


PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
30/009695/13	12/04/2013	 Nº 228.314-8	92

Senhor Presidente e demais membros do Conselho:

Trata-se de RECURSO interposto por COLONESE ASSESSORIA CONTÁBIL LTDA, inscrito no cadastro de contribuintes desta Secretaria sob o nº 081.909-4, contra decisão de 1ª instância que denegou pedido de alteração quanto à forma de recolhimento do ISS (de "movimento econômico" para valor fixo-sociedade uniprofissional).

DO RECURSO

A recorrente alega:

- Que teve reconhecido em juízo o direito de recolher o ISS por valor fixo, como sociedade uniprofissional, nos termos da legislação (Decreto 406/68 e LC 116/03), decisão esta com trânsito em julgado;
- Que o município de Niterói procedeu ao desenquadramento da recorrente sob a alegação de que a mesma fora constituída sob a forma de "sociedade limitada", o que seria vedado pela legislação atual para fins de recolhimento do ISS como sociedade uniprofissional;
- Que o município se nega a reconhecer os efeitos da sentença, tendo em vista a modificação da legislação municipal. No seu entender, tal comportamento agride os princípios da Segurança Jurídica e a Coisa Julgada.
- Que não teria ocorrido alteração dos critérios jurídicos de recolhimento do ISS de modo a justificar a vulneração da Coisa Julgada.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
30/009695/13	12/04/2013		93

CONSIDERAÇÕES

Informa o FCEA em seu parecer (folhas 32 a 37) que a ora recorrente foi reenquadrada, quando do cadastramento no sistema WebISS, a fim de que a sociedade passasse a recolher o ISS sobre o movimento econômico, ao invés do valor fixo aplicável às sociedades uniprofissionais.

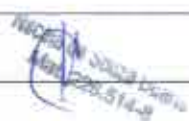
Tal modificação se deu por força do disposto no artigo 73-A, introduzido pela lei nº 2.678/09, que veda expressamente que sociedades empresárias sejam consideradas como uniprofissionais. Isto devido ao caráter pessoal da prestação de serviços típico destas, e ausente naquelas. Sendo a sociedade limitada uma espécie de sociedade empresária, nos termos do artigo 983 do Código Civil, claro está que a forma societária adotada pela recorrente seria um obstáculo ao seu enquadramento como sociedade uniprofissional.

Apresentou o FCEA, em suporte a sua tese, doutrina e vasta jurisprudência. E, tendo em vista a existência de decisão judicial com trânsito em julgado favorável à recorrente, encaminhou o processo à Superintendência Jurídica (FSJU) a fim de que esta se manifestasse.

A FSJU (folhas 38 a 48) opinou pela improcedência do pedido de revisão cadastral e consequentemente pela manutenção do sistema de recolhimento do ISS sobre o movimento econômico. Entendeu inexistir possibilidade de enquadrar-se a requerente na categoria de sociedade uniprofissional, por sua condição de "sociedade limitada", apresentando jurisprudência do STJ (Superior Tribunal de Justiça) neste sentido.

Quanto à decisão judicial obtida pela recorrente, salientou a FSJU importante aspecto: A de que a sentença em questão determinou ao município de Niterói que se abstivesse de exigir o ISS nos termos do artigo 15 da lei municipal nº 2.118/03, cuja inconstitucionalidade foi incidentalmente declarada.

A lei nº 2.118/03 foi revogada pela lei nº 2.597/08 (atual CTM), que foi alterada pela lei nº 2.678/09. Esta, por sua vez, introduziu o já referido artigo 73-A, que modificou a sistemática de recolhimento do ISS, impondo novas condições para o enquadramento de uma sociedade como uniprofissional.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
30/009695/13	12/04/2013		94

Havendo modificação das circunstâncias de fato e/ou de direito, como ressaltou a FSJU, e em consonância com a jurisprudência mais atual do STJ, não haveria ofensa à coisa julgada.

No entanto, impõe-se destacar que a matéria já foi objeto de análise deste Conselho, no processo nº 030/060554/14, relativo à então recorrente VISÃO MÉDICA LTDA.

Na ocasião, manifestou-se o Colegiado no sentido do reconhecimento da preliminar de nulidade por ausência de notificação prévia do desenquadramento do contribuinte da condição de SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL.

Como resultado, foi a decisão favorável ao pleito da recorrente e contrário à Administração Municipal, ensejando RECURSO DE OFÍCIO ao Ilmo. Secretário Municipal de Fazenda.

Por fim, decidiu o Secretário, calcado em parecer da Superintendência Jurídica (FSJU) pela necessidade de notificar-se previamente o contribuinte da mudança, por entender ser "...legítima e legalmente amparada pelo art. 146 do CTN a mudança *ex officio* do critério jurídico adotado pela Fazenda Municipal em relação à forma de tributação do ISS das sociedades profissionais limitadas", salientando contudo que os efeitos dessa mudança de critério jurídico somente poderiam ser aplicados com efeito *ex nunc*, a partir do recebimento da notificação.

Considerando que a decisão em tela, já definitiva, deve balizar a atuação da Administração Municipal na análise da questão, e a inexistência de notificação prévia do recorrente quanto ao desenquadramento, é o Parecer pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

FCCN, 12 de dezembro de 2016.



Helton Figueira Santos

Representante da Fazenda



NITERÓI


PREFEITURA

Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo Sobral Tavares Procurador do Município Mat. 239/888-3 OAB/RJ 169716	96

Exmo. Sr. Presidente,

Nos termos do art. 28, inciso III do Decreto nº 9.735/05¹, solicito a dilação do prazo regimental, eis que se trata de matéria complexa, que demandará estudo aprofundado e extensas razões de decidir.

Em 29.12.2016.


EDUARDO SOBRAL TAVARES
CONSELHEIRO

¹ Art. 28. Compete ao Conselheiro Relator: III - solicitar, em tempo hábil, ao Presidente, a dilação do prazo a que se refere o art. 54, desde que por período não superior a 15 (quinze) dias, quando se tratar de recurso que contenha matéria complexa, de difícil estudo;



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo Sobral Loures Procurador do Município Mat. 232.868-3 OAB/RJ nº 9715	97

EMENTA: ISS – sociedade uniprofissional – descaracterização do regime de alíquotas fixas (art. 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68) – ausência de violação à coisa julgada – sentença *rebus sic stantibus* – modificação superveniente das circunstâncias fáticas e jurídicas – inexistência de modificação de critério jurídico – constatação de elementos de empresa – art. 73-A, §1º, VII da Lei Municipal nº 2.597/08 – desprovimento do recurso

Exmo. Sr. Presidente e demais membros deste Conselho,

I. Relatório

Trata-se de recurso voluntário interposto por COLONESE ASSESSORIA CONTABIL EMPRESARIAL, em face da decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação administrativa e manteve a higidez do Auto de Infração nº 00232/14.

