



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.713.140 - SP (2017/0075262-7)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO
AGRAVANTE : CLINICA SCHMILLEVITCH - CENTRO DE DIAGNOSTICO S/S LTDA
ADVOGADO : RUBENS ROSENBAUM E OUTRO(S) - SP066699
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LUCAS MELO NÓBREGA E OUTRO(S) - SP272529

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. MANDADO DE SEGURANÇA. ISSQN. ATIVIDADE EMPRESARIAL DEFINIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DESCONSTITUIÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 7/STJ. ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL. NATUREZA E FORMA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PROFISSIONAIS. INVIABILIDADE. SÚMULA N. 5/STJ. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. PREJUDICADA.

I - O presente feito decorre de mandado de segurança objetivando a suspensão do ato de desenquadramento do regime diferenciados de alíquotas do ISS. Na primeira instância, os pedidos formulados na inicial foram julgados improcedentes. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a sentença foi mantida.

II - A jurisprudência da Primeira Seção STJ é uniforme no sentido de que "o benefício da alíquota fixa do ISS a que se refere o art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, somente é devido às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial (AgRg nos EREsp n. 1.182.817/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/8/2012, DJe 29/8/2012.)

III - No caso dos autos, o Tribunal de origem afastou o benefício da tributação fixa do ISS previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, por entender que as provas constantes dos autos revelam que a parte recorrente tem estrutura empresarial. É o que se verifica no excerto do acórdão regional (fl. 287): "Conforme se verifica do contrato social e suas alterações juntados a fl. 32/36, a apelante é sociedade por cotas de responsabilidade limitada, constituída por dois sócios médicos, e tem como objeto social a prestação de serviços médicos em geral, especialmente nas áreas de patologia clínica, diagnósticos por imagem, medicina ocupacional e outros serviços auxiliares de diagnóstico, com intuito de lucro, de modo que não há como aplicar o benefício fiscal previsto no § 3º, do art. 9º, do Decreto-lei 406/68, pois as sociedades por quota de responsabilidade limitada revestem-se de natureza empresarial, o que no caso dos autos é evidenciado pela previsão no contrato social de retirada de pro labore pelos sócios (fl. 34 - item VII), repartição de lucros e prejuízos entre os sócios (fl. 34 - item X)".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

IV - Assim, para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático-probatórios e do contrato social da empresa, o que é vedado no âmbito do recurso especial ante o óbice dos enunciados n. 5 e n. 7 da Súmula do STJ. Nesse sentido: REsp n. 1.676.179/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/9/2017, DJe 14/9/2017 e AgRg no AREsp n. 769.183/SP, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 10/3/2016, DJe 21/3/2016.

V - Quanto à alegada divergência jurisprudencial, esclareço que a incidência do Óbice Sumular n. 7/STJ impede o exame do dissídio na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados.

VI - Agravo interno 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, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator Brasília (DF), 07 de maio de 2019(Data do Julgamento)

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.713.140 - SP (2017/0075262-7)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

O presente feito decorre de mandado de segurança impetrado por Clínica Schmilevitch – Centro de Diagnóstico S/S Ltda. contra ato do Secretário de Finanças da Prefeitura de São Paulo objetivando a suspensão do ato de desenquadramento do regime diferenciados de alíquotas do ISS. À causa foi arbitrado o valor de R\$ 1.000,00 (mil reais).

Na primeira instância, os pedidos formulados na inicial foram julgados improcedentes. No Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, a sentença foi mantida em acórdão assim ementado:

APELAÇÃO - MANDADO DE SEGURANÇA - ISSQN - Sociedade que tem como objeto social a prestação de serviços médicos - Recolhimento do ISS na forma fixa - Sociedade por quotas de responsabilidade limitada - Caráter empresarial que afasta a incidência do benefício fiscal previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º do Decreto-lei 406/68 - Ausência de ilegalidade no desenquadramento da impetrante do regime de alíquotas especiais perante os cadastros municipais - Recurso não provido.

Clínica Schmilevitch – Centro de Diagnóstico S/S Ltda. interpôs recurso especial com fundamento nas alíneas *a* e *c* do inciso III do art. 105 da Constituição Federal por ofensa ao art. 535, I e II, do CPC/73; ao art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68.

A parte alegou que o Tribunal de origem foi omissos quanto à alegada violação do art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68.

No mérito, alegou que os serviços tributados são prestados em nome da sociedade uniprofissional formada por dois médicos sob responsabilidade exclusiva dos sócios. Argumentou que o fato de ser constituída sob a modalidade jurídica de sociedade limitada e possuir funcionários que exerçam a atividade meio não é motivo para descaracterizar a sociedade simples, de modo a afastar o recolhimento do ISS sob o regime de tributação



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

diferenciado por alíquota fixa.

Ainda, apontou divergência jurisprudencial entre o acórdão recorrido e entendimento firmado pelo STJ no julgamento do REsp n. 1.205.175, de acordo com o qual a escolha da modalidade limitada, por si só, não é causa para retirar a condição de sociedade uniprofissional.

Apresentadas contrarrazões, a parte recorrida requer o desprovimento do recurso especial.

Por meio da decisão às fls. 388-391, foi proferida decisão que não conheceu do recurso especial ante a incidência do óbice dos enunciados n. 5 e n. 7 da Súmula do STJ.

Interposto agravo interno contra essa decisão.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt nos EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.713.140 - SP (2017/0075262-7)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO FRANCISCO FALCÃO (Relator):

O recurso de agravo interno não merece provimento.

Nos termos do enunciado n. 568 da Súmula desta Corte Superior e do art. 255, § 4º, III, do RISTJ, o relator está autorizado a decidir monocraticamente quando houver jurisprudência consolidada do Supremo Tribunal Federal ou do Superior Tribunal de Justiça. Assim, não há que se falar em ilegalidade relativamente a este ponto.

A parte agravante insiste nos mesmos argumentos já analisados na decisão recorrida.

Sem razão a parte agravante.

A jurisprudência da Primeira Seção STJ é uniforme no sentido de que "o benefício da alíquota fixa do ISS a que se refere o art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68 somente é devido às sociedades uniprofissionais que tenham por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal dos sócios e sem caráter empresarial (AgRg nos EREsp n. 1.182.817/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/8/2012, DJe 29/8/2012)".

No caso dos autos, o Tribunal de origem afastou o benefício da tributação fixa do ISS previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, por entender que as provas constantes dos autos revelam que a parte recorrente tem estrutura empresarial. É o que se verifica no excerto do acórdão regional (fl. 287):

[...]

Conforme se verifica do contrato social e suas alterações juntados a fl. 32/36, a apelante é sociedade por cotas de responsabilidade limitada, constituída por dois sócios médicos, e tem como objeto social a prestação de serviços médicos em



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

geral, especialmente nas áreas de patologia clínica, diagnósticos por imagem, medicina ocupacional e outros serviços auxiliares de diagnóstico, com intuito de lucro, de modo que não há como aplicar o benefício fiscal previsto no § 3º, do art. 9º, do Decreto-lei 406/68, pois as sociedades por quota de responsabilidade limitada revestem-se de natureza empresarial, o que no caso dos autos é evidenciado pela previsão no contrato social de retirada de pro labore pelos sócios (fl. 34 - item VII), repartição de lucros e prejuízos entre os sócios (fl. 34 - item X).

Assim, para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático-probatórios e do contrato social da empresa, o que é vedado no âmbito do recurso especial ante o óbice dos enunciados n. 5 e n. 7 da Súmula do STJ.

Nesse sentido é a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ALEGAÇÃO DE SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. REGIME DO ISS. ATIVIDADE EMPRESARIAL DEFINIDA NO ACÓRDÃO RECORRIDO. DESCONSTITUIÇÃO DEPENDENTE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO EM QUE DECIDIDA A CONTROVÉRSIA. DESCABIMENTO. SÚMULA 07/STJ. ANÁLISE E INTERPRETAÇÃO DO CONTRATO SOCIAL. NATUREZA E FORMA DE PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS PROFISSIONAIS. INVIABILIDADE. SÚMULA 05/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. COTEJO ANALÍTICO. COMPROVAÇÃO DA IDENTIDADE FÁTICA E JURÍDICA DOS CASOS COMPARADOS. TRANSCRIÇÃO E COMPARAÇÃO DE EMENTAS. INSUFICIÊNCIA.

1. A Corte de origem, com base nos elementos e documentos dos autos, decidiu ter natureza empresarial a atividade desenvolvida pela recorrente organizada sob a forma de sociedade limitada. A desconstituição dessa conclusão, no caso dos autos, depende de revolvimento fático-probatório vedado pela Súmula 07/STJ.

2. A revisão do entendimento firmado pelo Tribunal a quo, outrossim, para efeito de reconhecer o enquadramento tributário da recorrente quanto à alíquota do ISS, demanda analisar e interpretar o contrato social para apuração do quadro societário e da índole uniprofissional não empresarial dos serviços prestados. Tal exame esbarra na Súmula 05/STJ.

3. O dissenso pretoriano invocado para julgamento do Recurso Especial necessita de demonstração analítica quanto à identidade fática e similitude jurídica das decisões comparadas. Limitou-se o recorrente a transcrever e cotejar ementas, sem adentrar e comparar os fatos e fundamentos jurídicos subjacentes adotados nos julgados. Regra processual não suficientemente atendida.

4. Recurso Especial não conhecido.

(REsp n. 1.676.179/SP, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 5/9/2017, DJe 14/9/2017.)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/68. SÚMULAS 5/STJ E 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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" (AgRg nos EREsp 1.182.817/RJ, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, julgado em 22/8/2012, DJe 29/8/2012) 2. Na hipótese dos autos, o Tribunal de origem afastou o benefício da tributação fixa do ISS previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, por entender que as provas constantes dos autos revelam que a parte recorrente tem estrutura empresarial.

3. Infirmar tal conclusão a que chegou a instância a quo demandaria a análise de cláusula contratual e o reexame de fatos e provas, o que atrai os óbices dos enunciados 5 e 7 das Súmulas desta Corte Superior, respectivamente transcritas: "A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial" e "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 769.183/SP, Rel. Ministra Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3ª Região), Segunda Turma, julgado em 10/3/2016, DJe 21/3/2016.)

Quanto à alegada divergência jurisprudencial, esclareço que a incidência do Óbice Sumular n. 7/STJ impede o exame do dissídio na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados.

Nesse sentido, destaco:

ADMINISTRATIVO. RESPONSABILIDADE CIVIL DO ESTADO. HEPATITE C. INDENIZAÇÃO POR DANO MATERIAL E MORAL. AUSÊNCIA DE NEXO DE CAUSALIDADE. REEXAME DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 7/STJ.

1. O Tribunal a quo, procedendo com amparo nos elementos de convicção dos autos, entendeu que não há nexo causal entre a conduta dos agentes públicos e os danos sofridos pelos ora agravantes, e que estes não trouxeram provas para corroborar o que alegou.

2. Não é cabível em Recurso Especial o exame de questões que demandam o revolvimento do contexto fático-probatório dos autos, em vista do óbice da Súmula 7 do STJ.

3. A incidência da Súmula 7/STJ impede o exame de dissídio jurisprudencial, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual deu solução à causa a Corte de origem.

4. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp n. 1.612.647/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 16/2/2017, DJe 7/3/2017.)

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO (ART. 544 DO CPC/73) - AÇÃO RESCISÓRIA - DECISÃO MONOCRÁTICA QUE NEGOU PROVIMENTO AO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECLAMO - INSURGÊNCIA DA AUTORA.

1. A reforma do acórdão recorrido, no sentido de se entender pela falsidade da prova pericial, da existência de documento novo e da ocorrência de erro de fato, demandaria necessário revolvimento de matéria fática, prática vedada pela Súmula 7/STJ.

2. A incidência da Súmula 7 do STJ impede o exame do dissídio, na medida em que falta identidade entre os paradigmas apresentados e os fundamentos do acórdão, tendo em vista a situação fática do caso concreto, com base na qual deu solução a causa a Corte de origem.

3. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp n. 638.513/SP, Rel. Ministro Marco Buzzi, Quarta Turma, julgado em 9/3/2017, DJe 15/3/2017.)

Ante o exposto, não havendo razões para modificar a decisão recorrida, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0075262-7 **PROCESSO ELETRÔNICO** **AgInt nos EDcl no Resp 1.713.140 / SP**

Números Origem: 02324024420098260000 053090198452 0993323.5/0-00 117109 1984509 20120000651425
20130000473166 2324024420098260000 53090198452 9933235000 994.09.232402-4
994092324024

PAUTA: 23/04/2019

JULGADO: 23/04/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CLINICA SCHMILLEVITCH - CENTRO DE DIAGNOSTICO S/S LTDA
ADVOGADO : RUBENS ROSENBAUM E OUTRO(S) - SP066699
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LUCAS MELO NÓBREGA E OUTRO(S) - SP272529

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : CLINICA SCHMILLEVITCH - CENTRO DE DIAGNOSTICO S/S LTDA
ADVOGADO : RUBENS ROSENBAUM E OUTRO(S) - SP066699
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LUCAS MELO NÓBREGA E OUTRO(S) - SP272529

CERTIDÃO

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

"Adiado por indicação do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2017/0075262-7

**AgInt nos EDcl no
REsp 1.713.140 / SP**

Números Origem: 02324024420098260000 053090198452 0993323.5/0-00 117109 1984509 20120000651425
20130000473166 2324024420098260000 53090198452 9933235000 994.09.232402-4
994092324024

PAUTA: 23/04/2019

JULGADO: 07/05/2019

Relator

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. MÁRIO JOSÉ GISI

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CLINICA SCHMILLEVITCH - CENTRO DE DIAGNOSTICO S/S LTDA
ADVOGADO : RUBENS ROSENBAUM E OUTRO(S) - SP066699
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LUCAS MELO NÓBREGA E OUTRO(S) - SP272529

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : CLINICA SCHMILLEVITCH - CENTRO DE DIAGNOSTICO S/S LTDA
ADVOGADO : RUBENS ROSENBAUM E OUTRO(S) - SP066699
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : LUCAS MELO NÓBREGA E OUTRO(S) - SP272529

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 interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.