



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1660935 - SP (2017/0058624-9)

RELATOR : **MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES**
AGRAVANTE : COOPSERV SOCIEDADE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS
NA AREA DA SAUDE
ADVOGADOS : ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA E OUTRO(S) - SP131677
JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125
RICARDO DE CAMPOS FERREIRA AYRES - SP339922
AGRAVANTE : FRAGA SOCIEDADE DE ADVOGADOS
ADVOGADOS : ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA E OUTRO(S) - SP131677
JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125
RICARDO DE CAMPOS FERREIRA AYRES - SP339922
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOSÉ PAULO SISTEROLLI BATISTA E OUTRO(S) - SP352510

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. ISSQN. INCIDÊNCIA SOBRE A TAXA DE ADMINISTRAÇÃO COBRADA POR COOPERATIVA DA ÁREA DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE INOVAÇÃO RECURSAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 CONFIGURADA. PROVIMENTO NEGADO.

1. A duplicidade dos embargos de declaração opostos contra o acórdão que julgou o recurso de apelação não ocasionou a preclusão consumativa da matéria invocada nas razões do recurso especial porque os primeiros embargos de declaração foram parcialmente providos pelo Tribunal de origem, e o ente público interpôs o recurso especial dentro do prazo de 15 dias, contado em dobro nos termos do art. 188 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, então vigente.

2. O pedido subsidiário acerca da legalidade da incidência de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre a taxa de administração cobrada pela cooperativa não caracteriza indevida inovação recursal, visto que, em suas razões de apelar, o ente municipal defendeu a legitimidade da cobrança do tributo, e reiterou seus argumentos nos embargos de declaração opostos na origem.

3. A falta de manifestação a respeito de questão necessária à resolução integral da demanda autoriza o acolhimento de ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973, enseja a anulação do acórdão proferido em embargos de declaração e torna indispensável um novo julgamento do recurso integrativo.

4.Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 24/09/2024 a 30/09/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 30 de setembro de 2024.

MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1660935 - SP (2017/0058624-9)

RELATOR : **MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES**
AGRAVANTE : COOPSERV SOCIEDADE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS
NA AREA DA SAUDE
ADVOGADOS : ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA E OUTRO(S) - SP131677
JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125
RICARDO DE CAMPOS FERREIRA AYRES - SP339922
AGRAVANTE : FRAGA SOCIEDADE DE ADVOGADOS
ADVOGADOS : ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA E OUTRO(S) - SP131677
JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125
RICARDO DE CAMPOS FERREIRA AYRES - SP339922
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : JOSÉ PAULO SISTEROLLI BATISTA E OUTRO(S) - SP352510

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. RECURSO ESPECIAL. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. NÃO OCORRÊNCIA. ISSQN. INCIDÊNCIA SOBRE A TAXA DE ADMINISTRAÇÃO COBRADA POR COOPERATIVA DA ÁREA DE SAÚDE. AUSÊNCIA DE INOVAÇÃO RECURSAL. MATÉRIA NÃO APRECIADA PELA CORTE DE ORIGEM. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973 CONFIGURADA. PROVIMENTO NEGADO.

1. A duplicidade dos embargos de declaração opostos contra o acórdão que julgou o recurso de apelação não ocasionou a preclusão consumativa da matéria invocada nas razões do recurso especial porque os primeiros embargos de declaração foram parcialmente providos pelo Tribunal de origem, e o ente público interpôs o recurso especial dentro do prazo de 15 dias, contado em dobro nos termos do art. 188 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, então vigente.

2. O pedido subsidiário acerca da legalidade da incidência de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre a taxa de administração cobrada pela cooperativa não caracteriza indevida inovação recursal, visto que, em suas razões de apelar, o ente municipal defendeu a legitimidade da cobrança do tributo, e reiterou seus argumentos nos embargos de declaração opostos na origem.

3. A falta de manifestação a respeito de questão necessária à resolução integral da demanda autoriza o acolhimento de ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973, enseja a anulação do acórdão proferido em embargos de declaração e torna indispensável um novo julgamento do recurso integrativo.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por COOPSERV SOCIEDADE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS NA AREA DA SAUDE e OUTRO contra a decisão de minha relatoria de fls. 2.857/2.861.

Em suas razões recursais, a parte agravante alega que os segundos embargos de declaração opostos pelo Município de São Paulo contra o acórdão de origem foram apreciados por decisão monocrática que concluiu pelo não conhecimento do recurso diante da infringência ao princípio da unirrecorribilidade recursal, e não foi interposto o recurso cabível pelo ente municipal, o que levou à preclusão consumativa.