O Auto de Infração nº 00232/14, que retifica o Auto de Infração nº 499/13, foi lavrado em razão do não recolhimento da diferença de ISS incidente sobre os serviços de auditoria e contabilidade, inclusive serviços técnicos e auxiliares (subitens 17.15 e 17.18 da Lista Anexa à Lei Municipal nº 2.597/08) relativo ao período de janeiro de 2010 a dezembro de 2011.



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo Soares Procurador do Município Mat. 239.208-3 OAB/RJ 169715	98

Sustenta a recorrente que a decisão de primeira instância viola a coisa julgada formada nos autos do Processo nº 0004154-17.2004.8.19.0002 (2004.002.004345-0), a qual teria reconhecido seu direito ao recolhimento do ISS com base no regime de alíquotas fixas (Decreto-Lei nº 406/68). Ademais, afirma inexistir alteração das circunstâncias de fato e de direito que autorizem a modificação do critério determinado pela decisão judicial em comento.

A seu turno, a Representação Fazendária aduz que a decisão contida no processo acima mencionado determinou que o Município de Niterói se absteresse de exigir o ISS nos termos do art. 15 da Lei Municipal nº 2.118/03, a qual teria sido revogada pela Lei Municipal nº 2.597/08, que atualmente embasa a tributação pela movimentação econômica. Desse modo, considerando a jurisprudência consolidada do Superior Tribunal de Justiça no sentido da incompatibilidade do tipo "LTDA" com a tributação fixa e a alteração legislativa municipal, teria ocorrido a modificação das circunstâncias fáticas e jurídicas, o que afastaria a violação à coisa julgada.

Contudo, afirma que tal matéria já foi objeto de análise por este Conselho (PA nº 030/060554/14), quando se fixou o entendimento de que a modificação do critério jurídico adotado pela Fazenda Municipal relativamente à tributação das sociedades uniprofissionais que adotam o tipo "LTDA" teria efeito *ex nunc*, isto é, após a notificação prévia do contribuinte, o que não teria ocorrido no caso.

Assim, considerando a necessidade de uniformização da jurisprudência administrativa municipal, opina pelo provimento do recurso, com a consequente anulação do lançamento tributário.

É o relatório. Voto.



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo Soares Procurador do Município Mat. 21.948.3 CAR. 16.9715	99

II. Fundamentos

O primeiro ponto a ser analisado diz respeito à alegação de violação da coisa julgada formada nos autos do Processo nº 0004154-17.2004.8.19.0002 (2004.002.004345-0).

Com efeito, a recorrente COLONESE ASSESSORIA CONTABIL EMPRESARIAL ajuizou ação ordinária no ano de 2004 pugnando pela declaração de inexistência de obrigatoriedade do recolhimento do ISS pela movimentação econômica (art. 8º da Lei Municipal nº 2.118/03), eis que, na condição de sociedade uniprofissional, seria a ela aplicável o regime de alíquotas fixas (art. 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68).

Em 2006, o juízo da 2ª Vara Cível da Comarca de Niterói, seguindo a tendência da jurisprudência que predominava à época, proferiu sentença declarando a inexistência de obrigatoriedade do recolhimento do ISS pela movimentação econômica, pois, em se tratando de sociedade uniprofissional, seria aplicável o regime de alíquotas fixas previsto no art. 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68.

Inconformado, o Município de Niterói recorreu, mas a sua apelação foi desprovida por acórdão da Sétima Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, quando então houve o trânsito em julgado da decisão.

Em 2007, portanto, houve o trânsito em julgado da decisão que declarou a inexistência de obrigatoriedade do recolhimento do ISS pela movimentação econômica prevista pelo art. 8º da Lei Municipal nº 2.118/03.

Contudo, dois eventos supervenientes alteraram a relação jurídica em discussão, permitindo que a tributação pudesse voltar a ocorrer com base na movimentação econômica: (1) em 2007/2008, a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça se consolidou no sentido de que as sociedades que adotam o tipo "limitada" (LTDA) estão impedidas de recolher o ISS através do regime de alíquotas fixas, eis que tal



NITERÓI

PREFEITURA

Processo Administrativo	Data	Assinatura	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo S. Cabrita Procurador do Município Mat. 230.088-3 GAB:RJI/0715	100

forma de responsabilidade societária (limitada ao valor da cota não integralizada) seria incompatível com a responsabilidade pessoal exigida pelo art. 9º, §3º do Decreto-Lei nº 406/68; (2) no dia 30 de dezembro de 2009, foi publicada a Lei Municipal nº 2.678/09, que inseriu na Lei Municipal nº 2.597/08 o art. 73-A para afastar o regime de alíquotas fixas das sociedades profissionais que exerçam atividade empresarial.

Ora, uma vez que a relação jurídico-tributária pertence ao gênero das relações jurídicas continuativas, sabe-se que a coisa julgada material somente produz efeitos enquanto se mantiver aquele estado de fato e de direito (art. 505, inciso I do CPC/15). Em outros termos, trata-se de uma decisão judicial com a cláusula *rebus sic stantibus*. Significa dizer que ela existe e produz efeitos normalmente, mas, uma vez alterado o estado de direito que deu origem àquela decisão, cessa-se a sua eficácia no plano temporal.

Na prática, isso significa que o Município de Niterói realmente não poderia tributar tal contribuinte pela movimentação econômica com base na Lei Municipal nº 2.118/03 durante o período de sua vigência, mas tem o dever de tributar com base em legislação superveniente (a Lei Municipal nº 2.678/09), que inaugurou novo estado de direito.

Com a alteração do estado de direito, surgiria, portanto, o dever de tributar o contribuinte pela movimentação econômica não com base na legislação revogada (Lei Municipal nº 2.118/03), mas em legislação superveniente que impede a aplicação do regime de alíquotas fixas às sociedades que exerçam atividade empresarial ou que se constituam sob o tipo "limitada".

Logo, deve-se reconhecer que uma decisão judicial em relações continuativas não produz efeitos *ad eternum*, estando sujeita a alterações no estado de fato ou de direito, que, no caso em tela, ocorreram.



