14		27

PEDIDO DE DILIGÊNCIAS

Sr. Presidente do Conselho de Contribuintes de Niterói.
Sergio Dalia.
Processos nº 30/60.554/13 e 030007524/14.

Observo que no meu Voto-Revisor, apresentado na sessão de 18.12.2014, nos processos acima, houve informação a ser apurada com a análise do "Registro de Movimentação no Cadastro da WEBISS- Sistema de emissão de Nota Fiscal Eletrônica", do Contribuinte Visão Médica Ltda., inscrição municipal nº 123.840-1, documento interno da Secretaria de Fazenda do Município de Niterói, firmando-se à necessidade de sua apresentação.

Esta solicitação está em consonância com os incisos II e XII do art. 23, do Decreto nº 9.735, de 28.12.2005; e subsidiariamente, nos artigos 2º, inciso X, 28, 38, 39 e 79 da Lei nº 3.048, de 18.10.2013.

Niterói, 20 de janeiro de 2014.

Manoel Alves Junior
Conselheiro

Niterói

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
30/007524/14	26/03/14	Nicéia de Souza Di... Mat. 226.51...	279

À
Secretaria/FCCN

Para oficiar ao Senhor Supeprintendente da FSFT, no sentido do atendimento da diligência solicitada pelo Conselheiro Senhor Manoel Alves Junior, por mim deferida.

FCCN, em 21 de janeiro de 2015.

Matrícula 219.003-1
Presidente do Conselho de Contribuintes FCCN

030/007524/14

030/002191/15

PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES - FCCN

Ofício nº. 002/FCCN/2015

DO: - Presidente do Conselho de Contribuintes
AO: - Ilmo. Senhor Superintendente de Fiscalização
ASSUNTO: - "Solicitação FAZ"

Senhor Superintendente,

Tendo em vista diligência solicitada pelo Conselheiro/Relator, Senhor Manoel Alves Junior, a fim de instruir os processos administrativos nºs. 030/60554/13 e 030/007524/14, pedido este deferido por esta Presidência, solicito atendimento, conforme cópia do requerimento em anexo.

Sem mais, aproveito da oportunidade para renovar protestos de estima e devida consideração.

Atenciosamente,

30|00f524|14

982

Processo 030 60554 13

Período novembro de 2008 a março de 2010.

a) Voto Conselheiro Cotrik: anulação do auto pela não comprovação do elemento de empresa.

a.1) Afastada a preliminar de violação ao devido processo legal por ausência de notificação prévia da decisão administrativa que determinara o reenquadramento da sociedade.

a.2) Afastada a nulidade formal do auto de infração por fazer referência à legislação não aplicável à época dos FG. Inexistência de prejuízo à defesa. Mera irregularidade.

a.3) Afastada a tese de impossibilidade de cobrança pretérita em razão de alteração de critério jurídico anteriormente adotado. O voto do relator afastou esse argumento. Não aplicável o artigo 146, mas sim o 149 do CTN.

a.4) Não comprovação do elemento de empresa, sendo insuficiente o fato de o contribuinte estar organizado sob a forma de sociedade limitada. Argumento adotado pelo relator para anular o auto.

b) Voto Conselheiro Roberto Curi: Anulação do auto. E no mérito: impossibilidade de cobrança retroativa.

b.1) Nulidade formal do auto de infração por fazer referência à legislação não aplicável à época dos FG.

b.2) Impossibilidade de cobrança pretérita em razão de alteração de critério jurídico anteriormente adotado.

b.3) Impossibilidade de cobrança pretérita em razão do caráter pró futuro da revogação de um ato administrativo. Efeito ex nunc.

b.4) Impossibilidade de cobrança pretérita em razão do princípio da segurança jurídica e boa-fé do contribuinte.

c) Voto Conselheiro Carlos Mauro: não provimento do recurso com a manutenção da decisão

c.1) Inexistência de lançamento prévio. O lançamento do ISS é por homologação. Homologação essa que não existir. O lançamento não havia se aperfeiçoado. Portanto, não aplicável a discussão de erro de fato ou de direito. O lançamento foi efetuado de ofício quando constatado o recolhimento a menor pelo contribuinte.

c.2) Aplicação da interpretação literal e restritiva em relação ao regime especial e privilegiado de tributação previsto no art. 9, § 3º do CL 406/68.

c.3) Aplicação do princípio da especialidade: elaboração de laudos e perícias para processos de avaliação de riscos e sinistros de seguros. Aplicação do subitem 17.09 da LC 116.

d) Voto Conselheiro Manoel Alves Junior: nulidade do auto e no mérito pugna pelo cancelamento.

d.1) Nulidade do auto de infração: indicação de legislação não aplicável. Tentativa de aplicação retroativa de lei. Impossibilidade. Erro de direito. O período autuado estava sob a égide da Lei 2175/04 (alterado pela lei 2405/2006) e nessa época não havia qualquer restrição quanto ao tipo de constituição da sociedade uniprofissional. Ao passo que a decisão de primeira instância se baseia no art. 73-A da Lei 2597/08 (introduzido pela lei 2678/2009), com vigência a partir de janeiro de 2010.

d.2) Nulidade por erro na notificação n. 00744/13 (fl. 105 do processo 30/7254/2014) pois o período informado nessa notificação (abril de 2010 a outubro de 2013) defere-se do período autuado do presente processo.

d.3) Nulidade do auto por ausência de contraditório prévio. Tentativa de anulação de ato administrativo anterior sem o prévio contraditório. Necessidade de processo autônomo para o desenquadramento.

d.4) Provimento do recurso por entender que não é suficiente a condição de sociedade limitada para descaracterização da sociedade uniprofissional.

d.5) Tentativa de anulação de ato administrativo (e não de revogação) que deveria ser, ainda assim, com efeitos ex nunc, em observância aos princípios da boa-fé e segurança jurídica.

d.6) Erro de direito. Impossibilidade de retroação. O lançamento já havia se aperfeiçoado. Trata-se de lançamento por declaração e não por homologação. O contribuinte não antecipou nenhum pagamento. Tendo o fisco com base nas informações prestadas pelo contribuinte determinado o valor a ser pago.

d.) Natureza do serviço prestado: serviços médicos do DL 406 e não do item 17.08.

