**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.222.954 - SP (2017/0325425-0)**

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
AGRAVANTE : CENTRO ESPECIALIZADO CAMPINAS DE SERVICOS AUXILIARES MEDICO-HOSPITALARES S/S - EPP
ADVOGADO : EVANDRO ALVES DA SILVA GRILI - SP127005
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE CAMPINAS
PROCURADOR : LUMENA APARECIDA GADIA E OUTRO(S) - SP058189

# DECISÃO

*TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. ART. 9o., 1o. E 3o. DO DECRETO-LEI 406/1968. SOCIEDADE SIMPLES UNIPROFISSIONAL DE MÉDICOS. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER EMPRESARIAL. SERVIÇO PRESTADO DE FORMA PESSOAL. RECOLHIMENTO DO ISS SOBRE ALÍQUOTA FIXA. POSSIBILIDADE. DECISÃO DE FLS. 442/448 RECONSIDERADA PARA CONHECER DO AGRAVO E DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE.*

1. Trata-se de Agravo Interno interposto pelo CENTRO ESPECIALIZADO CAMPINAS DE SERVIÇOS AUXILIARES MÉDICO-HOSPITALARES S/S - EPP., em adversidade à decisão monocrática (fls. 442/448) que negou provimento ao Agravo em Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:

*TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. ART. 9o., §§ 1o. E 3o., DO DECRETO-LEI 406/1968. EXISTÊNCIA DE CARÁTER EMPRESARIAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECOLHIMENTO DO ISS SOBRE ALÍQUOTA FIXA. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DO ACERVO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL DA CONTRIBUINTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.*

2. Nas razões recursais, a parte agravante sustenta que, (a) *em que pese a responsabilidade limitada por dívidas da sociedade, e só da sociedade, no caso das sociedades simples, ainda assim, no exercício da profissão, médica por exemplo, a responsabilidade será sempre ilimitada pelos atos praticados no exercício da atividade profissional* (fls. 456) e (b) a ocorrência de coisa julgada (fls. 468).

3. Pugna, desse modo, a reconsideração da decisão ora

atacada ou a apresentação do feito à Turma Julgadora.

4. Às fls. 472, certificou-se o decurso de prazo para impugnação.

5. É o breve relatório.

6. Assiste razão à parte agravante. A controvérsia trazida nos autos não exige a análise do acervo fático-probatório dos autos, pois o que se questiona é se a adoção do tipo societário de sociedade limitada atribui, por si só, caráter empresarial à sociedade formada por profissionais que exercem atividades intelectuais de natureza científica, literária ou artística. Reconsidero, portanto, a decisão de fls. 422/448, passando à análise do mérito do Apelo Nobre.

7. Cinge-se a questão em saber se a parte recorrente faz jus ao recolhimento do ISS na forma privilegiada prevista no art. 9o., §§ 1o. e 3o. do Decreto-Lei 406/1968.

8. O art. 9o. do Decreto-Lei 406/1968, assim dispõe:

> *Art 9o. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.*
>
> *§ 1o. Quando se tratar de prestação de serviços sob a forma de trabalho pessoal do próprio contribuinte, o imposto será calculado, por meio de alíquotas fixas ou variáveis, em função da natureza do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho.*
>
> *(...).*
>
> *§ 3o. Quando os serviços a que se referem os itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa forem prestados por sociedades, estas ficarão sujeitas ao imposto na forma do § 1o., calculado em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviços em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal, nos termos da lei aplicável.*

9. No caso dos autos, o acórdão recorrido decidiu pela impossibilidade de se adotar o regime privilegiado de tributação às sociedades

constituídas por quotas de responsabilidade limitada. Todavia, o simples fato de constar o tipo societário como *limitada* não tem o condão de afastar a incidência da alíquota fixa prevista nas disposições dos §§ 1o. e 3o. do art. 9o. do Decreto-Lei 406/1968, pois essa limitação, na verdade, não a descaracteriza como sociedade simples se o seu objeto não for empresarial.

10. Não poderia o Tribunal de origem ter afastado a incidência da alíquota fixa pelo fato de a sociedade ser do tipo limitada. Explica-se.