Processo Administrativo	Data	Assinatura	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo Soares Procurador do Município Mat. 239.155-3 OAB/RJ 10.9715	101

Vale ressaltar, além da alteração legislativa promovida pela Câmara de Vereadores do Município de Niterói, o quadro normativo também foi modificado em 2007 pela consolidação da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça no sentido de que as sociedades que adotam o tipo "limitada" (LTDA) estão impedidas de recolher o ISS através do regime de alíquotas fixas, eis que tal forma de responsabilidade societária (limitada ao valor da cota não integralizada) seria incompatível com a responsabilidade pessoal exigida pelo art. 9º, §3º do Decreto-Lei nº 406/68:

ISS. ALÍQUOTA FIXA. AUSÊNCIA DOS REQUISITOS PARA CONCESSÃO DO BENEFÍCIO. SOCIEDADE POR COTAS DE RESPONSABILIDADE LIMITADA.

I - A agravante não se enquadra no conceito de sociedade uniprofissional integrada por profissionais que atuam com responsabilidade pessoal. É sociedade por cotas de responsabilidade limitada e, nos termos da jurisprudência desta Corte, o ISS é devido quando a sociedade assume caráter empresarial. Precedentes: REsp nº 555.624/PB, Rel. Min. FRANCIULLI NETTO, DJ de 27/09/2004, p. 324; AgRg no AG nº 458.005/PR, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 04/08/2003, p. 233; REsp nº 334.554/ES, Rel. Min. GARCIA VIEIRA, DJ de 11/03/2002, p. 202; REsp nº 145.051/RJ, Rel. Min. MILTON LUIZ PEREIRA, DJ de 22/06/1998, p. 34.

II - Agravo regimental improvido.

(AgRg nos EDcl no REsp 919.708/MS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 07/08/2007, DJ 30/08/2007, p. 234)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL.

SUPOSTA OFENSA AO ART. 3º DO CPC. REEXAME DE MATÉRIA FÁTICA. ÓBICE DA SÚMULA N. 7/STJ. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE LIMITADA. CARÁTER EMPRESARIAL. NÃO



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo Souto Procurador do Município Mat. 23.968-3 OAB-RJ 16.8715	102

INCIDÊNCIA DO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PRIVILEGIADO, IMPOSSIBILIDADE.

1. O Tribunal de origem entendeu, em suma, que "resta evidenciado que o referido profissional, que é sócio da apelante, assinou os recibos de f. 16/26 como representante desta, sendo desta forma a empresa Climed S/C Ltda. parte legítima para figurar no polo passivo da execução fiscal". Nesse contexto, para se adotar qualquer conclusão em sentido contrário ao que ficou expressamente consignado no acórdão atacado e se reconhecer a apontada violação ao artigo 3º do Código de Processo Civil, é necessário o reexame de matéria de fato, o que é inviável em sede de recurso especial, tendo em vista o disposto na Súmula n. 7/STJ.

2. 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 (AgRg nos EREsp 1182817/RJ, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 29.8.2012).

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 420.198/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/12/2013, DJe 10/12/2013)

A consolidação da jurisprudência altera o estado de direito vigente, enquadrando-se, da mesma forma, na possibilidade de revisão da coisa julgada, na esteira do art. 505, inciso I do CPC/15. Cessa-se, assim, a eficácia temporal da decisão transitada em julgado, de modo que ela só alcança os fatos geradores ocorridos sob a égide do quadro



Processo Administrativo	Data	Eduardo Soares Torres Procurador do Município Mat. 239.68-3 CABERJ 949715	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017		103

normativo existente no momento da prolação da decisão, mas jamais aqueles regidos por quadro normativo superveniente.

Nessa esteira, a fim de aprofundar o tema, mister que seja abordado instituto da coisa julgada material e de sua eficácia temporal, para que os limites do que deva ser cumprido sejam devidamente esclarecidos.

Inicialmente, deve ser realizado um breve discurso sobre o instituto da coisa julgada e dos limites temporais da eficácia das decisões judiciais quando se trata de relações jurídicas continuativas (ou de trato continuado), nos termos do art. 505 do CPC/15.

Prescreve o art. 502 do CPC/15 que “denomina-se coisa julgada material a autoridade que torna imutável e indiscutível a decisão de mérito não mais sujeita a recurso”. Para a doutrina, coisa julgada material “é a qualidade que torna imutável e indiscutível o comando que emerge da parte dispositiva da sentença de mérito não mais sujeita a recurso ordinário ou extraordinário”. Em definição ainda mais apurada, a coisa julgada material é a imutabilidade extraprocessual da norma jurídica individualizada contida na parte dispositiva de uma decisão judicial².

Feita esta definição inicial, parte-se para o estudo das relações jurídicas. Como se sabe, a Teoria Geral do Direito classifica as relações jurídicas em pelo menos três espécies: (1) as relações jurídicas instantâneas; (2) as relações jurídicas permanentes; e (3) as relações jurídicas sucessivas.

A relação jurídica instantânea é aquela “decorrente de fato gerador que se esgota imediatamente, num momento determinado, sem continuidade no tempo, ou que, embora resulte de fato temporalmente desdobrado, só atrai a incidência da norma quando

² NERY JR., Nelson; NERY, Rosa Maria Andrade. **Código de Processo Civil comentado e legislação extravagante**. 13ª ed. São Paulo: RT, 2013, p. 817.

³ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paulo Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2, 9ª ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 420.



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo Sobral Tavares Procurador do Município Mat. 239 852-3 OAB/RJ 10 5715	104

estiver inteiramente formado”³. Fredie Didier Jr. exemplifica com a relação jurídica que surge em decorrência da prática de um ato ilícito, tendo por objeto a obrigação de ressarcimento dos danos materiais causados à vítima⁴.

Relação jurídica permanente é aquela que “nasce de um suporte de incidência consistente em fato ou situação que se prolonga no tempo”⁵. Trata-se daquela relação jurídica que envolve duas partes por algum vínculo (como o vínculo contratual, em casos de locações), e que, eventualmente, envolvem prestações periódicas.

Finalmente, há as relações jurídicas sucessivas, que são “nascidas de fatos geradores instantâneos que, todavia, se repetem no tempo de maneira uniforme e continuada”⁶. Fredie Didier Jr. exemplifica exatamente com o caso das obrigações tributárias⁷.

Perceba-se que, diferentemente das relações permanentes, em que há um único vínculo que se mantém durante um período determinado de tempo, nas relações sucessivas há, na verdade, múltiplas relações jurídicas: nasce uma relação jurídica a cada ocorrência do fato gerador e o nascimento da próxima depende da repetição deste fato.

Tanto as relações jurídicas permanentes quanto as sucessivas são chamadas pelo Código de Processo Civil de relações jurídicas continuativas (como gênero) em seu art. 505:

³ ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 99.

⁴ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 442.

⁵ ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 99.

⁶ ZAVASCKI, Teori. *Eficácia das sentenças na jurisdição constitucional*. 2. ed. São Paulo: RT, 2012, p. 100.

⁷ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. *Curso de Direito Processual Civil*. v. 2. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 442.



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo Sobral Procurador Municipal Mat. 237.988-3 OAB/RJ 158712	105

Art. 505. Nenhum juiz decidirá novamente as questões já decididas relativas à mesma lide, salvo:

I - se, tratando-se de relação jurídica de trato continuado, sobrevier modificação no estado de fato ou de direito, caso em que poderá a parte pedir a revisão do que foi estatuído na sentença;

II - nos demais casos prescritos em lei.

Essas relações jurídicas possuem de forma implícita o conhecido brocardo romano *rebus sic stantibus* (em tradução livre, significa "estando as coisas como estão"). Ou seja, havendo modificação superveniente no estado de fato ou de direito, é lícito rever o quanto se decidiu. A bem da verdade, esta característica existe em qualquer sentença: só faz coisa julgada material aquilo que foi efetivamente julgado e a modificação superveniente ainda não foi.

Nas relações jurídicas sucessivas, contudo, essa qualidade está presente de forma diferenciada, precisamente porque, como já se disse, são relações jurídicas autônomas para cada fato gerador, isto é, a ocorrência de cada fato gerador tributário dá origem a uma nova relação jurídica, ainda que semelhante à anterior. Essa circunstância justifica a atenção do legislador em dedicar um artigo ao tema.

Assim, é cediço que as obrigações tributárias são relações jurídicas sucessivas por excelência e, desta forma, sujeitas ao art. 505 do CPC/15. Conforme leciona Cândido Rangel Dinamarco, "não há razão alguma para que as coisas fossem diferentes quando a sentença coberta pela coisa julgada contém decisão sobre matéria regida pelo direito tributário. Como a coisa julgada não é tributária, administrativa, civil, comercial, etc., mas vem do plano político da Constituição e se rege pelo direito processual, é imperioso destacá-la dos conceitos, regras e princípios de todo e qualquer ramo do direito material. (...) O que se sucede é que, com relação a prestações futuras (e jamais quanto às vencidas), a coisa julgada deixará de prevalecer quando sobrevier alguma disciplina legal ou algum fato



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo Sobral Tavares Procurador do Município Mat. 2.000-3 OAB/RJ 10.9715	106

novo capaz de desfazer o juízo probabilístico sobre o qual se apoia a condenação por prestações futuras**.

O fato de se tratar de relação jurídica sucessiva fez com que o Supremo Tribunal Federal editasse a Súmula nº 239 com o seguinte teor:

Súmula nº 239, STF. Decisão que declara indevida a cobrança de imposto em determinado exercício não faz coisa julgada em relação aos posteriores.

Pelo rigor do enunciado, a decisão só teria eficácia da imutabilidade naquele exercício em que foi prolatada. No exercício seguinte, o tributo já poderia ser lançado.

O Superior Tribunal de Justiça, contudo, passou a adotar uma visão mais restritiva, entendendo que a decisão continuaria a produzir efeitos desde que não houvesse qualquer alteração no estado de fato ou de direito daquela relação jurídico-tributária. Este entendimento tem sido recorrente, consoante se verifica pelos seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS.

COISA JULGADA. LEGISLAÇÃO SUPERVENIENTE. ALTERAÇÃO DOS ASPECTOS FORMAIS DA HIPÓTESE DE INCIDÊNCIA. NOVA EXECUÇÃO FISCAL.

POSSIBILIDADE. TRÂNSITO EM JULGADO. QUESTÕES NÃO APRECIADAS. SÚMULA Nº 7/STJ. REEXAME DE PROVA.

1. "1. A Súmula 239/STF, segundo a qual 'decisão que declara indevida a cobrança do imposto em determinado exercício, não faz coisa julgada em relação aos posteriores', aplica-se tão-somente no plano do direito tributário formal porque são independentes os

** DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. Curso de Direito Processual Civil. v. 2. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 444.



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Luiz Roberto Soares Procurador Municipal Mat. 21/268-3 GRUPO 153715	107

lançamentos em cada exercício financeiro. Não se aplica, entretanto, se a decisão tratou da relação de direito material, declarando a inexistência de relação jurídico-tributária.

2. A coisa julgada afastando a cobrança do tributo produz efeitos até que sobrevenha legislação a estabelecer nova relação jurídico-tributária. (REsp nº 731.250/PE, Relatora Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, in DJ 30/4/2007).

2. Reconhecida no acórdão recorrido, com base nos elementos de prova dos autos, a inexistência de trânsito em julgado em relação à questão da proibição do ajuizamento de novas execuções fiscais pela Fazenda Pública, tem-se que a pretensão recursal em sentido contrário, tal como posta, insula-se no universo fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado nº 7 da Súmula do Superior Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 1194372/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/11/2010, DJe 16/12/2010)

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ICMS E ISS. OPERAÇÕES "MISTAS".

CRITÉRIOS. SERVIÇOS DE ELABORAÇÃO DE ÓCULOS POR ENCOMENDA. ART. 155, § 2º, IX, B, CF. LC 116/03.

1. A ação declaratória em sede tributária pode ter como escopo a declaração de inexistência de relação jurídica que tenha por objeto determinado tributo.

2. O efeito prospectivo da decisão contínua submete-se ao princípio da legalidade ínsita na Súmula 239/STF, no sentido da coisa julgada temporal (a contrário sensu do Resp. 1.045.978/RS e consoante o Resp. 638.377/MG). À guisa de exemplo, verbis: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC, ART. 485, V). EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA.



Processo Administrativo	Data	Assinatura	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Rubica Tavares Léuárdo Sobrinho Procurador de Município Mot. 132.868-3 OAB RJ 169715	107

1. A sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as conseqüências jurídicas: daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentadas pelas partes. Por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença, em regra, opera sobre o passado, e não sobre o futuro.

2. Portanto, também quanto às relações jurídicas sucessivas, a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes. Elucidativa dessa linha de pensar é a Súmula 239/STF. (...) (REsp 638377/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 21/03/2005, p. 260) 3. A delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente à incidência de ICMS e de ISS, está disciplinada pela Carta Magna (art. 155, II, § 2º, IX, b e 156, III), bem como por normas infraconstitucionais (art. 2º, IV, da LC 87/96 e art. 1º, § 2º, da LC 116/03). Precedentes: STF, Primeira Turma, RE 144795, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 12.11.93; STF, RE 129.877, Min. Marco Aurélio, DJ de 127.11.92.

4. A Primeira Seção desta e. Corte firmou entendimento no sentido de que: (a) sobre operações "puras" de circulação de mercadoria e sobre os serviços previstos no inciso II, do art. 155 da CF (transporte interestadual e internacional e de comunicações) incide ICMS; (b) sobre as operações "puras" de prestação de serviços previstos na lista de que trata a LC 116/03 incide ISS; (c) e sobre operações mistas, incidirá o ISS sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03 e incidirá ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista. Precedente: REsp 1092206/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 23/03/2009;



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Edoardo Sobral Procurador Municipal Mat. 225/148715	109

AgRg no AgRg no REsp 1168488/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 29/04/2010).

5. In casu, conforme reconhecido pela própria recorrente, a atividade da autora, consistente na elaboração e comercialização de óculos de grau personalizados, sob prescrição médica, não está prevista na Lista de Serviços da Lei Complementar nº 116/03, o que implica reconhecer a incidência do ICMS, nos termos das fundamentações acima delimitadas.

6. Recurso especial a que se nega provimento.

(REsp 1102838/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/12/2010, DJe 17/12/2010)

Este entendimento do Superior Tribunal de Justiça tem sido adotado também em sede doutrinária. Afirma Fredie Didier Jr. que, “na verdade, o enunciado n. 239 da súmula da jurisprudência do STF deve ser entendido desta forma: a decisão que reconhece a inexistência do dever de pagar tributo permanece eficaz enquanto permanecer o mesmo quadro normativo do mencionado tributo. Se o painel normativo do tributo sofrer alteração, a decisão que houver reconhecido a inexistência do dever de contribuir no exercício anterior não mais se aplica, em razão dessa alteração”⁹.

Ora, ainda que não se considerasse a consolidação jurisprudencial do Superior Tribunal de Justiça como novo estado de direito, é mister ressaltar que houve a edição da Lei Municipal nº 2.678/09, que passou a vedar que sociedades profissionais que sejam constituídas sob a forma de sociedade por ações ou empresária de qualquer tipo adotem o regime de recolhimento fixo do ISS (art. 9º, §§1º e 3º do Decreto-Lei nº 406/68).

A edição de legislação superveniente configura, incontestavelmente, um novo estado de direito. Aliás, todas as decisões do Superior Tribunal de Justiça transcritas no tópico sobre coisa julgada material envolveram a vigência de uma nova legislação tributária, o que torna inequívoco que, a partir da publicação da Lei Municipal nº 2.678/09, a

⁹ DIDIER JR., Fredie; BRAGA, Paula Sarno; OLIVEIRA, Rafael Alexandria de. **Curso de Direito Processual Civil**. v. 2. 9. ed. Salvador: Juspodivm, 2014, p. 444.



NITERÓI

PREFEITURA

Processo Administrativo	Data	Assinatura	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	<i>Luiz do Socorro</i> Procurador do Município Mat. 239.468-3 OAB/RJ 69715	110

recorrente não pode se beneficiar do regime de recolhimento do ISS instituído pelo Decreto-Lei nº 406/68.

Em suma, não há qualquer violação à coisa julgada material formada nos autos do Processo nº 0002757-20.2004.8.19.0002, eis que se está diante de nova causa de pedir.

No mérito, deve ser analisado o ponto relativo aos efeitos da modificação do critério jurídico, de acordo com o que dispõe o art. 146 do Código Tributário Nacional¹⁰. Nesse ponto, ousou discordar da Representação Fazendária, pois compreendo que, na hipótese, não houve simples modificação de critério jurídico, mas apuração de fatos que indicam que a recorrente exerce atividade empresarial, o que sempre foi óbice à adoção do regime de alíquotas fixas.

De fato, como bem salientou o parecer da Representação Fazendária, a norma contida no art. 146 do Código Tributário Nacional determina que qualquer alteração no critério jurídico, ainda que fruto de decisão judicial, só produz efeitos prospectivos, ou seja, para os fatos geradores futuros. Assim é o posicionamento da doutrina nacional¹¹.

Ocorre, porém, que o caso em tela não contempla uma simples modificação de critério jurídico, como se imaginaria numa análise perfunctória. Na verdade, verifica-se uma situação fática que sempre ensejou a descaracterização do regime de alíquota fixas instituído pelo Decreto-Lei nº 406/68.

O relatório da Ação Fiscal (PA nº 030/021382/13), que ensejou a lavratura do Auto de Infração nº 00232/14, assim descreve os termos da autuação:

¹⁰ Art. 146. A modificação introduzida, de ofício ou em consequência 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.

¹¹ RIBEIRO, Ricardo Lodi. A proteção da confiança legítima do contribuinte. RDDT nº 145, out/07, p. 99.



Processo Administrativo	Data	EdUARDO SOARES PROCURADOR DO MUNICÍPIO MAT. 239.388-3 OAB/RJ 119.9715	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017		111

“Após intimada, a sociedade apresentou toda a documentação solicitada, após análise da documentação, pode-se observar:

- a) Além dos sócios, como pode-se verificar na planilha abaixo, trabalham na empresa 23 funcionários em várias funções, recebendo salários fixos, descritos no livro de empregados;
- b) Não há distribuição dos ganhos da empresa entre os profissionais, percebe-se uma estrutura de funcionários x empresários;
- c) As atividades são desenvolvidas em caráter genuinamente empresarial, apresentando estrutura organizacional, com vultoso faturamento mensal;
- d) Há previsão contratual de pró-labore e divisão de lucros entre os sócios, como pode-se observar na cláusula 8ª do contrato social;
- e) A sociedade exerce atividade de contabilidade e assessoria fiscal e tributária, o que não faz parte da atribuição de contadores especificamente;
- f) Além dos itens expostos acima, o caráter empresarial é facilmente comprovado pela distribuição de lucros entre os sócios, como pode-se observar no livro razão e livro de empregados (cópia em anexo)”

Nota-se, com base no exposto, que a exclusão do regime diferenciado de recolhimento contido no Decreto-Lei nº 406-68 se deu não pela simples adoção do tipo societário “limitada” (o que caracterizaria modificação do critério jurídico), mas sim pela constatação *in concreto* de elementos de empresa, nos termos do art. 966, parágrafo único do Código Civil¹².