Foi solicitado o relatório da movimentação do contribuinte que está apenso ao PA 030 007524 2014

3700 7524/14 984

Processo 030 7524 14

Período abril de 2010 a outubro de 2013.

a) Voto Conselheiro Cotrik: anulação do auto pela não comprovação do elemento de empresa.

a.1) Afastada a preliminar de violação ao devido processo legal por ausência de notificação prévia da decisão administrativa que determinara o reenquadramento da sociedade.

a.2) Afastada a nulidade formal do auto de infração por fazer referência à legislação não aplicável à época dos FG. Inexistência de prejuízo à defesa. Mera irregularidade.

a.3) Afastada a tese de impossibilidade de cobrança pretérita em razão de alteração de critério jurídico anteriormente adotado. O voto do relator afastou esse argumento. Não aplicável o artigo 146, mas sim o 149 do CTN.

a.4) Não comprovação do elemento de empresa, sendo insuficiente o fato de o contribuinte estar organizado sob a forma de sociedade limitada. Argumento adotado pelo relator para anular o auto.

b) Voto Conselheiro Roberto Curi: Anulação do auto. E no mérito: impossibilidade de cobrança retroativa.

b.1) Nulidade formal do auto de infração por fazer referência à legislação não aplicável à época dos FG.

b.2) Impossibilidade de cobrança pretérita em razão de alteração de critério jurídico anteriormente adotado.

b.3) Impossibilidade de cobrança pretérita em razão do caráter pró futuro da revogação de um ato administrativo. Efeito ex nunc.

b.4) Impossibilidade de cobrança pretérita em razão do princípio da segurança jurídica e boa-fé do contribuinte.

c) Voto Conselheiro Carlos Mauro: não provimento do recurso com a manutenção da decisão

c.1) Inexistência de lançamento prévio. O lançamento do ISS é por homologação. Homologação essa que não existir. O lançamento não havia se aperfeiçoado. Portanto, não aplicável a discussão de erro de fato ou de direito. O lançamento foi efetuado de ofício quando constatado o recolhimento a menor pelo contribuinte.

c.1.2) Período abril de 2010 a dezembro de 2011 - anterior à implantação do sistema WebISS: lançamento por homologação, recolhimento a menor. Manutenção do lançamento de ofício efetuado pelo Fisco.

30\00 F53 4 (315)

c.1.3) Período de janeiro de 2012 a outubro de 2013 - posterior à implantação do sistema WebISS: "a homologação errônea por parte daAdministração no que diz respeito a aceitação da declaração do contribuinte de que seu ISS deveria ser calculado como o é o imposto de sociedade uniprofissional criou uma dificuldade para que o contribuinte recolhesse o ISS de acordo com o que dispõe a lei (fl. 249)". Diante disso, o contribuinte foi intimado para pagar a diferença sem juros e multa, conforme dispõe o art. 198 da Lei 2597/08 por meio da notificação n. 744 e essa notificação foi ignorada. Vale dizer, foi respeitado o contraditório prévio nessa última hipótese.

c.2) Aplicação da interpretação literal e restritiva em relação ao regime especial e privilegiado de tributação previsto no art. 9, § 3º do CL 406/68.

c.3) Aplicação do princípio da especialidade: elaboração de laudos e perícias para processos de avaliação de riscos e sinistros de seguros. Aplicação do subitem 17.09 da LC 116.

d) Voto Conselheiro Manoel Alves Junior: nulidade do auto e no mérito pugna pelo cancelamento.

d.1) Nulidade do auto de infração: indicação de legislação não aplicável. Tentativa de aplicação retroativa de lei. Impossibilidade. Erro de direito. O período autuado estava sob a égide da Lei 2175/04 (alterado pela lei 2405/2006) e nessa época não havia qualquer restrição quanto ao tipo de constituição da sociedade uniprofissional. Ao passo que a decisão de primeira instância se baseia no art. 73-A da Lei 2597/08 (introduzido pela lei 2678/2009), com vigência a partir de janeiro de 2010.

d.2) Nulidade por erro na notificação n. 00744/13 (fl. 105 do processo 30/7254/2014) pois o período informado nessa notificação (abril de 2010 a outubro de 2013) defere-se do período autuado do presente processo.

d.3) Nulidade do auto por ausência de contraditório prévio. Tentativa de anulação de ato administrativo anterior sem o prévio contraditório. Necessidade de processo autônomo para o desenquadramento.

d.4) Provimento do recurso por entender que não é suficiente a condição de sociedade limitada para descaracterização da sociedade uniprofissional.

d.5) Tentativa de anulação de ato administrativo (e não de revogação) que deveria ser, ainda assim, com efeitos ex nunc, em observância aos princípios da boa-fé e segurança jurídica.

d.6) Erro de direito. Impossibilidade de retroação. O lançamento já havia se aperfeiçoado. Trata-se de lançamento por declaração e não por homologação. O contribuinte não antecipou nenhum pagamento. Tendo o fisco com base nas informações prestadas pelo contribuinte determinado o valor a ser pago.

d.) Natureza do serviço prestado: serviços médicos do DL 406 e não do item 17.08.

