



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.142.393 - MS (2009/0178626-5)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
AGRAVANTE : **ASCAA ASSISTÊNCIA AGRONÔMICA S/S LTDA**
ADVOGADO : **CELSO JOSÉ ROSSATO JÚNIOR E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **MUNICÍPIO DE MARACAJU**
ADVOGADO : **VLADIMIR ROSSI LOURENÇO E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ISS. SOCIEDADE LIMITADA. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PRIVILEGIADO (ART. 9º, § 3º, DO DL Nº 406/68). IMPOSSIBILIDADE.

1. Inexiste omissão quanto à suposta ofensa ao artigo 535 do CPC, pois tal questão foi superada no julgamento do apelo, já que o recurso pôde ser conhecido em face do prequestionamento implícito da matéria.

2. O Superior Tribunal de Justiça acolhe o denominado prequestionamento implícito, ou seja, aquele no qual o órgão julgador efetivamente debate a tese recursal, sem, contudo, mencionar expressamente os dispositivos legais correspondentes.

3. O *decisum* singular partiu de fato incontroverso – qual seja, que "a empresa autora está constituída sob a forma de sociedade limitada" –, para, na sequência, aplicar o entendimento já pacificado no âmbito desta Corte.

4. As sociedades civis uniprofissionais, que têm por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade social e sem caráter empresarial, têm direito ao tratamento privilegiado do ISS, o que não é o caso dos autos. "As sociedades limitadas por cotas de responsabilidade inegavelmente possuem caráter empresarial, o que as subtraem do benefício contido no art. 9º, § 3º, do DL n. 406/68" (AgREsp 1.031.511/ES, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 09.10.08). Precedentes: AgRg nos EREsp 941.870/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 25.11.09; EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 798.575/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 27.11.09; AgRg no REsp 898.198/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 16.09.09; AgRg no REsp 1.075.488/MG, Rel. Herman Benjamin, DJe de 13.03.09; REsp 1.057.668/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 04.09.08.

5. Agravo regimental não provido.

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 regimental nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de junho de 2011(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.142.393 - MS (2009/0178626-5)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
AGRAVANTE : **ASCAA ASSISTÊNCIA AGRONÔMICA S/S LTDA**
ADVOGADO : **CELSO JOSÉ ROSSATO JÚNIOR E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **MUNICÍPIO DE MARACAJU**
ADVOGADO : **VLADIMIR ROSSI LOURENÇO E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Cuida-se de agravo regimental interposto contra decisão assim ementada:

TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE LIMITADA. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PRIVILEGIADO (ART. 9º, § 3º, DO DL Nº 406/68). IMPOSSIBILIDADE.

1. As sociedades civis uniprofissionais, que têm por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade social e sem caráter empresarial, têm direito ao tratamento privilegiado do ISS, o que não é o caso dos autos. As sociedades limitadas por cotas de responsabilidade inegavelmente possuem caráter empresarial, o que as subtraem do benefício contido no art. 9º, § 3º, do DL n. 406/68. Precedentes (AgREsp 1.031.511/ES, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 09.10.08), AgRg nos EREsp 941.870/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 25.11.09; EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 798.575/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 27.11.09; AgRg no REsp 898.198/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 16.09.09; AgRg no REsp 1.075.488/MG, Rel. Herman Benjamin, DJe de 13.03.09; REsp 1.057.668/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 04.09.08.

2. Recurso especial provido (e-STJ fl. 501).

O agravante pugna pela reforma do julgado, aduzindo o seguinte:

(a) o recurso especial foi interposto com fundamento no permissivo constitucional da alínea "a", o que exige a efetiva ocorrência de violação de dispositivo de lei federal;

(b) não foi apreciada a alegação do Município referente à violação do art. 535 do Código de Processo Civil;

(c) os dispositivos indicados como malferidos não foram, expressa ou implicitamente, prequestionados na origem, pois a Corte estadual "limitou-se em dizer que o benefício da tributação estabelecido no artigo 9º do DL 406/68 continua a vigor e que a ora agravante preenchia todas as condições legais para usufruí-lo" (e-STJ fl. 524). Não houve debate quanto à matéria de fundo;

(d) "para se saber se a ora agravante ostenta ou não caráter empresarial – e, portanto, para se desvendar se ela faz ou não jus ao benefício – isso dependeria de um verdadeiro reexame de provas, o que é vedado pela Súmula 07/STJ" (e-STJ fl. 526).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.142.393 - MS (2009/0178626-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. PREQUESTIONAMENTO IMPLÍCITO. ISS. SOCIEDADE LIMITADA. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PRIVILEGIADO (ART. 9º, § 3º, DO DL Nº 406/68). IMPOSSIBILIDADE.