Destaca (fl. 2.872):

[...] não faz o menor sentido a alegação, em sede de recurso especial, que houve ofensa aos dispositivos que regiam os embargos de declaração porque não foram prestados esclarecimentos sobre a possibilidade de se cobrar ISS sobre a taxa de administração que a Agravada COOPSERV cobrava dos associados cooperados, tema que não foi cogitado em sede de contestação, durante a produção de prova pericial, nos memoriais apresentados e na respeitável sentença proclamada os autos da Ação Anulatória nº 0031239-87.2005.8.26.0053.

Acrescenta que a questão referente à cobrança da taxa de administração configura inovação recursal e não pode ser apreciada sob pena de se incorrer em julgamento *ultra petita*.

Requer a reconsideração da decisão agravada ou a apresentação do processo ao órgão colegiado competente.

A parte adversa apresentou impugnação (fls. 3.076/3.077).

É o relatório.

VOTO

A pretensão recursal não merece prosperar.

Em breve retrospecto do trâmite processual, verifico que a duplicidade dos embargos de declaração opostos pelo Município de São Paulo, ora agravado, não ocasionou a preclusão consumativa da matéria invocada nas razões de seu recurso especial.

Na origem, trata-se de ação anulatória movida por COOPSERV SOCIEDADE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS NA AREA DA SAUDE e FRAGA SOCIEDADE DE ADVOGADOS objetivando a declaração da inexigibilidade do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) sobre atos cooperativos, bem como a anulação das autuações fiscais lavradas em decorrência do não recolhimento da exação e do não cumprimento de obrigações acessórias.

A sentença de parcial procedência do pedido foi parcialmente reformada pelo TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO nos termos da seguinte ementa (fl. 2.212):

APELAÇÕES CÍVEIS — Ação Anulatória de Autos de Infração e ISSQN — Parcial Cabimento -Cooperativa que presta serviços a seus associados sem interesse negocial ou fim lucrativo, goza de completa isenção, pois a sua finalidade não é obter lucro, mas servir aos próprios - Somente os atos considerados genuinamente cooperativos é que estão fora do alcance da tributação. Obrigações tributárias acessórias e atos realizados para terceiros ou sob cadastramento diversos - Possibilidade de cobrança - Honorários — Majoração - Possibilidade em virtude da complexidade da causa — Sentença Parcialmente Reformada - Recurso Parcialmente Provido.

O município opôs os primeiros embargos de declaração em 25/3/2014 (fls. 2.247/2.251), e, na sequência, opôs novos embargos (fls. 2.255/ 2.256). Desses últimos não se conheceu por decisão monocrática, datada de 15/5/2014, em observância ao princípio da unirrecorribilidade recursal, que veda a utilização de dois recursos para a impugnação de um único ato judicial (fls. 2.257/2.259).

Em 31/7/2014, o órgão colegiado levou a julgamento os embargos de declaração opostos pela cooperativa e pelo sociedade advocatícia, assim como os primeiros embargos de declaração do ente municipal; apenas esses últimos foram parcialmente acolhidos nos termos da seguinte ementa (fl. 2.169):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Alegações da Municipalidade de existência de contradição no acórdão -Cabimento -Recurso de Apelação impetrado pelos patronos dos réus não poderia ter sido provido em virtude do princípio da unirrecorribilidade - Demais motivos do inconformismo que denotam intenção de rediscutir a matéria e atribuir caráter infringente ao recurso -Inadmissibilidade - Recurso da Coopserv Sociedade Cooperativa dos Profissionais de Saúde e outro Improvido -Recurso da Municipalidade Parcialmente Provido - Embargos de declaração Parcialmente Providos.

Publicado o acórdão em 18/8/2014, a parte ora agravante opôs novos embargos de declaração (fls. 2.281/2.284), os quais foram acolhidos nos termos da seguinte ementa (fls. 2.289):

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Alegações de contradição no acórdão — Cabimento - Recurso de Apelação impetrado pelos patronos dos réus poderia ter sido conhecido em virtude de determinação em sede de agravo de instrumento — Mera Correção de Erro material - Embargos de Declaração Providos.

Por sua vez, o município interpôs o recurso especial de fls. 2.295/2.308, em 15/9/2014, ou seja, dentro do prazo recursal de 15 dias, contados em dobro para a Fazenda Pública nos termos do art. 188 do Código de Processo Civil (CPC) de 1973, o qual foi oportunamente ratificado após a apreciação dos segundos embargos de declaração da entidade cooperativa e da sociedade advocatícia, conforme se verifica da petição de fls. 2.310/2.331, protocolada em 24/11/2014.

Logo, a oposição equivocada dos segundos embargos de declaração contra o acórdão de apelação não prejudicou o conhecimento do recurso especial do ente municipal tempestivamente interposto, tampouco ocasionou a preclusão consumativa das teses ali defendidas.

Igualmente, não prospera a alegação da parte agravante de que o pedido subsidiário acerca da legalidade da incidência de ISSQN sobre a taxa de administração cobrada pela cooperativa caracteriza indevida inovação recursal porque, em suas razões de apelar, o ente municipal defendeu a legitimidade da cobrança do tributo com os seguintes argumentos (fl. 1.740):

V - PEDIDO SUBSIDIÁRIO — INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A TAXA DE ADMINISTRAÇÃO COBRADA PELA COOPERATIVA

Na remota hipótese de este E. Tribunal entender que os serviços tributados pelo Município, questionados pela Autora nesta demanda, correspondem a atos cooperativos próprios não passíveis de tributação, aguarda o Município de São Paulo que, em conformidade com o que já decidido pelo STJ no julgamento do REsp 875388/SP, a anulação dos autos de infração não se dê sobre a totalidade de seu valor, mas tão somente sobre a parte eventualmente reconhecida como excessiva, mantendo-se em consequência a tributação incidente sobre a taxa de administração cobrada pela cooperativa de seus cooperados.

Sendo assim, compete ao Tribunal de origem se manifestar sobre o pedido subsidiário, ainda que para rejeitar a pretensão do Município de São Paulo, de modo que mantenho a decisão de fls. 2.857/2.861, que acolheu a pretensão do município para anular o acórdão proferido pelo Tribunal paulista quanto aos embargos de declaração diante da omissão no julgamento da controvérsia, nos seguintes termos:

Analisando os autos, verifico que a parte recorrente requereu a manifestação expressa do órgão julgador, dentre outras questões, sobre a alegação de que incide o ISS sobre a taxa de administração cobrada pela cooperativa, motivo pelo qual a anulação do auto de infração somente pode

alcançar a parte reconhecida como excessiva, correspondente aos valores recebidos pela cooperativa e repassados aos cooperados, consoante já decidido por esta Corte Superior de Justiça no julgamento do REsp 875388/SP.

O Tribunal de origem, mesmo após a oposição dos embargos de declaração, deixou de apreciar as alegações suscitadas. Veja-se:

Por último, há que se esclarecer que demais omissões alegadas pela Municipalidade em nenhum momento se configuram como corretas, uma vez que esta busca claramente alterar o conteúdo material de decisão. As alegações de omissões quanto à eventuais pedidos alternativos não devem prosperar, posto que contrariam o decidido no decorrer do acórdão, a saber:

"A cooperativa, quando presta serviços a seus associados sem interesse negocial ou fim lucrativo goza de completa isenção, pois, a sua finalidade não é obter lucro, mas sim auxiliar os seus membros.

Assim é a opinião da doutrina conforme lição de Marcelo Caron Baptista:

"o ato cooperativo não pode ser visto como hipótese de incidência do ISS, por não revelar capacidade contributiva e por representar, na essência, um serviço gratuito ou um auto-serviço". (ISS: do texto à norma. São Paulo: QuartierLatin, 2005, p. 438.)

Tal característica encontra previsão na Lei 5.764/71, que, ao regular a Política Nacional do Cooperativismo e instituir o regime jurídico das sociedades cooperativas assim a estipulou, a saber:

"Art.79. Denominam-se atos cooperativos os praticados entre as cooperativas e seus associados, entre estes e aquelas e pelas cooperativas entre si quando associados, para a consecução dos objetivos sociais.

Parágrafo único. O ato cooperativo não implica operação de mercado, nem contrato de compra e venda de produto ou mercadoria."

Logo, haveria necessidade de demonstrar se a exação tributária levada a efeito encontrava-se fora dos limites do art. 79, da Lei 5.764/71, fato que não foi possível concluir de forma estreme de dúvida, no caso em tela.

Os documentos existentes nos autos são a Ata de constituição da Cooperativa e seu Estatuto Social que, explicitam, por si só, a natureza dos serviços prestados. Caberia à Municipalidade colacionar os autos-pormenorizadamente - quais os serviços que estariam sendo prestados para terceiros, e ainda, quais as hipóteses de incidência destes com seus respectivos fatos geradores, que, portanto, seriam passíveis de incidência de ISS, e não apenas argumentar genericamente que a apelada presta serviços a terceiros. Cabe ressaltar ainda, que constam nos autos que valores recebidos pela cooperativa eram repassados aos cooperados (fh.310/314), e ainda, há previsão contratual em diversos casos acerca da inexistência de relação jurídica entre o tomador de serviços e os contratados (fl. 531/567).

Ressalte-se, por oportuno, que em caso análogo, esta C.

Câmara manteve a decisão de primeiro grau que também afastou a exação:

[...]