11. O que ocorre, em verdade, é a formação do capital social com o valor em que cada sócio contribuiu para a formação da sociedade, nada tendo a ver com responsabilização do sócio perante terceiros.

12. Destaca-se que o lucro e sua distribuição são elementos de qualquer sociedade, seja empresária ou não. Caso contrário, estaríamos diante de uma associação em que a distribuição e auferimento de lucro são vedados.

13. Outrossim, tratando-se de sociedade em que existe a exploração da respectiva profissão intelectual e na qual os sócios respondem em caráter pessoal pelos serviços prestados, enquadra-se perfeitamente como sociedade simples, fazendo jus ao recolhimento do ISS na forma do art. 9o., §§ 1o. e 3o. do Decreto-Lei 406/1968.

14. Para elucidar a questão, o Professor ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS ensina: *o que define uma sociedade como empresária ou simples é o seu objeto social.* A saber:

> *(...) Se nem sempre o exercente de atividade econômica é considerado empresário, haja vista a regra excludente do parágrafo único do art. 966 do Código Civil, isso nos leva à conclusão de que também nem sempre uma sociedade será empresária, haja vista a possibilidade de se constituírem sociedades cujo objeto social seja a exploração da atividade intelectual dos seus sócios. Essas sociedades, antes chamadas de sociedades civis, são denominadas pelo atual Código Civil de sociedades simples.*
>
> *O Código Civil estabelece, em seu art. 982, que salvo as exceções*

> *expressas, considera-se empresária a sociedade que tem por objeto o exercício de atividade própria de empresário sujeito a registro (art. 967); e, simples, as demais. Isso mostra que o que define uma sociedade como empresária ou simples é o seu objeto social. Há apenas duas exceções a essa regra, contidas no seu parágrafo único do art 982, o qual prevê que independentemente de seu objeto, considera-se empresária a sociedade por ações; e simples, a cooperativa.*
>
> *Diante do exposto, resta claro que as chamadas sociedades uniprofissionais - sociedades formadas por profissionais intelectuais cujo objeto social é a exploração da respectiva profissão intelectual dos seus sócios - são, em regra, sociedade simples, uma vez que nelas faltará, não raro, o requisito da organização dos fatores de produção, da mesma forma que ocorre com os profissionais intelectuais que exercem individualmente suas atividades* (Direito Empresarial, São Paulo: Método, 2017, p. 63).

15. Acrescenta o mesmo autor que a exceção para se enquadrar uma sociedade simples como empresária deve existir o requisito da *organização dos fatores de produção:*

> *(...) No entanto, seguindo a diretriz do art. 966, parágrafo único, do Código Civil, nos casos em que o exercício da profissão intelectual dos sócios das sociedade uniprofissionais (que compõem o seu objeto social) constituir elemento de empresa, ou seja, nos casos em que as sociedade uniprofissionais explorarem seu objeto social com empresarialidade (organização dos fatores de produção), elas serão consideradas sociedade empresárias.*
>
> *Em síntese: é o requisito da organização dos fatores de produção que caracteriza a presença do chamado elemento de empresa no exercício de profissão intelectual receba a qualificação jurídica de empresário. Isso, obviamente, vale tanto para o exercício de profissão intelectual individualmente quanto para o exercício de profissão liberal da sociedade* (p. 64).

16. Portanto, conclui-se que inexiste o requisito da *organização dos fatores de produção*, pois está-se diante de uma sociedade simples que tem por objeto social a **prestação de serviços médicos, prestados diretamente pelos sócios**.

17. Para finalizar essa linha de argumentação, vale frisar que o próprio Código Civil em seu art. 983 admite que uma sociedade simples se constitua como uma sociedade limitada. O fato de ela usar esse tipo societário não a descaracteriza

como sociedade simples se o seu objeto, repita-se, não for empresarial (no caso, frise-se, como se trata de **sociedade formada por médicos que exercem diretamente suas respectivas profissões, não há dúvida de que se está diante de uma sociedade simples**).