1. Inexiste omissão quanto à suposta ofensa ao artigo 535 do CPC, pois tal questão foi superada no julgamento do apelo, já que o recurso pôde ser conhecido em face do prequestionamento implícito da matéria.

2. O Superior Tribunal de Justiça acolhe o denominado prequestionamento implícito, ou seja, aquele no qual o órgão julgador efetivamente debate a tese recursal, sem, contudo, mencionar expressamente os dispositivos legais correspondentes.

3. O *decisum* singular partiu de fato incontroverso – qual seja, que "a empresa autora está constituída sob a forma de sociedade limitada" –, para, na sequência, aplicar o entendimento já pacificado no âmbito desta Corte.

4. As sociedades civis uniprofissionais, que têm por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade social e sem caráter empresarial, têm direito ao tratamento privilegiado do ISS, o que não é o caso dos autos. "As sociedades limitadas por cotas de responsabilidade inegavelmente possuem caráter empresarial, o que as subtraem do benefício contido no art. 9º, § 3º, do DL n. 406/68" (AgREsp 1.031.511/ES, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 09.10.08). Precedentes: AgRg nos EREsp 941.870/RS, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, DJe de 25.11.09; EDcl nos EDcl no AgRg no Ag 798.575/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 27.11.09; AgRg no REsp 898.198/BA, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 16.09.09; AgRg no REsp 1.075.488/MG, Rel. Herman Benjamin, DJe de 13.03.09; REsp 1.057.668/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 04.09.08.

5. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): A decisão impugnada não merece reparos.

Registro, inicialmente, que a suposta violação do art. 535 do CPC, suscitada pelo Município de Maracaju, foi superada no julgamento do apelo, já que o recurso pôde ser conhecido em face do prequestionamento implícito da matéria.

Em verdade, a assertiva de que "os dispositivos indicados como malferidos foram, (...) implicitamente, prequestionados na origem" (e-STJ fl. 502) traz ínsito a informação de que a matéria foi devidamente enfrentada pela Corte estadual, de forma a ser possível a análise direta do mérito recursal.

Ademais, cumpre constatar que falece interesse ao agravante em recorrer quanto ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ponto, pois eventual reconhecimento de omissão no aresto recorrido, ou o enfrentamento explícito das alegações favorece apenas a parte agravada, não alterando a sua situação nos autos.

De outro turno, embora o Superior Tribunal de Justiça não admita o prequestionamento ficto, cuja satisfação está atendida com a mera oposição de embargos declaratórios, o denominado prequestionamento implícito é acolhido, ou seja, aquele no qual o órgão julgador efetivamente debate a tese recursal, sem, contudo mencionar expressamente os dispositivos legais correspondentes.

Nesse sentido, são os seguintes precedentes (sem destaques no original):

PROCESSO CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA.

O prequestionamento exigido para o conhecimento do recurso especial pode ser implícito. Provimento dos embargos de divergência para que a Quinta Turma prossiga no julgamento do recurso especial, decidindo, preliminarmente, se houve na espécie o prequestionamento implícito das normas legais que teriam deixado de ser aplicadas pelo tribunal a quo (REsp 161.419/RS, Rel. Min. Francisco Peçanha Martins, Rel. p/ Acórdão Min. Ari Pargendler, Corte especial, DJe de 10.11.08);

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PIS E COFINS-IMPORTAÇÃO. LEI N. 9.317/96. PESSOA JURÍDICA OPTANTE DO SIMPLES NACIONAL. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. É uníssona a jurisprudência desta Corte no sentido de que "a adesão ao SIMPLES não exclui, por si só, a incidência do PIS-Importação e COFINS-Importação, pois estes tributos foram criados posteriormente à instituição do benefício. Precedentes: REsp 1.060.145/PE, 1ª T., Min. Francisco Falcão, DJ de 04.09.2008; REsp 1.039.325/PR, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 13/03/2009. 2. Recurso especial parcialmente provido." (REsp 1.040.640/PR, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 11.5.2009).

2. Outrossim, **tendo o acórdão recorrido decidido a questão confirmando a tese de que os optantes do SIMPLES são isentos do recolhimento do PIS/PASEP e da COFINS na importação, ainda que não tenham sido apontados expressamente os dispositivos nos quais fundamentou-se o aresto, reconhece-se o prequestionamento implícito da matéria, conforme admitido pela jurisprudência desta Corte** (AgRg no Ag 963.394/RS, Rel. Min. Sidnei Beneti, Terceira Turma, julgado em 18.8.2009, DJe 25.8.2009).

Agravo regimental improvido. (AgRg no REsp 1.219.227/PR, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe de 23.03.11).

No caso, a Corte Estadual enfrentou especificamente o tema referente à qualificação da empresa agravada e, dessa forma, houve o seu devido prequestionamento.

Para eximir quaisquer dúvidas, confira-se o seguinte excerto do voto condutor:

[...]

O recorrente sustenta uma outra razão para amparar seu pedido de reforma da sentença: a apelada é uma sociedade simples limitada, dotada de caráter mercantil, não podendo, assim, ser enquadrada no benefício previsto no § 3º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406. Esse dispositivo está assim redigido

"§ 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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".

As "sociedades" a que se refere o dispositivo são aquelas de natureza não-empresarial, alcançando as sociedades nas quais as atividades são desenvolvidas individualmente pelos seus executores, que assumem responsabilidade pessoal pelo trabalho realizado.

Esse é o caso da apelada. A cláusula 7ª do seu Contrato Social (f. 34) consigna que *"pelos serviços prestados à sociedade, receberá o sócio a título de Pró-Labore, a quantia mensal fixada em comum acordo até os limites da redução fiscal previstos na legislação do Imposto de Renda, a qual será levada à conta de despesas gerais"*. Ora, se o sócio recebe por serviço prestado, está clara a sua atividade individualizada, enquadrando-se a sociedade no regime privilegiado previsto no § 3º do art. 9º do Decreto-Lei n. 406, de 31.12.1968. No caso vertente, a apelada não auferiu lucro em razão do desempenho da sociedade, uma vez que os resultados financeiros obtidos advêm do trabalho individual dos sócios e não da atividade conjunta e indiscriminada destes (e-STJ fls. 350-351).

Por fim, verifico que o *decisum* singular partiu de fato incontroverso que não foi contraditado pelo agravante – qual seja, que "a empresa autora está constituída sob a forma de sociedade limitada" –, para, na sequência, aplicar o entendimento já pacificado no âmbito desta Corte. Por elucidativo, destaco o seguinte fragmento:

É assente nesta Corte o entendimento de que "têm direito ao tratamento privilegiado do ISS as sociedades civis uniprofissionais, que têm por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade social e sem caráter empresarial", sendo certo, outrossim, que "as sociedades limitadas por cotas de responsabilidade inegavelmente possuem caráter empresarial" (AgREsp 1.031.511/ES, Rel. Min. Humberto Martins, DJe 09.10.08).

No caso, **é incontroverso que a empresa autora está constituída sob a forma de sociedade limitada, pois adota a denominação social "ASCAA - ASSISTÊNCIA AGRONÔMICA S/S LTDA."**. Em consequência, não pode usufruir do benefício disposto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68 (e-STJ fl. 502 – sem destaque no original).

Não houve, portanto, o reexame da matéria fática, para fins de incidência do óbice da Súmula 07 do STJ, mas, sim, a valoração dos fatos assentados no aresto recorrido.

Em consequência, tem aplicação a jurisprudência desta Corte, *verbis* (sem destaque no original):

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE JULGOU VÁLIDA A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL CONTESTADA EM FACE DO DECRETO-LEI 406/68.

.....

...

2. Ademais, ainda que superado tal óbice, nos termos do art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68, *"a base de cálculo do imposto é o preço do serviço" e "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*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

do serviço ou de outros fatores pertinentes, nestes não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho". Tratando-se de serviços prestados por sociedades, desde que o serviço se enquadre no rol previsto no § 3º do artigo referido, há autorização legal para fruição do tratamento privilegiado, devendo o imposto ser "*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*". **A sociedade simples, constituída sob a forma de sociedade limitada, não pode usufruir do tratamento privilegiado, porquanto nela o sócio não assume responsabilidade pessoal, tendo em vista que sua responsabilidade é limitada à participação no capital social, não obstante todos os sócios respondam solidariamente pela integralização do capital social.** Assim, "*a alíquota fixa do ISS somente é devida às sociedades unipessoais integradas por profissionais que atuam com responsabilidade pessoal, não alcançando as sociedades empresariais, como as sociedades por quotas, cuja responsabilidade é limitada ao capital social*" (AgRg no Ag 1.349.283/RO, 2ª Turma, Rel. Min. Humberto Martins, DJe de 14.12.2010).

3. Recurso especial não conhecido (REsp 1.221.027/SP, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, DJe de 04.03.11);

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. CABIMENTO. OMISSÃO. OBSCURIDADE. CONTRADIÇÃO. NÃO-OCORRÊNCIA DOS ALUDIDOS DEFEITOS.

1. O acórdão impugnado contém fundamentação suficiente para demonstrar que, "nos termos do art. 9º, § 3º, do DL 406/68, têm direito ao tratamento privilegiado do ISS as sociedades civis uniprofissionais, que tem por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade social e sem caráter empresarial" (AgRg no Ag 458.005/PR, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 4.8.2003).

2. Acrescente-se que, nos termos do art. 9º, § 1º, do Decreto-Lei 406/68, "a base de cálculo do imposto é o preço do serviço" e "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". Tratando-se de serviços prestados por sociedades, desde que o serviço se enquadre no rol previsto no § 3º do artigo referido, há autorização legal para fruição do tratamento privilegiado, devendo o imposto ser "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". **A sociedade simples, constituída sob a forma de sociedade limitada, não pode usufruir do tratamento privilegiado, porquanto nela o sócio não assume responsabilidade pessoal.**

3. Embargos de declaração rejeitados (EDcl no AgRg no Ag 798.575/PR, Rel. Min. Denise Arruda, DJe de 27.11.09);

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE LIMITADA. CARÁTER EMPRESARIAL. ART. 9º, § 1º, DO DL 406/1968. INAPLICABILIDADE.

1. A tributação fixa do ISS, prevista no art. 9º, § 3º, do DL 406/1968, somente se aplica quando houver responsabilidade pessoal dos sócios e inexistir caráter empresarial na atividade realizada.

2. **Na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas (art. 1.052 do CC), o que afasta o benefício da tributação fixa. Precedentes do STJ.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

3. Agravo Regimental não provido (AgRg no REsp 1.075.488/MG, Rel. Herman Benjamin, DJe de 13.03.09);

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. SOCIEDADE LIMITADA. AUSÊNCIA DE CARÁTER EMPRESARIAL. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO PRIVILEGIADO. IMPOSSIBILIDADE.

1. Nos termos do art. 9º, § 3º, do DL 406/68, têm direito ao tratamento privilegiado do ISS as sociedades civis uniprofissionais, que tem por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade social e sem caráter empresarial.

2. **"Nos termos do art. 1.052 do CC/2002, 'na sociedade limitada, a responsabilidade de cada sócio é restrita ao valor de suas quotas, mas todos respondem solidariamente pela integralização do capital social'. Assim, nessa espécie de sociedade, a responsabilidade do sócio 'está limitada à força do capital social' (Rubens Requião).**

Nesse contexto, não há falar em responsabilidade ilimitada dos sócios, tampouco em ausência de caráter empresarial" (AgRg no Ag 960733/RJ, Min. Denise Arruda, 1ª T., DJ de 08.05.2008).

3. Recurso especial a que se dá provimento (REsp 1.057.668/RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJe 04.09.08).

Desse modo, na ausência de argumentos capazes de infirmar as razões que alicerçam a decisão impugnada, fica esta mantida em todos os seus termos.

Ante o exposto, **nego provimento ao agravo regimental.**

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0178626-5

AgRg no
REsp 1.142.393 / MS

Números Origem: 14040030400 14050021153 14050031612 20070127644
20070127644000101 20070127644000103 200802238581

PAUTA: 24/05/2011

JULGADO: 02/06/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE MARACAJU
ADVOGADO : VLADIMIR ROSSI LOURENÇO E OUTRO(S)
RECORRIDO : ASCAA ASSISTÊNCIA AGRONÔMICA S/S LTDA
ADVOGADO : CELSO JOSÉ ROSSATO JÚNIOR E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Crédito Tributário - Repetição de indébito

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : ASCAA ASSISTÊNCIA AGRONÔMICA S/S LTDA
ADVOGADO : CELSO JOSÉ ROSSATO JÚNIOR E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE MARACAJU
ADVOGADO : VLADIMIR ROSSI LOURENÇO 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 Humberto Martins (Presidente), Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.