Em suma, diante do acima exposto, e considerando que os serviços não são prestados diretamente a terceiros, caracterizando, portanto, atos cooperativos, não há que se cogitar o provimento do recurso de apelação da municipalidade" (fls. 2.172/2.174).

A falta de manifestação a respeito de questão necessária à resolução integral da demanda autoriza o acolhimento de ofensa ao art. 535, II, do CPC/1973, enseja a anulação do acórdão proferido em embargos de declaração e torna indispensável um novo julgamento dos aclaratórios.

Cito os seguintes julgados:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO QUANTO À QUESTÃO FUNDAMENTAL PARA ANÁLISE DA DEMANDA. RECURSO ESPECIAL DO MPF PROVIDO PARA ANULAR O ACÓRDÃO PROFERIDO EM SEDE DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO E DETERMINAR O RETORNO DOS AUTOS AO TRIBUNAL DE ORIGEM A FIM DE QUE SUPRA A OMISSÃO APONTADA, PREJUDICADA A ANÁLISE DAS DEMAIS QUESTÕES. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. Da análise dos autos, verifica-se de que as alegações apresentadas pelo Ministério Público Federal, em sede de Embargos Declaratórios, especialmente quanto a importância ambiental da área, que abriga espécime raro e as falhas apontada no Estudo de Impacto Ambiental, não foram realmente analisados pela Corte local.

2. Com a oposição dos Embargos de Declaração, foi expressamente solicitada a manifestação do colegiado acerca de tais questões, de forma que lhe cabia analisar o ponto omissivo/contraditório e sanar a irregularidade apontada. Não tendo o Tribunal sequer feito referência a isso, de fato, houve violação do art. 535, II do CPC, o que importa a reforma da decisão.

3. Agravo Regimental da UNIÃO desprovido. (AgRg no REsp n. 1.221.403/RS, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe de 23/8/2016.)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL. MULTA POR ATO ATENTATÓRIO À DIGNIDADE DA JUSTIÇA. OCORRÊNCIA. EMBARGOS PARCIALMENTE ACOLHIDOS.

[...]

2. "Caracterizado o vício da omissão, impõe-se o reconhecimento de ofensa ao art. 535 do CPC, anulando-se o acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração e determinando-se o retorno dos autos à origem para que seja sanada a eiva apontada" (REsp 1.187.583/RS, Relator o Ministro Castro Meira, julgado em 6/5/2010, DJe 17/5/2010).

3. Embargos de declaração parcialmente acolhidos, com efeitos infringentes. (EDcl no AgRg nos EDcl no REsp n. 1.556.587/RN, relator Ministro Marco Aurélio Bellizze, Terceira Turma, DJe de 20/3/2017.)

Diante do exposto, reconsidero a decisão de fls. 2.704/2.714 e dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão proferido no julgamento dos embargos de declaração; determino a devolução dos autos a fim de que o Tribunal de origem aprecie as matérias articuladas nos aclaratórios como entender de direito.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

AgInt no AgInt no REsp 1.660.935 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2017/0058624-9

Número de Origem:

00312398720058260053 053050312397 16972005 20140000102605 312398720058260053
583532005031239 990102841316

Sessão Virtual de 24/09/2024 a 30/09/2024

Relator do AgInt no AgInt

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : FRAGA SOCIEDADE DE ADVOGADOS

ADVOGADOS : ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA E OUTRO(S) - SP131677

JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125

RICARDO DE CAMPOS FERREIRA AYRES - SP339922

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADOR: JOSÉ PAULO SISTEROLLI BATISTA E OUTRO(S) - SP352510

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADOR: JOSÉ PAULO SISTEROLLI BATISTA E OUTRO(S) - SP352510

AGRAVADO : FRAGA SOCIEDADE DE ADVOGADOS

AGRAVADO : COOPSERV SOCIEDADE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS
NA AREA DA SAUDE

ADVOGADOS : ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA E OUTRO(S) - SP131677

JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125

RICARDO DE CAMPOS FERREIRA AYRES - SP339922

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ISS/ IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : COOPSERV SOCIEDADE COOPERATIVA DOS PROFISSIONAIS NA
AREA DA SAUDE

ADVOGADOS: ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA E OUTRO(S) - SP131677

JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125

RICARDO DE CAMPOS FERREIRA AYRES - SP339922

AGRAVANTE : FRAGA SOCIEDADE DE ADVOGADOS

ADVOGADOS: ANTONIO CELSO GALDINO FRAGA E OUTRO(S) - SP131677

JOÃO MARCOS VILELA LEITE - SP374125

RICARDO DE CAMPOS FERREIRA AYRES - SP339922

AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : JOSÉ PAULO SISTEROLLI BATISTA E OUTRO(S) - SP352510

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 24/09/2024 a 30/09/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 30 de setembro de 2024