18. No âmbito do Superior Tribunal de Justiça, o entendimento firmado é o de que o benefício da alíquota fixa do ISS somente é devido às sociedades uni ou pluriprofissionais que prestam serviço em caráter personalíssimo *sem intuito empresarial*. Nesse sentido:

> *TRIBUTÁRIO. ISS. ART. 9º, §§ 1º e 3º, DO DECRETO LEI No. 406/68. SOCIEDADE PLURIPROFISSIONAL DE ARQUITETOS E ENGENHEIROS. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER EMPRESARIAL. RECOLHIMENTO DO ISS SOBRE ALÍQUOTA FIXA. POSSIBILIDADE. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL DE ORIGEM COM BASE EM FATOS E PROVAS DOS AUTOS. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.*
>
> *1. O Tribunal a quo ao analisar os fatos e as provas dos autos, concluiu que a parte agravada não apresenta natureza de organização empresarial, permitindo o recolhimento do ISS sobre alíquota fixa.*
>
> *A alteração destas conclusões demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ. Precedente.*
>
> *2. Agravo regimental a que se nega provimento* (AgRg no REsp. 1.486.568/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 13.11.2014).
>
> 2 2 2
>
> *TRIBUTÁRIO. ISS. ARTIGO 9o., PARÁGS. 1o. E 3o., DL 406/68. SOCIEDADE SIMPLES PLURIPROFISSIONAL DE ADVOGADOS E CONTADORES. INEXISTÊNCIA DE CARÁTER EMPRESARIAL. SERVIÇO PRESTADO DE FORMA PESSOAL. RECOLHIMENTO DO ISS SOBRE ALÍQUOTA FIXA. POSSIBILIDADE.*
>
> *1. O que define uma sociedade como empresária ou simples é o seu objeto social. No caso de sociedades formadas por profissionais intelectuais cujo objeto social é a exploração da respectiva profissão intelectual dos seus sócios, são, em regra, sociedade simples, uma*

*vez que nelas faltará o requisito da organização dos fatores de produção, elemento próprio da sociedade empresária: doutrina do Professor ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS (Direito Empresarial Esquematizado, São Paulo, Método, 2014).*

*2. Ambas as Turmas que compõem a Primeira Seção entendem que o benefício da alíquota fixa do ISS somente é devido às sociedades uni ou pluriprofissionais que prestam serviço em caráter personalíssimo sem intuito empresarial. Precedentes.*

*3. No caso, tratando-se de sociedade em que o objeto social é a prestação de serviços técnicos de consultoria e de assessoria, prestados diretamente pelos sócios, em que o profissional responde pessoalmente pelos serviços prestados, faz jus ao recolhimento do ISS na forma do art. 9o., parágs. 1o. e 3o. do DL 406/1968.*

*4. Recurso Especial provido para reconhecer o direito da recorrente ao recolhimento do ISS com base no art. 9o., parágs. 1o. e 3o. do DL 406/1968. Invertido os ônus sucumbencias.* (REsp. 1.512.652/RS, Rel. Min. NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, DJe 30.3.2015).

19. No caso dos autos, o acórdão recorrido entendeu que o regime diferenciado de tributação não se compatibiliza com a adoção do regime da sociedade limitada, em razão do caráter empresarial de que se reveste este tipo social . Todavia, conforme já decidiu esta Corte, *a sociedade simples constituída por sócios de profissões legalmente regulamentadas, ainda que sob a modalidade jurídica de sociedade limitada, não perde a sua condição de sociedade de profissionais, dada a natureza e forma de prestação de serviços profissionais, não podendo, portanto, ser considerada sociedade empresária pelo simples fato de ser sociedade limitada (*AgRg no REsp. 1.205.175/RO, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 16.11.2010).

20. Por essa razão, a parte recorrente faz jus ao recolhimento do ISS na forma do art. 9o., §§ 1o. e 3o. do Decreto-Lei 406/1968.

21. Ante o exposto, reconsidera-se a decisão de fls. 442/448 para conhecer do Agravo e dar provimento ao Recurso Especial, reconhecendo o direito da Contribuinte de se submeter à tributação do ISSQN pela alíquota fixa, conforme previsão do art. 9o., §§ 1o. e 3o. do Decreto-Lei 406/1968. Invertidos os ônus sucumbenciais.

22. Publique-se. Intimações necessárias.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR