



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 7.350 - RS (2011/0062295-5)

RELATOR : MINISTRO CASTRO MEIRA
AGRAVANTE : SILVA E GALARRAGA LTDA
ADVOGADO : ELIS ÂNGELA CAPELETTI E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DO RIO GRANDE
PROCURADOR : TAÍSA GOMES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECOLHIMENTO DO ISS. DECRETO-LEI 406/68. ACÓRDÃO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A sociedade civil faz jus ao benefício previsto no art. 9º, § 3º, do DL 406/68, desde que preste serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial. Precedentes.

2. O Tribunal de origem, com base na análise dos fatos das provas e de cláusulas contratuais, afirmou que a ora agravante realiza atividade tipicamente empresarial.

3. A revisão de tal entendimento implicaria sindicatar matéria fático-probatória e cláusulas contratuais, o que é defeso na via especial. Inteligência da Súmula 07/STJ: "*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*". Inteligência da Súmula 05/STJ: "*A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial*".

4. 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, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 09 de agosto de 2011(data do julgamento).

Ministro Castro Meira
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 7.350 - RS (2011/0062295-5)

RELATOR : **MINISTRO CASTRO MEIRA**
AGRAVANTE : **SILVA E GALARRAGA LTDA**
ADVOGADO : **ELIS ÂNGELA CAPELETTI E OUTRO(S)**
AGRAVADO : **MUNICÍPIO DO RIO GRANDE**
PROCURADOR : **TAÍSA GOMES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

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

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECOLHIMENTO DO ISS. DECRETO-LEI 406/68. ACÓRDÃO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A sociedade civil faz jus ao benefício previsto no art. 9º, § 3º, do DL 406/68, desde que preste serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial. Precedentes.

2. O Tribunal de origem, com base na análise dos fatos das provas e de cláusulas contratuais, afirmou que a ora agravante realiza atividade tipicamente empresarial.

3. A revisão de tal entendimento implicaria sindicatar matéria fático-probatória e cláusulas contratuais, o que é defeso na via especial. Inteligência da Súmula 07/STJ: "*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*". Inteligência da Súmula 05/STJ: "*A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial*".

4. É patente que a divergência jurisprudencial suscitada não atende ao requisito da identidade fático-jurídica entre os acórdãos confrontados, uma vez que as peculiaridades do caso vertente não se encontram espelhadas nos paradigmas, os quais, a toda evidência, lastrearam-se em fatos, provas e circunstâncias distintas das constantes dos autos sob análise.

5. Agravo conhecido. Recurso especial não conhecido (e-STJ fl. 295).

No agravo regimental, a recorrente alega não haver necessidade de se analisar fatos e provas, mas interpretar conceitos já definidos – o que seria a atividade empresarial.

Afirma ter demonstrado, durante o processo de Primeiro e Segundo graus que, por intermédio de seus sócios, presta atividades de maneira individual.

Entende que a sociedade não é empresária, preenchendo os requisitos necessários ao tratamento privilegiado do ISSQN, conforme preceitua o art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei n.º 406/68.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 7.350 - RS (2011/0062295-5)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECOLHIMENTO DO ISS. DECRETO-LEI 406/68. ACÓRDÃO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E PROBATÓRIO. SÚMULA 07/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO.

1. A sociedade civil faz jus ao benefício previsto no art. 9º, § 3º, do DL 406/68, desde que preste serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial. Precedentes.

2. O Tribunal de origem, com base na análise dos fatos das provas e de cláusulas contratuais, afirmou que a ora agravante realiza atividade tipicamente empresarial.

3. A revisão de tal entendimento implicaria sindicatar matéria fático-probatória e cláusulas contratuais, o que é defeso na via especial. Inteligência da Súmula 07/STJ: "*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*". Inteligência da Súmula 05/STJ: "*A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial*".

4. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO CASTRO MEIRA (Relator): Das razões recursais, conclui-se que a recorrente não apresenta argumentação capaz de infirmar a decisão agravada a qual deu à lide a solução que melhor se ajusta à orientação adotada pela jurisprudência desta Corte em situações como a dos autos.

Com efeito, quanto ao tratamento conferido às sociedades para a incidência do ISSQN, a questão ora debatida não é nova nesta Corte Superior, em que se sedimentou a jurisprudência no mesmo sentido do aresto impugnado.

Nesse aspecto, a sociedade civil faz jus ao benefício previsto no art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei n.º 406/68, desde que preste serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial.

Confirmam-se os seguintes precedentes:

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. REGIME ESPECIAL DE TRIBUTAÇÃO. AGRADO IMPROVIDO.

1. A dispensa do recolhimento de ISS, prevista no artigo 9º, parágrafos 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, exige que a sociedade seja uniprofissional, com responsabilidade pessoal, não alcançando as sociedades empresariais, como as sociedades por quotas cuja responsabilidade é limitada ao capital social. Precedentes.

2. Agravo regimental improvido (AgRg no REsp 1185792/MS, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Turma, DJe 03.08.2010);

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRADO REGIMENTAL. ISS.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SOCIEDADE CIVIL QUE PRESTA SERVIÇOS CONTÁBEIS. SOCIEDADE LIMITADA. FINALIDADE EMPRESARIAL. NÃO-INCIDÊNCIA DO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS N. 5 E 7 DESTA CORTE SUPERIOR. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO COMPROVADA. ART. 535, II, DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Prevê o art. 535 do CPC a possibilidade de manejo dos embargos de declaração para apontar omissão, contradição ou obscuridade na sentença ou acórdão. Não há, no presente arrazoado, qualquer indicação de omissão, contradição ou obscuridade capaz de subsidiar a oposição dos aclaratórios.

2. Incide a Súmula 211/STJ quando a matéria federal tida por violada não foi enfrentada no aresto a quo recorrido, malgrado a oposição dos embargos declaratórios.

3. O art. 9º, § 3º, do DL 406/68 concede às sociedades civis uniprofissionais, que têm por objeto a prestação de serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial, tratamento privilegiado quanto à cobrança do ISSQN.

4. A decisão agravada foi baseada na jurisprudência pacífica desta Corte, no sentido de que para fazer jus ao benefício disposto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, a empresa deve caracterizar-se como sociedade uniprofissional, o que não se compatibiliza com a adoção do regime da sociedade limitada, em razão do caráter empresarial de que se reveste este tipo social.

5. Ademais, o Tribunal a quo, no acórdão combatido, destacou que, da análise dos documentos acostados nos autos, tem-se que a sociedade recorrente não preenche os requisitos no § 3º do art. 9º do Decreto-lei n. 406/68.

6. A parte recorrente pretende com a tese defendida é, na verdade, rever a premissa fixada pelo Tribunal de origem, soberano na avaliação do conjunto fático-probatório constante dos autos, o que é vedado ao Superior Tribunal de Justiça por suas Súmulas n. 5 e 7.

7. Não houve a demonstração da exata similitude fático-jurídica entre os acórdãos tidos por divergentes e, tampouco o cotejo analítico entre eles, o que se afigura indispensável para a admissão do apelo especial, conforme os ditames estabelecidos pelo § 2º do art. 255 do RISTJ e art. 541, parágrafo único, do CPC.

8. Agravo regimental não provido (AgRg no Ag 1023655/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 29.04.2010).

O cerne da questão é definir se a recorrente faz jus ao tratamento favorecido, concedido às sociedades uniprofissionais, sem caráter empresarial, no que se refere à tributação do ISS.

O Tribunal de origem, com base na análise dos fatos e das provas, afirmou que a ora agravante realiza atividade tipicamente empresarial.

É o que se infere da fundamentação do aresto impugnado a seguir transcrita:

A parte autora busca o reconhecimento de seu direito de proceder ao recolhimento do ISS nos termos do disposto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n. 406/68, que prevê:

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

A incidência do tributo em questão se dá sobre o trabalho individual de cada profissional, excluindo-se de sua base de cálculo o valor referente à sua remuneração. A finalidade deste dispositivo é justamente evitar que o ISS incida sobre a base de cálculo do Imposto de Renda, o que configuraria bi-tributação.

Cumprе ressaltar que o dispositivo retro transcrito continua em vigor, não havendo qualquer motivo hábil a afastar sua aplicação.

Por um lado, tendo sido recepcionado pela Constituição Federal de 1988, não foi expressamente revogado pela Lei Complementar n. 116/2003.

Por outro lado, tampouco houve sua revogação tácita pela referida lei. Conquanto o dispositivo em questão tenha sido incluído pela Lei Complementar n. 56/87, que foi expressamente revogada pela Lei Complementar n. 116/03, dela não figurava como parte integrante, porquanto passou a compor o texto do Decreto-Lei n. 406/68.

O Superior Tribunal de Justiça uniformizou seu entendimento no sentido de que o tratamento privilegiado previsto pelo mencionado dispositivo somente pode ser aplicado às sociedades uniprofissionais nas quais haja responsabilidade pessoal dos sócios.

Ilustro tal entendimento com os seguintes julgados:

AGRG NO RESP 1152484/PR, REL. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 18/05/2010, DJE 02/06/2010. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. ISENÇÃO. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. INOVAÇÃO RECURSAL. INOCORRÊNCIA. MATÉRIA DECIDIDA NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. REEXAME DE PROVA. DESNECESSIDADE. DECISÃO MONOCRÁTICA. ARTIGO 557 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. AGRAVO IMPROVIDO.

1. A dispensa do recolhimento de ISS, prevista no artigo 9º, parágrafos 1º e 3º, do Decreto-Lei nº 406/68, exige que a sociedade seja uniprofissional, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial.

2. Apreciada inequivocamente a questão nas instâncias ordinárias e suscitada, passo seguinte, em sede de recurso especial, não há falar em julgamento extra petita, tampouco em inovação recursal.

3. Julgados os fatos tal como postos no acórdão recorrido, não há falar em reexame dos elementos probatórios dos autos, restando afastada, na espécie, a incidência do enunciado nº 7 da Súmula de jurisprudência desta Corte Federal Superior.

4. O artigo 557, parágrafo 1º, do Código de Processo Civil autoriza o Relator a dar provimento ao recurso se a decisão recorrida estiver em confronto com Súmula ou com jurisprudência pacífica do Superior Tribunal de Justiça ou do Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo regimental improvido. (Grifou-se)

EDCL NOS EDCL NO AGRG NO AG 798.575/PR, REL. MINISTRA DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, JULGADO EM 03/11/2009, DJE 27/11/2009. PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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.

A responsabilidade limitada dos sócios confere à sociedade um caráter empresarial, incompatível com a finalidade da base de cálculo diferenciada prevista pelo art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n. 406/68.

Sendo assim, a forma privilegiada de recolhimento do imposto em questão não pode se dar nos casos em que a sociedade estiver constituída sob a forma de cotas de responsabilidade limitada.

A corroborar tal entendimento, cito jurisprudência desta Corte:

AGRAVO REGIMENTAL Nº 70034262790, VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: REJANE MARIA DIAS DE CASTRO BINS, JULGADO EM 25/02/2010. PROCESSUAL CIVIL. RECURSOS. AGRAVO EM JULGAMENTO MONOCRÁTICO. 1. Não cabe modificar a decisão em agravo, salvo quando comprovada a sua incorreção no plano material, o que não se coaduna com a jurisprudência pacífica do colegiado sobre os pontos abordados de acordo com a seguinte ementa originária: DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. ISS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS POR SOCIEDADE DE ENGENHEIROS. BASE DE CÁLCULO. A cobrança de ISS de sociedade prestadora de serviços é regulada pelo Decreto-Lei nº 406/68 (e pela Lei Complementar nº 116/03), excepcionando-se a base de cálculo do imposto (art. 9º, §§ 1º e 3º daquele Decreto-Lei), para evitar bitributação com o imposto de renda, podendo a lei municipal fixar alíquotas fixas ou variáveis em função da atividade, mas não podendo tomar como base o preço do serviço. A Lei nº 116/03 não modificou esta disciplina (art. 9º, §1º e item 1 da Lista Anexa). O benefício do art. 9º, §§1º e 3º do Dec. Lei nº 406/68 não se estende à sociedade por quotas de responsabilidade limitada, que prevê, em seu contrato social, a distribuição de lucros. HIPÓTESE DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA APELAÇÃO. 2. AGRAVO DESPROVIDO. APELAÇÃO CÍVEL Nº 70022828040, SEGUNDA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: SANDRA BRISOLARA MEDEIROS, JULGADO EM 11/11/2009.

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISS. CLÍNICA DE RADIODIAGNÓSTICO. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. RESPONSABILIDADE LIMITADA AO CAPITAL SOCIAL. NÍTIDO CARÁTER EMPRESARIAL. PRETENSÃO DE RECOLHER O TRIBUTO COM ALÍQUOTAS FIXAS. ARTIGO 9º, § 3º, DO DECRETO-LEI 406/1968. DESCABIMENTO. TRIBUTAÇÃO SOBRE A RECEITA BRUTA. HONORÁRIOS DE SUCUMBÊNCIA QUE CONVERGEM EM FAVOR DA PROCURADORIA-GERAL DO MUNICÍPIO VENCEDOR NA LIDE, E NÃO EM PROL DE UM PROCURADOR ESPECIFICAMENTE. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA CONFIRMADA. APELO DESPROVIDO.

No presente caso, pelo que se depreende de cópia do contrato social, a autora se encontra constituída sob a forma de sociedade limitada. De fato, na cláusula sexta do contrato social está previsto que a responsabilidade de cada sócio restringe-se ao valor de suas cotas, não havendo responsabilidade subsidiária pelas obrigações sociais (fls. 17-20).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Nesse contexto, deve-se reconhecer que a sociedade apresenta nítido caráter empresarial, mormente considerando a previsão de distribuição de lucros (art. 9º, §§ 1º e 2º do estatuto).

Desautorizada, portanto, a aplicação do disposto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-lei n. 406/68 (e-STJ fls. 16-19, sem destaque no original).

Desta forma, o Tribunal *a quo* definiu que a atividade da recorrente não se caracteriza como a de sociedade uniprofissional que presta serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial, capaz de conferir a ela o requerido tratamento privilegiado.

A pretensão trazida no recurso especial, portanto, implica o indispensável reexame de matéria fático-probatória, o que é vedado nesta via, ante o disposto na Súmula 07/STJ: "*A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial*".

Ademais, é defeso apreciar as cláusulas do contrato social, para se perquirir sobre a natureza empresarial da sociedade, como informa o teor da Súmula 05/STJ: "*A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial*".

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

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2011/0062295-5

AgRg no
AREsp 7.350 / RS

Números Origem: 70035005206 70040017089 70041175381

PAUTA: 09/08/2011

JULGADO: 09/08/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **CASTRO MEIRA**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

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

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : SILVA E GALARRAGA LTDA
ADVOGADO : ELIS ÂNGELA CAPELETTI E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DO RIO GRANDE
PROCURADOR : TAÍSA GOMES DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SILVA E GALARRAGA LTDA
ADVOGADO : ELIS ÂNGELA CAPELETTI E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DO RIO GRANDE
PROCURADOR : TAÍSA GOMES DE OLIVEIRA 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, Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques e Cesar Asfor Rocha votaram com o Sr. Ministro Relator.