



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.486.568 - RS (2014/0264654-9)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADOR : FERNANDO VICENZI E OUTRO(S)
AGRAVADO : CANAL E MUSSE LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADOS : ANA PAULA SERAFIN E OUTRO(S)
ISIS OLIVEIRA DA SILVA
RENATA VON MUHLEN

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 06 de novembro de 2014(Data do Julgamento)

MINISTRO SÉRGIO KUKINA
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.486.568 - RS (2014/0264654-9)

RELATOR : **MINISTRO SÉRGIO KUKINA**
AGRAVANTE : **MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE**
PROCURADOR : **FERNANDO VICENZI E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **CANAL E MUSSE LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE**
ADVOGADOS : **ANA PAULA SERAFIN E OUTRO(S)**
ISIS OLIVEIRA DA SILVA
RENATA VON MUHLEN

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA(Relator): Trata-se de agravo regimental interposto pelo MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, sob a incidência do óbice previsto na Súmula 7/STJ.

Sustenta a parte agravante, em síntese, que *"restou demonstrado nos autos o caráter empresarial da Agravada, o que, nos termos dos precedentes colacionados, exemplificativamente, demonstram não haver óbice quanto ao julgamento por esta Corte com base na Súmula 7, tendo em vista que não é necessário o reexame do acervo probatório para apreciação do caso concreto, mas sim de valoração dos critérios jurídicos concernentes à utilização da prova e à formação da convicção, ante a distorcida aplicação pelo Tribunal de origem acerca do benefício fiscal concedido."* (fl. 322)

Requer, por fim, a reconsideração da decisão agravada, ou seja a insurgência seja submetida ao exame do órgão colegiado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.486.568 - RS (2014/0264654-9)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA(Relator): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados (fls. 313/317):

Trata-se de recurso especial interposto pelo MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, com fundamento no art. 105, III, a e c, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado (fl. 208):

APELAÇÃO CÍVEL. REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. ISSQN. SOCIEDADE PLURIPROFISSIONAL DE ARQUITETOS E ENGENHEIROS. ENQUADRAMENTO NO ITEM 89 DA LISTA DE SERVIÇOS DO 155. TRIBUTAÇÃO PRIVILEGIADA. POSSIBILIDADE. APELO DESPROVIDO. SENTENÇA CONFIRMADA EM REEXAME NECESSÁRIO.

Opostos embargos declaratórios, foram acolhidos para sanar a omissão apontada, conferindo efeitos infringentes (fls. 228/233).

Nas razões do recurso especial, a parte recorrente aponta, além de divergência jurisprudencial, ofensa ao art. 9º, § 3º, do Decreto-lei 406/68. Sustenta, em síntese, que "o simples fato de a sociedade apresentar-se intitulada sob a forma de sociedade LIMITADA impede que ela goze do benefício da tributação do ISS na forma privilegiada, porquanto nítido caráter empresarial." (fl. 246)

É o relatório.

Pretende a parte recorrente que seja reconhecida o caráter empresarial da recorrida para fins de afastar a tributação privilegiada prevista no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei n.º 406/68.

Impende ressaltar que, para que exista o direito à base de cálculo diferenciada do ISS, nos termos do art. 9º, § 3º do Decreto-Lei n.º 406/68, o Superior Tribunal de Justiça firmou compreensão no sentido de que a prestação dos serviços seja em caráter personalíssimo e que não haja estrutura empresarial. A propósito:

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. BASE DE CÁLCULO DO ISS DIFERENCIADA. DECRETO-LEI Nº 406/68. ATIVIDADE NÃO EMPRESARIAL.

1. As sociedades uniprofissionais somente têm direito ao cálculo diferenciado do ISS, previsto no artigo 9º, parágrafo 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, quando os serviços são prestados em caráter personalíssimo e, assim, prestados no próprio nome dos profissionais habilitados ou sócios, sob sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

total e exclusiva responsabilidade pessoal e sem estrutura ou intuito empresarial.

2. Precedente da Primeira Seção (AgRg EREsp nº 941.870/RS, da minha Relatoria, in DJe 25/11/2009).

3. Embargos de divergência rejeitados.

(EREsp 866286/ES, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 29/09/2010, DJe 20/10/2010)

Neste momento, é oportuno transcrever o entendimento firmado pelo Tribunal a quo, consignado no acórdão recorrido (fls. 210/215):

No presente caso, pretende o Município o reconhecimento do caráter empresarial da empresa autora para fins de afastar a tributação privilegiada prevista no art. 9º, § 3º, do Decreto-lei n.º 406/68.

[...]

Assim, percebe-se que 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, não podendo ser considerada sociedade empresária pelo simples fato de ser sociedade limitada.

Em se tratando de serviços prestados por sociedades, em caráter e responsabilidade pessoal, o ISS será calculado em relação a cada profissional habilitado.

Aqui não importa o tamanho da empresa ou o número de suas filiais, devendo ser salientado que a atividade desenvolvida sob a responsabilidade pessoal de um profissional está enquadrada no art. 9º do Decreto- Lei 406/68.

Dessa forma, a base de cálculo introduzida pela lei municipal viola o Decreto-Lei 406/68, que vale como lei complementar e não foi revogado expressamente pela Lei Complementar nº 116/03. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 249.411, decidiu que o art. 9º do referido diploma legal foi recepcionado pela Constituição Federal. Por isso, não poderia o Município, que está adstrito ao art. 9º do Decreto-Lei n.º 406/68, dispor de modo diverso.

Os parágrafos 1º e 3º do art. 9º do Decreto-lei n.º 406/68 esta- belecem o seguinte:

[...]

Assim, somente fazem jus à tributação privilegiada, as sociedades enquadradas nos referidos itens da lista de serviços, os quais transcrevo para uma devida apreciação da matéria:

[...]

Não concordo com o entendimento de que o Decreto-lei n.º 406/68, recepcionado como lei complementar pela vigente Constituição, estaria a violar o princípio da autonomia municipal, ao estabelecer a base de cálculo do tributo. Tal situação está prevista no art. 146, inciso III, alínea "a" da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Constituição Federal:

[...]

Da leitura do dispositivo constitucional acima reproduzido, fica evidenciada a impossibilidade de lei municipal vir a estabelecer base de cálculo distinta daquela prevista na legislação complementar reguladora do ISS.

A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal atesta o referido, no seguinte julgado, de lavra do eminente Ministro Marco Aurélio:

[...]

Nesses termos, verificado que a cobrança de ISSQN deve ser efetuada nos moldes do § 3º do artigo 9º do Decreto-Lei nº. 406/68, a sentença merece ser mantida.

Da análise do excerto mencionado, conclui-se que, a Corte de origem, ao analisar os fatos e as provas dos autos concluiu que os serviços são prestados de forma pessoal, e que não há caráter empresarial na empresa agravante, o que não impede a concessão do benefício pretendido.

Logo, a alteração destas conclusões, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ, que impede o conhecimento da insurgência também pelo dissídio pretoriano invocado.

No mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ISS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS MÉDICOS. SOCIEDADES UNIPROFISSIONAIS. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. *A verificação acerca do cumprimento dos requisitos para enquadramento no regime de tributação do ISS previsto no art. 9º, § 3º, do DL 406/68 exige a análise de matéria fático-probatória, vedada em sede de recurso especial, ante a incidência da Súmula 7/STJ.*

2. *Agravo regimental não provido.*

(AgRg no REsp 1.266.396/BA, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 02/10/2012, DJe 09/10/2012)

Conforme consignado na decisão agravada, em que pesem as alegações da parte recorrente, não se revela possível a revisão da conclusão adotada pelo Tribunal de origem a respeito da natureza dos serviços prestados pela parte agravada, pois tal situação implica em adentrar no conjunto de fatos e provas constantes dos autos, o que não se admite na via especial, a teor da Súmula 7/STJ.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No mesmo sentido:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISS. ART. 9º, § 3º, DO DECRETO LEI 406/68. SOCIEDADE DE ADVOGADOS. CARÁTER EMPRESARIAL. INEXISTÊNCIA. POSSIBILIDADE DE RECOLHIMENTO DO ISS SOBRE ALÍQUOTA FIXA. CONCLUSÃO DO TRIBUNAL BASEADA EM FATOS E PROVAS DOS AUTOS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE. ÓBICES DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ.

1. "Admitida a manutenção do regime de tributação privilegiada após a entrada em vigor da Lei Complementar 116/03, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, que sedimentou compreensão de que o art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/68, o qual trata da incidência do ISSQN sobre sociedades uniprofissionais por alíquota fixa, não foi revogado pela Lei Complementar 116/03, quer de forma expressa, quer tácita, não existindo nenhuma incompatibilidade.

Precedentes. (AgRg no AgRg no AgRg no REsp 1013002/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe 18/03/2009)

2. Para que exista o direito à base de cálculo diferenciada do ISS, nos termos do art. 9º, § 3º do Decreto-lei 406/68, necessário que a prestação dos serviços seja em caráter personalíssimo e que não haja estrutura empresarial. *Precedente: EREsp 866.286/ES, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 20/10/2010.*

3. Tribunal de origem que, ao analisar os fatos e as provas dos autos, em especial o contrato social da requerida, constatou a ausência de caráter empresarial. A alteração destas conclusões demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme os óbices previstos nas Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no REsp 1.242.490/PB, de minha relatoria, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/09/2013, DJe 17/09/2013)

Em face do exposto, nega-se provimento ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0264654-9

AgRg no
REsp 1.486.568 / RS

Números Origem: 00111202487107 01238690520148217000 111202487107 11202487107
1238690520148217000 3468187320138217000 51902578320138217000 70056221914
70057944308 70059313064

EM MESA

JULGADO: 06/11/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **SÉRGIO KUKINA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO CARLOS FONSECA DA SILVA**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADOR : FERNANDO VICENZI E OUTRO(S)
RECORRIDO : CANAL E MUSSE LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADOS : RENATA VON MUHLEN
ANA PAULA SERAFIN E OUTRO(S)
ISIS OLIVEIRA DA SILVA

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADOR : FERNANDO VICENZI E OUTRO(S)
AGRAVADO : CANAL E MUSSE LTDA - EMPRESA DE PEQUENO PORTE
ADVOGADOS : RENATA VON MUHLEN
ANA PAULA SERAFIN E OUTRO(S)
ISIS OLIVEIRA DA SILVA

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA 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.

Os Srs. Ministros Regina Helena Costa, Marga Tessler (Juíza Federal convocada do TRF 4ª Região), Napoleão Nunes Maia Filho (Presidente) e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.