No caso, foi verificado que a organização dos fatores de produção (pluralidade de atividades, estrutura de funcionários x empresários, divisão de lucros entre sócios etc.) se tornou mais importante que a própria atividade pessoal desenvolvida, de modo que a

¹² Art. 966. Considera-se empresário quem exerce profissionalmente atividade econômica organizada para a produção ou a circulação de bens ou de serviços. Parágrafo único. Não se considera empresário quem exerce profissão intelectual, de natureza científica, literária ou artística, ainda com o concurso de auxiliares ou colaboradores, salvo se o exercício da profissão constituir elemento de empresa.



Processo Administrativo	Data	Assinatura	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo Soares Procurador do Município Mat. 239.98-3 OAB/RJ 10.2716	112

sociedade ganhou contornos empresariais. Nesse sentido o Enunciado nº 194 da III Jornada de Direito Civil do Conselho da Justiça Federal¹³.

Ainda, convém destacar a posição doutrinária que sustenta que “bastaria, em cada caso concreto, analisar se (i) há mais de um ramo de atividade sendo exercido, ou se (ii) há contratação de terceiros para o desempenho da atividade-fim”¹⁴ para descaracterizar o elemento pessoal do trabalho. O relatório da Ação Fiscal, vale lembrar, constatou ambas as hipóteses.

Tais aspectos fáticos sempre ensejaram a tributação pelo regime de movimentação econômica, inexistindo, quanto ao ponto, qualquer modificação de critério jurídico a ensejar efeitos *ex nunc*. Assim dispõe o art. 73-A, §1º, VI da Lei Municipal nº 2.597/08, bem como previa o revogado art. 63, §1º da Lei Municipal nº 480/83:

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:

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

¹³ Enunciado nº 194 – Art. 966: Os profissionais liberais não são considerados empresários, salvo se a organização dos fatores da produção for mais importante que a atividade pessoal desenvolvida.

¹⁴ RAMOS, André Luiz Santa Cruz. **Curso de direito empresarial**. 4. ed. Salvador: Editora JusPodivm, 2010, p. 64.



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Ednardo Soares Procurador do Município Mat. 239.008-3 DAD-04-02713	113

Art. 63. O imposto será calculado aplicando-se sobre a base de cálculo,

§ 1º A prestação de serviços por pessoa física, sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, com o auxílio de, no máximo, dois empregados que não possuam a mesma habilitação profissional do empregador, será tributada com o valor mensal de:

I - Referência P1, conforme disposto no Anexo I, quando os serviços prestados necessitarem, por força de lei, de qualificação profissional obtida através de titulação dada por instituição de nível superior;

II - Referência P2, conforme disposto no Anexo I, quando os serviços prestados dispensarem a qualificação profissional mencionada no inciso I.

Logo, a meu ver, as razões de decidir utilizadas pela FSJU para embasar seu parecer nos autos do PA n° 030/060554/14 (VISÃO MÉDICA LTDA) não se encontram presentes no caso em tela, motivo pelo qual devo divergir da manifestação da Representação Fazendária.

Ainda que assim não fosse, deve-se abrir espaço para a distinção entre "modificação de critério jurídico" e "erro de direito". Como afirma Carlos Alberto de Moraes-Filho:

"Com efeito, o art. 146 do CTN, que veda a revisão de lançamento tributário em razão de mudança de critérios jurídicos, não se aplica ao erro de direito, porquanto se tratam de fenômenos distintos: o erro de direito ocorre quando não seja aplicada a lei ou quando a má aplicação desta seja notória e indiscutível, enquanto a mudança de critério jurídico ocorre, basicamente, com a substituição, pelo órgão de aplicação do



Processo Administrativo	Data	Publicações	Folha(s)
030/0013253/2014	05/01/2017	Eduardo Sobral Tavares Procurador do Município Mat. 229.988-3 DADIRJ 69713	114

direito, de uma interpretação por outra, sem que se possa dizer que qualquer delas seja incorreta”¹⁵.

Por certo, não se pode afirmar que a descaracterização do regime de alíquotas fixas pela adoção do tipo societário “limitada” seja uma mera substituição, pelo órgão de aplicação do direito, de uma interpretação por outra, sem que se possa dizer que qualquer delas seja incorreta. Em verdade, ela (recolhimento por alíquotas fixas) era uma interpretação errada que foi retificada por outra (recolhimento pela movimentação econômica), desta vez correta.

III. Dispositivo

Ante o exposto, voto pelo conhecimento do recurso e seu **desprovemento**, mantendo-se integralmente a decisão de primeira instância e, conseqüentemente, a higidez do Auto de Infração nº 00232/14.

Em 05.01.2017.


EDUARDO SOBRAL TAVARES
CONSELHEIRO

¹⁵ FILHO, Carlos Alberto de Moraes. Limites objetivos à revisibilidade do lançamento no processo administrativo tributário. RDTAPET nº 13, mar/07, p. 49.



PREFEITURA
NITERÓI
FAZENDA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/013253/2014		<i>Niterói, 05 de Junho de 2014. Ass: 228.514-8</i>	<i>16</i>

Processo nº: 030/013253/2014

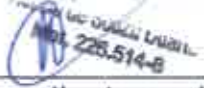

Matéria: RECURSO VOLUNTÁRIO

Recorrente: COLONESE ASSESSORIA CONTÁBIL EMPRESARIAL

Recorrida: SSGF-SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO
FAZENDÁRIA

**EMENTA: ISS - AUTO DE INFRAÇÃO
- RECURSO VOLUNTÁRIO -
SOCIEDADE PRESTADORA DE
SERVIÇOS DE CONTABILIDADE -
PROCEDÊNCIA DO RECURSO -
COLONESE ASSESSORIA CONTÁBIL
EMPRESARIAL - SOCIEDADE
UNIPROFISSIONAL - TRATAMENTO
DIFERENCIADO COM PAGAMENTO
DO ISS EM ALÍQUOTAS FIXAS-
FISCALIZAÇÃO FAZENDÁRIA -
DESENQUADRAMENTO - REVISÃO
RETROATIVA DOS LANÇAMENTOS.
INVIABILIDADE. VIOLAÇÃO AO
ART. 146 DO CTN EVIDENCIADA.
NULIDADE RECONHECIDA -
RECURSO PROVIDO.**

Senhor Presidente do Conselho de Contribuintes e Senhores Conselheiros deste órgão julgador, rogo vênua por divergir do Voto do eminente Relator Dr. Eduardo Sobral e cumpro o dever de elaborar o voto que ora submeto à apreciação, precedido do breve relato que se segue.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/013253/2014		 228.514-8	 07

Em que pese concordo com o ilustre relator em seu posicionamento relacionado à tese requestada pelo Recorrente de "violação de coisa julgada" firmada nos autos de ação declaratória. No curso da referida ação obteve-se o trânsito julgado favorável ao Recorrente em sentença prolatada(2007) em acórdão nos autos da apelação Cível 2006.01.51044, para que se mantivesse o enquadramento e recolhimento do ISS como sociedade uniprofissional.

Nessa esteira, o Sr. Relator destaca dois eventos posteriores que alteraram a relação jurídica em discussão: a jurisprudência consolidada no sentido de que as sociedades constituídas sob o regime de LTDA não poderiam se beneficiar da alíquota fixa para recolhimento do ISS e a alteração introduzida pela Lei 2678/09, inserindo o art. 73-A, para afastar o regime de alíquotas fixas das sociedade " que sejam constituídas sob a forma de sociedades por ações ou empresárias de qualquer tipo ou a elas equiparadas".

Destarte, a decisão de ofício que determinou o desenquadramento do regime especial à Recorrente, fere diretamente a obrigatoriedade da observância do contraditório e do devido processo legal, de modo que não houve instauração de qualquer procedimento administrativo prévio qual oportunizaria a oitiva da parte contrária, além de que sequer fora notificado a apresentar qualquer manifestação a respeito de tais informações.

A minha divergência no julgamento deste auto relaciona-se à forma ou procedimento para a alteração cadastral de uniprofissional para a de movimento econômico pelo fato do contribuinte estar

307013953/14



registrado como "LTDA". Da mesma forma que se obrigou o contribuinte ao preenchimento de ficha CEC com a anexação de documentos, abrindo-se um Processo Administrativo para, posteriormente, à luz do art. 23 do Dec. 10767, se homologar ou não a solicitação cadastral, reconhecendo-se inclusive a empresas constituídas sob o regime de LTDA, o direito de recolhimento por alíquotas fixas. Não haveria outra forma legal para se modificar esse "status" a não ser através de notificação prévia dando-se conhecimento ao contribuinte dos critérios utilizados para modificação cadastral sobejada.

Trata-se, portanto, de tema relacionado à matéria de ordem pública, atrelada ao cerceamento de defesa administrativo. Pelo que, se mostra razoável o conhecimento de ofício da matéria em análise.

Essa prática é ilegal e contraria o princípio da boa-fé do contribuinte, de um lado. E de outro lado, representa insubmissão da administração a seus próprios atos, o que é inadmissível por implicar violação do princípio da segurança jurídica.

Para subsidiar ainda a importância do contraditório, a Súmula 7, expedida pela Secretaria de Finanças de São Paulo, diz de forma clara e sucinta:

"2010-0.118.499-4 - SECRETARIA MUNICIPAL DE FINANÇAS
- Súmulas de jurisprudência Administrativa relativas ao ISS e
incidência sobre a atividade das Sociedades Uniprofissionais. -
Homologação -
7 - "Os desenquadramentos do regime especial de
recolhimento do ISS realizados pela Administração Tributária
deverão ser precedidos de regular processo administrativo
tributário, observado o princípio do contraditório, constando
todos os elementos que comprovem o serviço especializado
praticado pela sociedade e sua organização; não bastando à
análise do contrato social e declaração cadastral"

0070 13 253/14

Núcleo de Gestão Litigiosa
Mat. 225.514-8

Apesar da não observância pela Fazenda Municipal aos princípios acima, ballizou-se o parecer do Superintendente Jurídico desta casa, exarada nos autos do processo administrativo fiscal fls. 301, nº 030/060554/2014, relativamente à empresa VISÃO MÉDICA LTDA, onde o Eminente Dr. Eric Fernandes, afirma in verbis:

" ..que a situação que deu origem ao presente processo se encaixa perfeitamente na hipótese de mudança de critério jurídico aplicado ao recolhimento de ISS das sociedades profissionais constituídas sob a forma de sociedade limitada, em virtude de ter a Corte Superior pacificado jurisprudência no sentido de que não devem ser abarcadas pela tributação benéfica, hipótese esta legalmente permitida nos termos do art. 146, do CTN que diz:

"Art. 146- A modificação introduzida, de ofício ou em consequência 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".

Tais fatos, convém salientar, referem-se a mudança de critério jurídico aplicado à forma de recolhimento do ISS por sociedades de profissionais constituídos sob a forma de LTDA, em virtude da jurisprudência das altas cortes.

Resta claro na leitura do texto supra transcrito que a alteração do critério jurídico de interpretação só pode ser aplicada em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente a essa alteração.

A Fazenda Municipal de maneira açodada e não obedecendo aos princípios básicos do devido processo legal, agiu de maneira transversa à Lei para consecução de seus objetivos.

30/013253/14

120
Núcleo de Souza Jue
Mat. 226.514-3

A Representação Fazendária em seu relatório dá provimento ao Recurso Voluntário e informa que a matéria já foi objeto de análise deste Conselho, nos autos do processo 030/060554/14, com a posterior homologação pelo Senhor Secretário Municipal de Fazenda.

O Eminent Relator sustenta ainda que o caso epigrafado não contempla uma simples modificação de critério, diz tratar-se de uma questão fática. Faz menção às fls. 110, ao relatório da ação Fiscal, anexa ao processo administrativo 030/021382/2013, em que a Fiscal autuante descreve os termos da autuação.

Primeiramente, há que se ressaltar que tal relato faz parte de um documento interno da Fazenda, servindo apenas para subsidiar o relatório da ação fiscal. Esse documento nunca foi apresentado ao Recorrente. Não houve anexação de qualquer documento comprobatório das afirmações citadas.

Com relação à Notificação Fiscal 00632/13, de descaracterização, elencou-se com base nos Incisos do art. 73-A os motivos para desenquadramento:

V)...” não se caracterizam como sociedade profissional aquelas sociedades que contratam empregados que não possuam a mesma habilitação dos sócios, e que pratiquem atos em nome da sociedade, afastando a característica estritamente pessoal do trabalho...”

Não há prova alguma acostada nos autos de contratação por parte da Recorrente de empregados que não possuam a mesma habilitação ou que estejam praticando atos em nome da sociedade.

A seguir faz menção ao inciso III, do supracitado artigo:

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

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/013253/2014		Niceia de Souza Duarte Adv. 226.514.9	19

Com relação a este inciso, trata-se do único critério com sustentação legal e provas arroladas para descaracterização. Mas em momento algum verificou-se nos documentos fiscais e contábeis juntados a comprovação de distribuição de lucros entre os sócios;

Na toada de desenquadramento por fim transcreve o inciso VI, que diz:


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

Nas palavras de MIGUEL REALE, a organização nas sociedades não empresárias deve ser pessoal, no sentido de que o trabalho dos sócios não é superado por toda a organização.

Vale transcrever a tese trazida pelo autor do Anteprojeto do CC, SYLVIO MARCONDES:

"(...) pela simples razão de que o profissional intelectual pode produzir bens, como o fazem os artistas; podem produzir serviços, como o fazem os chamados profissionais liberais; mas nessa atividade profissional, exercida por essas pessoas, falta aquele elemento de organização dos fatores de produção; porque na prestação desse serviço ou na criação desse bem, os fatores de produção, ou a coordenação de fatores, é meramente acidental: o esforço criador se implanta na própria mente do autor, que cria o bem ou o serviço. Portanto, não podem – embora sejam profissionais e produzam bens ou serviços – ser considerados empresários. "

Seguindo os mesmos critérios que nortearam a decisão exarada no processo 030/007524/2014, no relato do Eminentíssimo Procurador Dr. Eric Fernandes, afirmando que a mudança do critério jurídico a respeito da forma de tributação somente poderia ser efeto

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/013253/2014		 Dirceu de Souza Duarte tel. 228-37648	29

a partir da data da notificação de exclusão, ou seja, no caso em questão a partir de 18 de outubro de 2013.

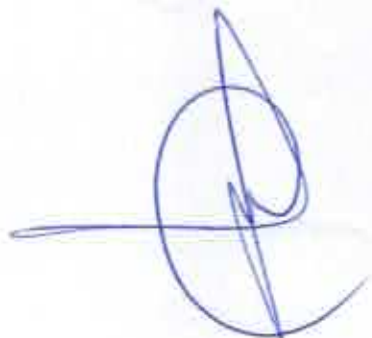
Para concluir, é salutar que o Conselho de Contribuintes uniformize suas decisões, visando a minimizar as divergências em julgados e adote sempre a mesma interpretação da lei. Objetiva-se assim que se evite diferentes interpretações pela mesma norma, acarretando a possibilidade de dois contribuintes, com situações idênticas, tenham suas demandas julgadas de forma diversa. A aplicação não uniforme do direito pelo Conselho cria a insegurança e a incerteza das relações jurídicas. Quando o Eminente Representante Fazendário informa que "**decidiu o Secretário, calcado no parecer da Superintendência Jurídica(FSJU), que os efeitos da mudança do critério jurídico somente poderiam ser aplicados a partir da data da notificação**"... balizou a atuação da Administração Municipal na questão.

Sendo assim, fez-se necessário o presente voto, resguardando-se a segurança jurídica na relação fisco/contribuinte.

Ante o exposto, DIVIRJO DO RELATOR, opinando pelo DEFERIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

É o meu voto.

Niterói, 22 de fevereiro de 2017.





**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

PROCESSO Nº. 030/013253/2014

DATA: - 23/02/2017

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

956º SESSÃO

HORA: - 10:00

DATA: 23/02/17

PRESIDENTE: - Paulo Cesar Soares Gomes

CONSELHEIROS PRESENTES

1. Carlos Mauro Naylor
2. Alcidio Haydt Souza
3. Dr. Eduardo Sobral Tavares
4. Celio de Moraes Marques
5. Amauri Luiz de Azevedo
6. Manoel Alves Junior
7. Paulino Gonçalves Moreira Leite Filho
8. Roberto Pedreira Ferreira Curi

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


VOTOS VENCIDOS: - Dos Membros sob o nºs. (03)

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

VOTO DE DESEMPATE: - SIM () NÃO (X)

RELATOR DO ACÓRDÃO: - Sr. Celio de Moraes Marques

FCCN, em 23 de fevereiro de 2017.


 Nilcem de Souza Duarte
 Mat. 226.514-8

SECRETARIA

030/13253/14

125
Núcleo de Suporte
Mat. 228.514-8



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

ATA DA 956ª Sessão Ordinária

Data: 23/02/2017

DECISÕES PROFERIDAS

Processos 030/013253/2014 – Anexo Processo 030/060455/2013

RECORRENTE: - Colonese Assessoria Contábil Empresarial
RECORRIDO: - Fazenda Pública Municipal
RELATOR: Dr. Eduardo Sobral Tavares
REVISOR: - Sr. Celio de Moraes Marques

DECISÃO: - Por maioria de votos, foi dado provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, conseqüentemente, provido como cancelamento do Auto de Infração nº. 00232, de 30 de maio de 2014, nos termos do voto do Revisor.

EMENTA APROVADA
ACÓRDÃO Nº. 1.903/2017

“ISS – Auto de Infração – Recurso Voluntário – Sociedade prestadora de Serviços de Contabilidade – Procedência do Recurso – Colonese Assessoria Contábil Empresarial – Sociedade Uniprofissional – Tratamento diferenciado com pagamento do ISS em alíquotas fixas – Fiscalização Fazendária – Desenquadramento – Revisão retroativa dos lançamentos. Inviabilidade. Violação ao art. 146 do CTN evidenciada. Nulidade reconhecida. Recurso provido.”

FCCN, em 23 de fevereiro de 2017.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE

030/13253/14

20
Município de Niterói
Mat. 226.514-8



NITERÓI

PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO 030/013253/14 – Anexos 030/060455/13 e 030/021382/2013
“COLONESE ASSESSORIA CONTÁBIL EMPRESARIAL LTDA”
RECURSO VOLUNTÁRIO

Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado, por maioria de votos, foi de dar provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, conseqüentemente cancelando o Auto de Infração nº. 0232, datado de 30 de maio de 2014, pela preliminar de nulidade apresentada nos autos do presente processo.

Face ao exposto, submetemos a apreciação de Vossa Senhoria, nos termos do § 5º, do art. 40 do Decreto 10487/09.

FCCN, em 23 de fevereiro de 2017

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE