



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO DE INSTRUMENTO Nº 1.360.922 - MG (2010/0184700-8)

RELATOR : **MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA**
AGRAVANTE : **MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE**
ADVOGADO : **JÚNIA FRANCO BRENER E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **FISIOMATER - GRUPO DE FISIOTERAPIA LTDA**
ADVOGADO : **RAFAEL GUIMARRAES TEIXEIRA NEVES E OUTRO(S)**

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRADO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ISSQN. REEXAME DE MATÉRIA DE PROVA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. INTERPRETAÇÃO DE LEI LOCAL. VERBETE N. 280 DA SÚMULA/STF.

– No caso, a análise da suposta existência de prova pré-constituída, capaz de demonstrar o direito líquido e certo para impetração de mandado de segurança, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula/STJ.

– Para verificar a ofensa aos dispositivos do Decreto-Lei n. 406/1968, há necessidade de se apreciar, antes, a ofensa à Lei Municipal n. 8.725/2003, que regulamenta a cobrança do ISS no Município de Belo Horizonte – MG. Incidência do verbete n. 280 da Súmula do Pretório Excelso.

Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator, sem destaque. Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 19 de maio de 2011(data do julgamento).

MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.360.922 - MG (2010/0184700-8)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA:

O Município de Belo Horizonte – MG interpõe agravo da decisão por mim proferida que negou provimento ao agravo de instrumento, assim fundamentada:

"Trata-se de agravo de instrumento interposto contra decisão que inadmitiu recurso especial.

Não merece censura o decisório agravado.

Com efeito, quanto aos arts. 165, 458, II e 535, I e II, do CPC, não subsistem as ofensas alegadas, pois o Tribunal de origem de forma fundamentada destramou as questões postas, não havendo no aresto recorrido omissão, contradição ou obscuridade.

Ademais, em relação à suposta ofensa aos arts. 1º e 8º da Lei n. 1.533/1951, tendo as instâncias ordinárias soberanamente considerado que a ora recorrida comprovou seu direito líquido e certo, a fim de viabilizar o mandado de segurança por ela impetrado, o acolhimento da pretensão recursal demandaria o vedado reexame de matéria de fato. Assim, inafastável a incidência do verbete n. 7 da Súmula do STJ. Nesse sentido:

'AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. TAXA DE ABERTURA DE CRÉDITO - TAC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. RAZÕES RECURSAIS DISSOCIADAS DA MATÉRIA VERSADA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. APLICAÇÃO ANALÓGICA DA SÚMULA 284/STF. EXISTÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. DESPROVIMENTO.

1. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica no sentido de que não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adota, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia, conforme ocorreu na hipótese dos autos.

2. Os argumentos suscitados pelo recorrente, no sentido de que foram violados os arts. 110 e 113, § 1º, do CTN, estão completamente dissociados do fundamento constante do acórdão recorrido, o qual negou provimento à apelação do contribuinte por entender que não ficou comprovado nos autos o seu direito líquido e certo.

3. A análise da suposta existência de prova



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pré-constituída, capaz de demonstrar o direito líquido e certo para impetração de mandado de segurança, encontra óbice no enunciado da Súmula 7 desta Corte, *in verbis*: 'A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial.'

4. Agravo regimental desprovido' (AgRg no REsp 927.222/MG, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, DJe 16/11/2009).

No mais, a jurisprudência desta Corte tem entendido que a lista de serviços do DL n. 406/1989 é taxativa, todavia, não impede que, à luz de cada serviço enumerado, proceda-se à interpretação do dispositivo. Nesse sentido:

'PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. INCIDÊNCIA. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI 406/68. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Embora taxativa em sua enumeração, a lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 comporta, dentro de cada item, interpretação extensiva para o efeito de fazer incidir o tributo sobre os serviços bancários congêneres àqueles descritos. Precedentes.

2. Não se pode confundir (a) a interpretação extensiva que importa a ampliação do rol de serviços, com inclusão de outros de natureza diferente dos indicados, com (b) a interpretação extensiva da qual resulta simplesmente a inclusão, nos itens já constantes da lista, de serviços congêneres de mesma natureza, distintos em geral apenas por sua denominação. A primeira é que ofende o princípio da legalidade estrita. A segunda forma interpretativa é legítima.

3. Recurso especial desprovido' (REsp 920.386/SC, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 04/03/2009)

Incide, na hipótese, o verbete n. 83 da Súmula do STJ. Diante disso, nego provimento ao agravo. Publique-se" (fls. 339-340).

Aduz o município agravante, em síntese, que o acórdão do Tribunal de origem negou vigência ao art. 535, II, do CPC, pois não se manifestou "explicitamente acerca da inexistência de direito líquido e certo da ora agravada, nos termos **dos arts. 1º e 3º da Lei 1.553/51**, já que não restou configurado, no plano legal, o **enquadramento** da sociedade impetrante **como sociedade de profissionais liberais**, a autorizar a forma excepcional de tributação via ISS" (fl. 345). Sustenta que os serviços



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

de fisioterapia não estão previstos no Decreto-Lei n. 406/1968. Diz que, por se tratar de sociedade limitada, torna-se "incompatível com a exceção à regra geral de tributação" (fl. 346). Aduz a não incidência do verbete n. 7 da Súmula/STJ.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.360.922 - MG (2010/0184700-8)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. ISSQN. REEXAME DE MATÉRIA DE PROVA. ENUNCIADO N. 7 DA SÚMULA/STJ. INTERPRETAÇÃO DE LEI LOCAL. VERBETE N. 280 DA SÚMULA/STF.

– No caso, a análise da suposta existência de prova pré-constituída, capaz de demonstrar o direito líquido e certo para impetração de mandado de segurança, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula/STJ.

– Para verificar a ofensa aos dispositivos do Decreto-Lei n. 406/1968, há necessidade de se apreciar, antes, a ofensa à Lei Municipal n. 8.725/2003, que regulamenta a cobrança do ISS no Município de Belo Horizonte – MG. Incidência do verbete n. 280 da Súmula do Pretório Excelso.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA (Relator):

A irresignação não merece prosperar.

Como destacado na decisão agravada, não se sustenta o argumento de violação do art. 535 do CPC, pois o Tribunal de origem, de forma fundamentada, analisou e considerou presentes os requisitos para impetração do *writ of mandamus*. A Corte *a quo* entendeu que a recorrida demonstrou, de plano, o seu direito líquido e certo, o que viabilizou a escolha da via eleita.

Assim, a análise da suposta existência de prova pré-constituída, capaz de demonstrar o direito líquido e certo para impetração de mandado de segurança, encontra óbice no enunciado n. 7 da Súmula/STJ.

Com relação às demais questões, o acórdão que negou provimento à apelação está assim fundamentado:

"Feitas tais considerações, extrai-se dos autos que a discussão é se a apelada, sociedade de profissionais liberais, prestadora de serviços de fisioterapia, satisfaz os requisitos necessários para



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recolher o ISSQN pelo regime especial estabelecido às sociedades de profissionais, *ex vi* dos arts. 9º, §§ 1º e 3º, do DL 406/68, a seguir destacado, *verbis*:

'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. (Redação dada pela Lei Complementar nº 56, de 15.12.1987)'

Sustenta o apelante a inexistência de qualquer inconstitucionalidade a macular a instituição e cobrança do ISSQN da forma exigida pela municipalidade, haja vista que o §3º do art. 9º, do DL 406/68, prevê a forma excepcional de recolhimento do aludido imposto para uma lista taxativa de serviços que, quando prestado por sociedades, deverão ser beneficiados pelo recolhimento do imposto em relação a cada profissional que preste serviço em nome da empresa. E por se tratar de uma regra exceptiva, deve ser interpretada restritivamente, nos termos do art. 111 do CTN.

Insiste asseverando que somente as atividades expressamente nela elencadas podem gozar da base de cálculo diferenciada, e como a apelada tem como sócios fisioterapeutas, desempenha atividades que não figuram dentre aquelas elencadas no §3º do art. 9º, do DL 406/68.

No Município de Belo Horizonte, o ISSQN é regulamentado pela Lei nº 8.725/03, sob a qual deve ser analisada e expungida a temática proposta. Confira-se, pois, o destaque, *verbis*:

'Art. 13 - Quando a atividade de médico, enfermeiro, obstetra, ortóptico, fonoaudiólogo, protético, médico veterinário, contador, contabilista, agente de propriedade industrial, advogado, engenheiro, arquiteto, urbanista, agrônomo, dentista, economista e psicólogo for prestada por sociedades profissionais, o ISSQN devido será exigido mensalmente, calculado à razão de R\$ 35,00 (trinta e cinco reais) em relação a cada profissional habilitado, sócio, empregado ou não, que preste serviço em nome da sociedade, embora assumindo responsabilidade pessoal



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos da lei aplicável.

Parágrafo único - O disposto neste artigo não se aplica à sociedade que apresente qualquer uma das seguintes características:

- I - natureza comercial;
- II - sócio pessoa jurídica;
- III - atividade diversa da habilitação profissional dos sócios;
- IV - sócio não habilitado para o exercício de atividade correspondente ao serviço prestado pela sociedade;
- V - sócio que não preste serviço em nome da sociedade, nela figurando apenas com aporte de capital;
- VI - caráter empresarial;
- VII - existência de filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato, ou qualquer outro estabelecimento descentralizado'.

Com efeito, encerra o apelante afirmando que a atividade de fisioterapia não faz jus ao benefício fiscal referente ao ISSQN, por não se encontrar expressa no rol de profissões elecando no art. 13 da Lei municipal nº 8.725/03, destacado na íntegra.

Sem razão, todavia.

É que asseverou, com propriedade, o MM. Juiz singular, que apesar de o exercício de fisioterapia não estar previsto no artigo acima aludido, diferente é a disposição no DL 406/68, que teve sua lista de serviços revogada pela Lei Complementar nº 56/87, na qual a atividade de fisioterapia está inclusa na forma da expressão 'congêneres'. Confira-se da LC 56/87:

[...]

A respeito, confira-se a orientação do Colendo Superior Tribunal de Justiça, *verbis*:

a) 'PROCESSUAL CIVIL - TRIBUTÁRIO - ISS - LISTA DE SERVIÇOS (DL 406/68) - TAXATIVIDADE - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA - POSSIBILIDADE - (...).

1. A lista de serviços do DL 406/89, conforme cediço no E. S.T.J. e no S.T.F. é taxativa; o que não impede que, à luz de cada serviço enumerado, proceda-se à interpretação do dispositivo.

(...).

9. A lista de serviços tributáveis pelo ISS, a despeito de taxativa, admite a interpretação extensiva intra muros, qual seja, no interior de cada um de seus itens, permitindo a incidência da mencionada exação sobre serviços correlatos àqueles expressamente previstos na aludida lista de serviços. Precedentes do STJ: RESP 121428/RJ, Relator Ministro Castro Meira, DJ de 16.08.2004; RESP 567.592/PR, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 15.12.2003 e RESP 256.267/PR, Relator Ministro José



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Delgado, DJ de 18.09.2000.

(...)'.

(STJ, 1ª Turma, REsp. nº 965.583-SP, Relator Ministro Luiz Fux, j. 19.03.2009, DJe 22.04.2009).

[...]

Com efeito, como a LC 116/03 regula, nacionalmente, a tributação do ISSQN, e não é auto-aplicável, faz-se necessário a edição das competentes leis municipais, que não podem, evidentemente, trazer dispositivos contrários a ela. Noutras palavras, tem-se que as leis municipais devem promover, no plano local, a adequação da cobrança do ISSQN de acordo com a legislação complementar e constitucional.

E isto não ocorreu.

[...]

Daí que a atividade de fisioterapia, mesmo não se encontrando, expressamente, no rol de profissões elecando no art. 13 da Lei municipal nº 8.725/03 (já destacado), faz jus ao benefício fiscal, haja vista que uma lei municipal não pode dispor contrariamente, neste aspecto, a uma lei complementar

Prosseguindo, repito que a atividade sob comento é a **'prestação de serviços de fisioterapia aos pacientes internados no Hospital Mater Dei e tratamento domiciliar pós alta hospitalar'**, conforme se verifica do OBJETO SOCIAL (CLÁUSULA SEGUNDA - f. 26) constante da 4ª Alteração Contratual. E referida atividade acha-se inserida no item 4, subitem 4.08 da lista anexa à LC 116/03.

Assim, preenchidos os requisitos necessários à aplicação da base de cálculo prevista, tanto no DL 406/68 (art. 9º, §3º), quanto na Lei municipal nº 8.725/03 (art. 13), a alíquota para fins de ISSQN é fixa, por profissional habilitado. Trata-se, na verdade, de exceção à regra geral de tributação (faturamento bruto).

Imperioso ressaltar que de acordo com a 4ª Alteração Contratual, despidendo destacar o inteiro teor de suas cláusulas, a apelada não possui natureza comercial ou caráter empresarial, não possui sócio pessoa jurídica, não contém sócio não habilitado para o exercício da sua atividade ou que não preste serviço em nome da sociedade nela figurando apenas com aporte de capital e, finalmente, não possui filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato, ou qualquer outro estabelecimento descentralizado.

Para não deixar qualquer dúvida, o fato desta sociedade prestar serviços para um hospital não descaracteriza o caráter pessoal da prestação de serviços. O trabalho realizado pelos sócios, seja em hospital, em clínica particular ou para pacientes particulares, será o de fisioterapia, ofício para qual os mesmos encontram-se habilitados, em nome da sociedade, mas assumindo responsabilidade eminentemente pessoal por aquele trabalho.

E diversamente dos argumentos do Município de Belo Horizonte, a apelada provou de plano, seu direito líquido e certo, haja vista que a Lei municipal nº 8.725/03 colide com as normas inseridas no DL



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

406/68 e na LC 116/03, regras essas que se referem a matérias cuja regulamentação se dá exclusivamente mediante lei complementar.

Dúvida não há, portanto, que a apelada faz jus ao recolhimento, diferenciado, do ISSQN, nos termos do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, como expendido no *decisum*.

Além da jurisprudência destacada pelo ilustre julgador monocrático, que referendo, cuido acrescentar, *verbis*:

a) 'As sociedades, cujos serviços constam dos itens 1, 4, 8, 25, 52, 88, 89, 90, 91 e 92 da lista anexa ao Decreto-lei nº 406/68, ficam sujeitas ao recolhimento do ISS na forma privilegiada, definida pelo artigo 9º, parágrafo 3º do referido decreto-lei.

Recurso improvido'.

(STJ, 1ª Turma, REsp. nº 69.524-MG, Relator Ministro Garcia Vieira, j. 15.10.1998, DJ 14.12.1998, p. 92).

[...]

Enfim, em que pesem os argumentos expendidos pelo apelante, a situação fática narrada na exordial propicia a concessão da segurança, vez que presentes o direito líquido e certo.

Com tais expendimentos, rogando vênias, em reexame necessário não conheço das preliminares e, no mérito, confirmo a r. sentença, por seus próprios e jurídicos fundamentos, prejudicado o recurso voluntário.

Custas recursais, *ex lege*.

É como voto" (fls. 251-264).

Com efeito, para analisar a ofensa aos dispositivos do Decreto-Lei n. 406/1968 há necessidade de se apreciar, antes, a ofensa à Lei Municipal n. 8.725/2003, que regulamenta a cobrança do ISS no Município de Belo Horizonte–MG. Assim, incabível o recurso especial ante o óbice do verbete n. 280 da Súmula/STF, aplicável, por analogia, ao recurso especial no âmbito do STJ, conforme farta jurisprudência sobre o tema.

Ademais, ainda que se pudesse superar tal óbice, esta Corte tem entendido que, apesar de a lista de serviços do DL n. 406/1989 ser taxativa, nada impede que, à luz de cada serviço enumerado, proceda-se à interpretação do dispositivo. Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. INCIDÊNCIA. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DECRETO-LEI 406/68. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES.

1. Embora taxativa em sua enumeração, a lista de serviços anexa ao Decreto-lei nº 406/68 comporta, dentro de cada item,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

interpretação extensiva para o efeito de fazer incidir o tributo sobre os serviços bancários congêneres àqueles descritos. Precedentes.

2. Não se pode confundir (a) a interpretação extensiva que importa a ampliação do rol de serviços, com inclusão de outros de natureza diferente dos indicados, com (b) a interpretação extensiva da qual resulta simplesmente a inclusão, nos itens já constantes da lista, de serviços congêneres de mesma natureza, distintos em geral apenas por sua denominação. A primeira é que ofende o princípio da legalidade estrita. A segunda forma interpretativa é legítima.

3. Recurso especial desprovido" (REsp 920.386/SC, Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe de 4.3.2009)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0184700-8

AgRg no
Ag 1.360.922 / MG

Número Origem: 10024080404056004

PAUTA: 19/05/2011

JULGADO: 19/05/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CESAR ASFOR ROCHA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HUMBERTO MARTINS

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
ADVOGADO : JÚNIA FRANCO BRENER E OUTRO(S)
AGRAVADO : FISIOMATER - GRUPO DE FISIOTERAPIA LTDA
ADVOGADO : RAFAEL GUIMARRAES TEIXEIRA NEVES E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS/ Imposto sobre Serviços

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
ADVOGADO : JÚNIA FRANCO BRENER E OUTRO(S)
AGRAVADO : FISIOMATER - GRUPO DE FISIOTERAPIA LTDA
ADVOGADO : RAFAEL GUIMARRAES TEIXEIRA NEVES E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Castro Meira, Humberto Martins, Herman Benjamin e Mauro Campbell Marques votaram com o Sr. Ministro Relator.