Foi solicitado o relatório da movimentação do contribuinte que está apenso ao PA 030 007524 2014

PREFEITURA
DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. 030/007524/14
DATA: - 24/03/14

CERTIFICO, em cumprimento ao artigo 38, VIII, do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pelo Decreto nº. 9735/05;

778º SESSÃO HORA: - 10:00 DATA: 24/03/15

PRESIDENTE: - Sérgio Dalia Barbosa

CONSELHEIROS PRESENTES

1. Carlos Mauro Naylor
2. José Cotrik Neto
3. Fábio Hottz Longo
4. Alcídio Haydt Souza
5. Roberto Pedreira Ferreira Curi
6. Manoel Alves Junior
7. Paulino Gonçalves Moreira Leite Filho
8. Amauri Luiz de Azevedo

VOTOS VENCEDORES: - Os dos Membros sob o nºs. (01, 02,03, 04, 05, 06, 07, 08)
VOTOS VENCIDOS: - Dos Membros sob o nºs. (X)

ABSTENÇÕES: - Os dos Membros sob os nºs. (X)

VOTO DE DESEMPATE: - SIM ( ) NÃO (X)

RELATOR DO ACÓRDAO: - Sr. Manoel Alves Junior

FCCN, em 24 de março de 2015.

PREFEITURA
DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

ATA DA 778º Sessão Ordinária **Data: - 24/03/2015**

DECISÕES PROFERIDAS
Processo 030/007524/14 – Anexo 030/005966/14
RECORRENTE: Visão Médica Ltda
RECORRIDO: Fazenda Publica Municipal
RELATOR: - Sr. José Cotrik Neto
REVISORES: - Sr. Roberto Pedreira Ferreira Curi- fls. 241 a 246
Sr. Carlos Mauro Naylor – fls. 248 a 251
Sr. Manoel Alves Junior – fls.253 a 273

DECISÃO: - Por unanimidade de votos a decisão do Conselho foi de dar provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, consequentemente, cancelando o Auto de Infração, por reconhecimento da preliminar de nulidade apontada pelo Conselheiro Manoel Junior, por ausência da Notificação prévia.

EMENTA APROVADA

ACÓRDÃO Nº. 1.722/2014

"Acolhida preliminar pelo voto Relator, de nulidade absoluta por ausência de Notificação prévia, nos termos de voto de revista do Conselheiro Manoel Alves Junior. Vencida a tese que reconheceu a necessidade de Intimação prévia acerca do desenquadramento do contribuinte como Sociedade Profissional. Conhecido. Conhecida a preliminar de nulidade por ausência do contraditório prévio por unanimidade de votos".

FCCN, em 24 de março de 2015.

Sérgio Dalla Barbosa
Matrícula 18.046-1
Presidente do Conselho de Contribuintes FCCN

PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO: - 030/007524/13 – Anexo Processo 030/05966/14
"VISÃO MÉDICA LTDA"
RECURSO VOLUNTÁRIO
INSCRIÇÃO: - 123.840-1

Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado, por unanimidade de votos, foi dado provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, cancelando o Auto de Infração nº. 00031, de 18 de fevereiro de 2014, nos termos do voto do Relator, Manoel Alves Junior.

Nos termos do disposto no §§ 1º e 5º, do art. 40 do Decreto nº. 10.487/2009, recorro de ofício à Vossa Senhoria para manifestação do Exmo. Sr. Prefeito, assinalando que a referida decisão unânime se deu por acolhida de preliminar arguida pela Recorrente, na forma do voto de revista proferido pelo Conselheiro Manoel Alves Junior, destacada como "segunda preliminar de nulidade" (fls. 253 e sgts) que, resumidamente, tem como nulo ("ab initio") todo o processo de lançamento que não tenha sido oportunizado ao contribuinte, via processo autônomo e prévio à autuação, de conformidade com o que preconiza o Supremo Tribunal Federal, impugnar o ato de ofício que o retirou do regime diferenciado de recolhimento do ISS, para obriga-lo a recolher o imposto, tendo por base de cálculo seu movimento econômico, punindo-o com o bloqueio imediato, no Sistema Webiss, da emissão das notas fiscais e consequente emissão das guias pela alíquota fixa, sem o "devido e prévio regular processo legal", com o consequente cerceamento de defesa.

Sendo assim, e por força regimental (art. 94, do Decreto nº. 9735, de 28/12/2005), não se cuidou do mérito da questão amplamente posto pela Recorrente, e enfrentado em sede de 1ª Instância por seus Órgãos, mérito este que encerra matéria relevante para futuras ações fiscais no amplo universo das **Sociedades Uniprofissionais".**

FCCN, em 24 de março de 2015.

Sérgio Dalia Barbosa
Matrícula 219.203-1
Presidente da Comissão de Conselho FCCN

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FLS.
30/007524/14	26/03/14	Nilcéia de Souza Duarte Mat. 228.514-8	289

À
SSGF,

Senhor Subsecretário,

Tendo em vista decisão do Conselho de Contribuintes, encaminhamos o presente, solicitando apreciação do Senhor Secretário, face ao que dispõe o art. 40, e seus parágrafos, do Decreto n.º 10.487/09.

FNPF, em 07 de abril de 2015.

Sérgio Dalia Barbosa
Matrícula 219.003-1
Presidente do Conselho de Contribuintes FCCh

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
Rua da Conceição, nº 100/2º andar • Centro - Niterói
Rio de Janeiro - Brasil • CEP 24.020-082

FAZENDA

Processo:	Data:	Rubr.:	Fls.:
030/007524/14	26/03/14	Regina Lúcia Teixeira Matrícula 125-9	290

À FSSU para emitir parecer.
Em, 24/04/15

César Augusto Barbiero
Secretário Municipal de Fazenda

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITEROI
RUA VISCONDE DE SEPETIBA, 987, 6º ANDAR
NITEROI - RJ
21 26200403 - CNPJ : 28.521.748/0001-59
prefeitura@niteroi.rj.gov.br
www.niteroi.rj.gov.br

PROCESSO Nº 030007524/2014
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 29/01/2016
Hora: 12:46
Usuário: FABIOLA CAMPOS ALVES DA SILVA
Público: Sim

29

Processo : 030007524/2014
Data : 26/03/2014
Tipo : IMPUGNACAO AO AUTO DE INFRACAO
Requerente : VISAO MEDICA LTDA
Observação :

Titular do Processo : VISAO MEDICA LTDA EPP
Hora : 12:47
Atendente : PATRICIA DE SOUZA CONCEICAO SAPUCAIA

Fabiola Campos Alves da Silva
Mat. 238087-1

Despacho : Ao
FSJU

Desapensado o processo 030/ 002219/2016 (certidão de Interior Teor entregue em 29/01/2016), encaminhamos o presente para prosseguimento.

FNPF, 29 DE JANEIRO DE 2016.

Fabiola Campos Alves da Silva
Mat. 238087-1

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/007524/2014	26/03/2014		192

Ao Secretário Municipal de Fazenda,

Trata-se de processo administrativo iniciado em virtude de impugnação da Empresa-Contribuinte Visão Médica Ltda. (o "Contribuinte") ao Auto de Infração nº 00031/14, que **autuou o Contribuinte a pagar ISS como sociedade empresária no período de abril de 2010 a outubro de 2013, por ter sido ele desenquadrado do regime de tributação fixa com efeitos *ex tunc***, sob o fundamento de que a sociedade em questão tem caráter empresarial.

Às fls. 02/35 estão a peça de impugnação do Contribuinte e os documentos que o mesmo acostou aos autos para embasar sua defesa.

Às fls. 37/41, cópia do Auto de Infração nº 00031/14 emitido pelo fiscal de tributos Julio Rabinovici que autuou o Contribuinte em razão de o mesmo não ter recolhido o Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza – ISS sobre os serviços prestados no interregno de abril de 2010 e outubro de 2013, em razão do desenquadramento da sociedade do regime de tributação fixa.

À fl. 44, manifestação do fiscal de tributos autuante.

Às fls. 47/56, manifestação da FCEA opinando pela improcedência da impugnação.

À fl. 57, decisão de 1ª instância administrativa julgando improcedente a impugnação, bem como determinando a publicação da decisão e comunicação, por carta, ao Contribuinte.

Às fls. 59/60, respectivamente, cópia do protocolo de recebimento pelo Contribuinte da notificação da decisão do indeferimento com data de 24/07/2014 e cópia da publicação da decisão no D.O. de 26-28/07/2014.

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/007524/2014	26/03/2014	Fls. 293	293

Às fls. 62/107 consta recurso ao Conselho de Contribuintes contra a decisão que indeferiu a impugnação do Contribuinte.

Às fls. 108/131, parecer do Representante da Fazenda, Paulo César Soares Gomes, opinando pela reforma da decisão de 1ª instância e cancelamento do Auto de Infração em questão.

Às fls. 228/239, voto vencedor do Conselheiro Relator José Cotrik Neto dando total provimento ao Recurso Voluntário do Contribuinte.

Às fls. 241/246, voto vista do Conselheiro Revisor Roberto Curi, votando pela impossibilidade da retroação dos efeitos financeiros do desenquadramento.

Às fls. 248/251, voto divergente do Conselheiro Revisor Carlos Mauro, votando pelo não provimento do Recurso Voluntário e manutenção da decisão de primeira instância.

Às fls. 253/276, voto vista do Conselheiro Revisor Manoel Alves Junior, votando pela reformada da decisão de primeira instância e cancelamento do auto de infração.

Às fls. 278/285, pedido de diligência realizado pelo resposta Conselheiro Revisor Manoel Alves Junior e respectiva diligência.

À fl. 287 consta decisão do Conselho de Contribuintes votando pelo provimento do Recurso Voluntário e consequentemente cancelando-se o Auto de Infração, por reconhecimento da preliminar de nulidade apontada pelo Conselheiro Manoel Alves Junior, por ausência de notificação prévia do desenquadramento do Contribuinte como sociedade profissional, tendo sido aprovada a seguinte Ementa:

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/007524/2014	26/03/2014		304

"ACÓRDÃO N.º 1.722/2014

Acolhida a preliminar pelo voto Relator, de nulidade absoluta por ausência de Notificação prévia, nos termos do voto de revista do Conselheiro Manoel Alves Junior. Vencida a tese que reconheceu a necessidade de Intimação prévia acerca do desenquadramento do contribuinte como Sociedade Profissional. Conhecido. Conhecida a preliminar de nulidade por ausência do contraditório prévio por unanimidade de votos."

À fl. 288 consta Recurso de Ofício ao Ilmo. Secretário Municipal de Fazenda, em cumprimento aos parágrafos 1º e 5º, do artigo 40, c/c artigo 63 do Decreto Municipal nº 10.487/2009.

À fl. 290v. consta despacho do Secretário Municipal de Fazenda solicitando parecer desta Superintendência.

À fl. 291, despacho da FNPF comunicando que desapensou dos presentes autos o PA nº 030/002216/2016 referente ao requerimento do Contribuinte de Certidão de Inteiro Teor dos presentes autos.

É o relatório. Passa-se à manifestação.

Como visto, o Conselho Recursal do Município de Niterói deu total provimento ao Recurso Voluntário do Contribuinte. Por se tratar de decisão favorável ao Contribuinte, em cumprimento aos parágrafos 1º e 5º, do artigo 40 c/c artigo 63 do Decreto Municipal nº 10.487/2009, fez-se mister a interposição de Recurso de Ofício pelo Presidente do Conselho de Contribuintes ao Secretário Municipal de Fazenda, *in verbis*:

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/007524/2014	26/03/2014	Matrícula 241.643-4	295

"Art. 40 – As decisões do Conselho constituem última instância administrativa para recursos voluntários contra atos e decisões de caráter tributário.

§ 1º – ***A decisão favorável ao contribuinte ou infrator obriga recurso de ofício ao Prefeito Municipal.***

§ 2º – ***O recurso de que trata o parágrafo anterior será interposto, no próprio ato da decisão, independentemente de novas alegações e provas, pelo Presidente do Conselho.***

§ 3º – O recurso de ofício devolve à instância superior o exame de toda a matéria em discussão.

§ 4º – Não haverá recurso de ofício nos casos em que a decisão apenas procura corrigir erro manifesto.

§ 5º – ***As decisões do Conselho estão submetidas a ato homologatório do Prefeito Municipal, precedido de manifestação do Secretário de Fazenda.***

Art. 63 - ***Fica delegada ao Secretário Municipal de Fazenda a faculdade de que trata o parágrafo 5º, do artigo 40,*** *deste Decreto."*

Dessa forma, tendo esta FSJU sido instada a opinar sobre a matéria, passa-se à análise das questões de fato e de direito aduzidas no julgamento do Recurso Voluntário *sub examine*.

A questão de mérito abordada no Recurso Voluntário em análise diz respeito ao cadastro das sociedades profissionais registradas sob a modalidade de sociedade limitada para fins de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS e seus efeitos.

Inicialmente, cumpre esclarecer que o critério definidor do cálculo do ISS depende da caracterização da sociedade como empresarial ou não. **Havendo natureza**

empresarial, a sociedade não fará jus ao benefício previsto nos parágrafos 1º e 3º, do artigo 9º, do Decreto-Lei nº 406/68 – regime de tributação fixa.

Esse posicionamento há muito já é mantido pelo Egrégio Supremo Tribunal Federal, conforme se observa dos julgados abaixo ementados:

> *"IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. SOCIEDADE CIVIL. BENEFICIO TRIBUTÁRIO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS EM CARÁTER EMPRESARIAL. SOCIEDADE QUE* ***NÃO REUNE CONDIÇÕES PARA CARACTERIZAR-SE COMO SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL OU PLURIPROFISSIONAL DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS, POIS ORGANIZADA EM FORMA EMPRESARIAL****, NÃO MERECE SER TRIBUTADA A BASE DOS INCISOS LEGAIS APLICAVEIS AO PROFISSIONAL LIBERAL, SENAO QUE* ***LHE CABE O TRATAMENTO GENERICO DADO A EMPRESA.*** *AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO." (AI 90410 AgR/SP, 1ª Turma, rel. Min. Rafael Mayer, j. 20/05/1983)* – grifos postos.
>
> *"I.S.S. Aliquota Fixa. Descabimento.* ***Se a prestação do serviço resulta de exploração empresarial, pela atividade conjunta e indiscriminada de integrantes de sociedade****, fica afastado o caráter pessoal do trabalho profissional, sem que caiba o tratamento favorecido pelo §3º c/c §1º do art. 9º do Decreto-Lei nº 406/68, recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 102204/SP, rel. Min. Sydney Sanches, j. 15/02/1985)* – grifos postos.

No mesmo sentido, mais recentemente o Egrégio Superior Tribunal Justiça firmou o entendimento de que **o benefício da alíquota fixa do ISS somente é devido às sociedades unipessoais integradas por profissionais que atuam com responsabilidade pessoal, não alcançando as sociedades empresariais, como as sociedades por quotas cuja responsabilidade é limitada ao capital social**.

A Primeira Seção do Egrégio STJ definiu, ainda, de forma bastante específica, que **o benefício** previsto nos referidos parágrafos do artigo 9º do Decreto-Lei "**não se estende à sociedade limitada**, sobretudo porque nessa espécie societária a responsabilidade do sócio é limitada ao capital social" (STJ - AgRg nos EREsp 1182817/RJ - Primeira Seção, DJe 29.8.2012).

Com efeito, conforme a conceituação de "sociedade limitada" prevista no artigo 1.052, do Código Civil, *infra*, a responsabilidade dos sócios deste tipo societário está limitada às obrigações sociais; os sócios não respondem com seus patrimônios pessoais pelas dívidas da sociedade:

> *Art. 1.052. Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social.*

Além disso, o artigo 73-A, inciso I, parágrafo 1º, do Código Tributário Municipal (Lei Municipal nº 2.597/2008) apresenta rol taxativo das sociedades que podem ser classificadas como sociedades profissionais para fins da tributação benéfica do ISS, *in verbis*:

> *"Art. 73-A. São sociedades profissionais aquelas formadas exclusivamente pelos profissionais alinhados nos incisos deste artigo e que se constituírem como sociedades civis de trabalho profissional, sem cunho empresarial e com o registro dos seus contratos ou atos constitutivos no respectivo órgão de classe regulador da profissão dos sócios, cujos equipamentos, instrumentos e maquinaria necessários à realização da atividade-fim sejam usados exclusivamente na execução dos serviços da sociedade.*
>
> *(...)*
>
> *§1º Não se caracterizam como sociedades profissionais aquelas:*
>
> *I - cujos sócios não possuam, todos, habilitações profissionais diretamente relacionadas com os objetivos da sociedade e registro no mesmo órgão de classe;*
>
> *II- que tenham como sócio pessoa jurídica;*

III- que sejam constituídas sob a forma de sociedades por ações ou empresárias de qualquer tipo ou a elas equiparadas;

IV- que exerçam atividade diversa das habilitações profissionais dos sócios;

V- quando houver contratação de empregados que não possuam a mesma habilitação dos sócios ou titulares e que pratiquem atos em nome da sociedade, afastando a característica estritamente pessoal do trabalho;

VI- quando os serviços prestados dependerem de estrutura organizacional e não apenas do trabalho pessoal, caracterizando elemento de empresa;

VII- quando houver sócio que participe somente para aportar capital ou administrar."

Assim, resta claro que, **sendo a sociedade contribuinte constituída sob a forma de limitada, possui ela natureza empresarial, não podendo fazer, portanto, uso da previsão mais benéfica e especial de recolhimento de ISS contida nos parágrafos 1º e 3º, do artigo 9º, do Decreto-Lei nº 406/68, devendo se submeter ao regime geral de tributação, nos termos do mais moderno posicionamento da Egrégia Corte Superior de Justiça**, como é possível vislumbrar das ementas abaixo colacionadas:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. TRIBUTÁRIO. ISS. TRATAMENTO PRIVILEGIADO PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/68. SOCIEDADE LIMITADA. ESPÉCIE SOCIETÁRIA EM QUE A RESPONSABILIDADE DO SÓCIO É LIMITADA AO CAPITAL SOCIAL. 1. ***A orientação da Primeira Seção/STJ pacificou-se no sentido de que o tratamento privilegiado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68 somente é aplicável às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial. Por tais razões, O BENEFÍCIO NÃO SE***

***ESTENDE À SOCIEDADE LIMITADA**, sobretudo porque nessa espécie societária a responsabilidade do sócio é limitada ao capital social. Nesse sentido: AgRg nos EREsp 941.870/RS, 1ª Seção, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 25.11.2009. 2. "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado" (Súmula 168/STJ). 3. Agravo regimental não provido." (AgRg nos EREsp 1182817/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/8/2012, DJe 29/8/2012).*

*"TRIBUTÁRIO PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. INSTRUMENTALIDADE RECURSAL. 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 N. 406/68. REQUISITOS PARA O BENEFÍCIO LEGAL VERIFICADOS NA CORTE DE ORIGEM E. SÚMULA 7/STJ. 1. É possível receber os embargos de declaração como agravo regimental, em homenagem à fungibilidade recursal e à economia processual, quando nitido o seu caráter infringente. Precedente: EDcl na Rcl 5.932/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 29.5.2012. 2. **A jurisprudência das duas Turmas que compõem a Primeira Seção é uniforme no sentido de que o benefício da alíquota fixa do ISS somente é devido às sociedades unipessoais integradas por profissionais que atuam com responsabilidade pessoal, não alcançando as sociedades empresariais, como as sociedades por quotas cuja responsabilidade é limitada ao capital social**. 3. É, portanto, necessário, para o deferimento das benesses do dispositivo em questão, o atendimento de requisitos específicos. 4. O Tribunal de origem entendeu que o recorrido não preenche tais requisitos. Incidência da Súmula 7/STJ. 5. Quanto à interposição pela alínea c, este Tribunal tem entendimento no sentido de que a*

incidência da Súmula 7 desta Corte impede o exame de dissídio jurisprudencial, uma vez que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso, com base na qual a Corte de origem deu solução à causa. Embargos de declaração recebidos como agravo regimental, e improvido." (EDcl no AREsp 425635 PE 2013/0364483-5, Rel. MINISTRO HUMBERTO MARTINS, julgado em 10/12/2013).

"AGRAVO REGIMENTAL EM EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE DIVERGÊNCIA. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. ALÍQUOTA. SOCIEDADES UNIPESSOAIS. 1. A jurisprudência deste Superior Tribunal de Justiça, seguindo orientação do Pretório Excelso, firmou-se no entendimento de serem incabíveis os embargos de divergência em que se invoca dissídio jurisprudencial com base em regra técnica acerca do juízo de admissibilidade de recurso especial, porque aferido com base na regularidade da dedução das razões recursais, avaliada em cada caso. 2. A jurisprudência das duas Turmas que compõem a Primeira Seção é uniforme no sentido de que o benefício da alíquota fixa do ISS somente é devido às sociedades unipessoais integradas por profissionais que atuam com responsabilidade pessoal, não alcançando as sociedades empresariais, como as sociedades por quotas cuja responsabilidade é limitada ao capital social. 3. "Não cabem embargos de divergência, quando a jurisprudência do Tribunal se firmou no mesmo sentido do acórdão embargado." (Súmula do STJ, Enunciado nº 168). 4. Agravo regimental improvido." (AgRg no EREsp 941870/RS, 1ª Seção, rel. Min. Hamilton Carvalhido, j 11/11/2009).

"TRIBUTÁRIO. ISS. ALÍQUOTA FIXA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. SOCIEDADE POR COTAS DE RES PONSABILIDADE LIMITADA. 1. A tributação fixa do ISS (art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/1968) aplica-se apenas

> *às sociedades uniprofissionais integradas por profissionais que atuam com responsabilidade pessoal. As entidades empresariais sem responsabilidade pessoal, como é a hipótese presente, submetem-se à tributação normal (ISS sobre o preço dos serviços). 2. Agravo Regimental não provido." (AgRg no REsp 807205/RS, 1ª Seção, rel. Min. Herman Benjamin, j 16/09/2008).*

Dessa forma, faz-se mister ressaltar que não há qualquer incongruência entre as normas municipais e o artigo 983, do Código Civil, que prevê que "a sociedade empresária deve constituir-se segundo um dos tipos regulados nos arts. 1.039 a 1.092; a sociedade simples pode constituir-se de conformidade com um desses tipos, e, não o fazendo, subordina-se às normas que lhe são próprias".

Diz-se isso porque, em que pese a lei civilista permitir que a sociedade simples se constitua sob a forma de sociedade limitada, tais normas não estão sendo desrespeitadas pelas normas tributárias municipais do ISS, tampouco pelo Eg. Superior Tribunal; a questão que se impõe diz respeito às atividades exercidas pelas sociedades, uma vez que o ISS é um tributo que recai sobre os serviços prestados e somente pode ser recolhido com alíquota fixa nos casos em que as atividades desenvolvidas sejam estritamente pessoais, o que não é o caso das atividades desenvolvidas por sociedades limitadas, entendimento este que vai ao encontro do escorreito posicionamento do Egrégio STJ.

Assim, uma vez que uma sociedade apresente caráter empresarial, isto é, esteja constituída sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada, ou distribua lucros não aliados aos serviços prestados pelos sócios, resta configurado o caráter empresarial do contribuinte, que afasta a tributação fixa do ISS.

Ademais, o fato de a Fazenda ter promovido o recadastramento e a respectiva homologação de sociedades uniprofissionais limitadas não significa que a Fazenda esteja amarrada a esse entendimento *ad eternum*.

Pelos princípios regentes da Administração Pública, sobretudo os princípios da supremacia do interesse público e da autotutela, a Fazenda Municipal pode, a qualquer

tempo, rever os critérios jurídicos norteadores de seus atos, de ofício ou em consequência de decisão administrativa ou judicial, justificando, dessa forma, o desenquadramento de ofício daquelas sociedades limitadas que antes tinham sido cadastradas como uniprofissionais.

O fato de ter a Fazenda Municipal alterado o cadastro dos contribuintes pessoas jurídicas constituídas sob a forma sociedades profissionais limitadas da mesma forma não viola os princípios do contraditório, da ampla defesa e do paralelismo das formas, já que tais contribuintes têm o direito de, no momento em que recebem a notificação da alteração do cadastro, impugnarem o ato, nos termos do artigo 26, do Decreto Municipal 10.487/09. O que acontece, nesses casos, é o contraditório *a posteriori*, somente podendo se falar em violação a tais princípios se a Fazenda se recusasse a examinar a impugnação apresentada.

Com efeito, vale salientar que a situação que deu origem ao presente processo se encaixa perfeitamente na hipótese de mudança de critério jurídico aplicado ao recolhimento do ISS das sociedades profissionais constituídas sob a forma de sociedade limitada, em virtude de ter a Corte Superior pacificado sua jurisprudência no sentido de que não devem ser elas abarcadas pela tributação benéfica, hipótese essa legalmente permitida, nos termos do artigo 146, do Código Tributário Nacional, *in verbis*:

> *"Art. 146. A* ***modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do*** *lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução."*

Nesse sentido, segundo as lições de Luís Eduardo Schoueri: *"(...) o 146 cogita de mudança de critério jurídico, i.e., de nova escolha, pela Administração, entre interpretações "certas"."* (*Direito Tributário*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 564).

No mesmo sentido, confiram-se as lições de Hugo de Brito Machado:

> *"Há mudança de critério jurídico quando a autoridade administrativa simplesmente muda de interpretação, substitui uma interpretação por*

> *outra, sem que se possa dizer que qualquer das duas seja incorreta. Também há mudança de critério jurídico quando a autoridade administrativa, tendo adotado uma entre várias alternativas expressamente admitidas pela lei, na feitura do lançamento, depois pretende alterar esse lançamento, mediante a escolha de outra das alternativas admitidas e que enseja a determinação de um crédito tributário em valor diverso, geralmente mais elevado."* (*Curso de Direito Tributário*. 12ª Edição. São Paulo: Malheiros, 1997, p. 123).

Ocorre que, como se vislumbra da leitura do artigo 146, *supra*, os efeitos da mudança de critério jurídico são **irretroativos**, em respeito ao princípio da segurança jurídica, pois, segundo Igos Mauler Lessa e Donovan Mazz, "(...) jamais haveria ato jurídico perfeito nas relações entre o Fisco e o contribuinte caso pudesse o primeiro mudar seu entendimento e fazê-lo retroagir conforme suas conveniências." (*A anulação de atos concessórios de drawback interno face à isonomia entre as empresas públicas e privadas, ao conceito de licitação internacional e aos princípios da segurança jurídica e da proteção da confiança*. RDDT 141/95, jun/07).

A esse respeito, válidas são as palavras de Ricardo Lodi Ribeiro:

> *"**Se a Administração identifica como correta uma determinada interpretação da norma e depois verifica que esta não é mais adequada ao Direito, tem o poder-dever de, em nome da sua vinculação com a juridicidade e com a legalidade, promover a alteração do seu posicionamento**. Porém, **em nome da proteção da confiança legítima, deve resguardar o direito do contribuinte em relação aos lançamentos já realizados**."* (*A Proteção da Cofiança Legítima do Contribuinte*. RDDT nº 145, out/07, p. 99) – grifos postos.

No mesmo sentido, Claudio Carneiro, ao falar do princípio da irreversibilidade do lançamento, tipificado no art. 146 do CTN, afirma que:

> *"Este princípio encontra amparo em um princípio maior, que é da segurança das relações jurídicas, pois o contribuinte não pode ser surpreendido pela auto-executoriedade dos atos da Fazenda Pública e, com isso, ficar à mercê da modificação do lançamento pelo Fisco. Extrai-se da leitura do art. 146 que o contribuinte, uma vez respaldado por ato da Fazenda Pública, não poderá ser surpreendido."* (*Curso de Direito Tributário e Financeiro*. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2008, pp. 519/520).

Destacam-se, ainda, as seguintes lições de Eduardo Sabbag:

> *"O erro de direito viabiliza a adoção de novo critério jurídico na exegese da norma, que se contrapõe a um critério anteriormente utilizado. Assim, em certo momento, muda-se a interpretação, substituindo uma exegese por outra; ou, o que não é incomum, passa-se a adotar uma alternativa anteriormente não escolhida, na interpretação do caso concreto.*
>
> *Quer-se afirmar que o novo critério jurídico, escolhido pelo Fisco, na atividade de lançamento, só poderá ter efeitos ex nunc, com aplicação exclusiva a casos futuros, prestigiando a boa-fé do contribuinte. Posto isso, é incabível o lançamento suplementar motivado por erro de direito.*
>
> *(...)*
>
> *A esse propósito, o extinto Tribunal Federal de Recursos prolatou a Súmula 227, cujo teor segue, ad litteram: "A mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão do lançamento".*
>
> *(...)*
>
> *De mais a mais, infere-se que o art. 146 do CTN positiva, em nível infraconstitucional, o postulado da segurança jurídica, sem deixar de ratificar os princípios da não surpresa e da proteção á confiança do contribuinte."* (SABBAG, Eduardo. *Manual de Direito Tributário*. 4ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, PP. 776/777).

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/007524/2014	26/03/2014	Fiscal Matrícula 241.643-4	305

Sendo assim, em atenção à irretroatividade dos efeitos da mudança de critério jurídico pela Fazenda Municipal, torna-se essencial a comunicação aos contribuintes a respeito da mudança de critérios do lançamento de ISS no que concerne às sociedades uniprofissionais de responsabilidade limitada, de modo a que tais contribuintes tomem ciência de que, a partir da mudança de critério, sua forma de recolher o ISS foi alterada e, ainda, que possam exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, se for o caso. Nesse sentido:

> "*(...) se em lançamento anteriores a autoridade administrativa adotou determinada interpretação da lei tributária, pode o contribuinte, fiando-se no artigo 146 acima transcrito, seguir o mesmo entendimento, até que ele seja informado diretamente ou por meio de ato administrativo público, de que diverso será o entendimento da fiscalização? A resposta deve ser afirmativa.*" (SCHOUERI, Luis Eduardo. *Direito Tributário*. 2ª edição. São Paulo: Saraiva, 2012, p. 564).

No presente caso, o Contribuinte foi notificado da mudança de critério durante a fiscalização que resultou no Autor de Infração nº 00581/13, iniciada em 13 de novembro de 2013 e concluída em 16 de dezembro de 2013, conforme fls. 08 e 162/163 do PA anexo nº 030/023430/2013 (Ação Fiscal do Auto de Infração nº 00581/13).

Sendo assim, é legítima e está legalmente amparada pelo artigo 146, do CTN, a mudança *ex ofício* do critério jurídico adotado pela Fazenda Municipal em relação à forma de tributação do ISS das sociedades profissionais limitadas. Entretanto, os efeitos dessa mudança de critério jurídico somente poderão ser aplicados *ex nunc*, isto é, a partir do recebimento, pelo contribuinte, da notificação, em respeito ao artigo 146, do CTN.

Tendo em vista a ação fiscalizatória pela qual o Contribuinte foi notificado da mudança de critério jurídico a respeito da sua forma de tributação do ISS teve **início em 23 de novembro de 2013, somente a partir desta data poderá lhe ser exigida a tributação do ISS nos moldes devidos pelas sociedades empresárias.**

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/007524/2014	26/03/2014		306

Todavia, o Auto de Infração nº 00031/14 autuou o Contribuinte a pagar débitos de ISS referentes ao período de abril de 2010 a outubro de 2013, período este anterior à data em que o Contribuinte foi notificado do seu desenquadramento como sociedade profissional, razão pela qual **opino pelo deferimento do Recurso Voluntário, com o consequente cancelamento do Autor de Infração nº 00031/14**.

É o parecer.

FSJU, 01 de março de 2016.

ERIC FERNANDES DA SILVA MENDONÇA
SUPERINTENDENTE JURÍDICO
MAT. Nº 239.956-0

NITERÓI
PREFEITURA
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Processo	Data	Rubrica	Folha
030/0007524/2014	26/03/2014		307

À FNPF,

Considerando o previsto no art. 40 e parágrafos do Decreto nº 10.487/09, que *devolve à instância superior o exame de toda a matéria em discussão;*

Considerando ainda que, na sequência, o §5º estabelece que as decisões do Conselho serão *submetidas a ato homologatório do Prefeito Municipal, precedido de manifestação do Secretário de Fazenda;*

Considerando que o art. 63 do citado Decreto delega *ao Secretário Municipal de Fazenda a faculdade de que trata o parágrafo 5º, do artigo 40, deste Decreto;*

Considerando o parecer de fls. 292 a 306, onde a Superintendência Jurídica opina no sentido que somente poderá ser exigida a tributação do ISS nos moldes devidos pelas sociedades empresárias após a notificação de mudança de critério jurídico;

DECIDO:

1) O contribuinte deve ser notificado previamente ao lançamento, por qualquer uma das formas previstas em lei, sobre a mudança de critério jurídico na forma de tributação, servido como tal, inclusive, a chamada para recadastramento estabelecida por força do Decreto nº 10.767, de 22.07.2010;
2) No caso em análise, no entanto, mesmo após recadastrada, a sociedade empresária foi registrada como sociedade de profissionais, tendo recebido e pago os carnês (lançamento) como uniprofissional, conforme se verifica às fls. 09 a 13 do processo nº 030/002181/2015, apensado ao presente processo. A mudança no cadastro ocorreu em setembro de 2013. Somente a partir de então deve ser tributada como empresa prestadora de serviços tributada pelo movimento econômico.

Face ao acima exposto, HOMOLOGO a decisão proferida às fls. 287 deste processo, cancelando o AI nº 00031, de 18/02/2014.

Em 26/09/2016

CESAR AUGUSTO BARBIERO
Secretário Municipal de Fazenda