AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2387287 - SP (2023/0203115-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE	:	INSTITUTO PAULISTA DE REPRODUCAO HUMANA S/S
ADVOGADO	:	OSIEL REAL DE OLIVEIRA - SP246876
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	BEATRIZ GAIOTTO ALVES KAMRATH - SP312475

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISSQN. SOCIEDADE DE MÉDICOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE NA ORIGEM. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

I - Na origem, trata-se de ação declaratória e repetição de indébito objetivando o enquadramento de sociedade composta exclusivamente por médicos no regime especial de tributação do ISSQN. Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal *a quo,* a sentença foi mantida. Agravo interno interposto contra decisão que não conheceu do recurso especial.

II - Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal *a quo* se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, apreciando-a (art. 489 do CPC/2015), apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese. Também em recurso especial, não cabe ao STJ examinar alegação de suposta omissão de questão de natureza constitucional, sob pena de usurpação da competência do STF: AgInt nos EAREsp n. 731.395/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJe 9/10/2018; AgInt no REsp n. 1.679.519/SE, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26/4/2018; REsp n. 1.527.216/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/11/2018.

III - Aplica-se, também, à espécie, o enunciado da Súmula n. 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Ressalte-se que o teor do referido enunciado aplica-se, inclusive, aos

Documento eletrônico VDA40373601 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): FRANCISCO FALCÃO Assinado em: 27/02/2024 13:29:20
Código de Controle do Documento: 89c09f50-ab96-4b22-9c80-ffbdce3bd13a

recursos especiais interpostos com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional. Nesse sentido: EDcl no AgInt no AREsp n. 1.499.522/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 29/11/2021, DJe de 1º/12/2021.

IV - Quanto ao dissídio jurisprudencial viabilizador do recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional não foi demonstrado nos moldes legais, pois, além da ausência do cotejo analítico e de não ter apontado qual dispositivo legal recebeu tratamento diverso na jurisprudência pátria, não ficou evidenciada a similitude fática e jurídica entre os casos colacionados que teriam recebido interpretação divergente pela jurisprudência pátria. Para a caracterização da divergência, nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, sendo insuficiente, para tanto, a simples transcrição de ementas, como no caso. Nesse sentido: AgInt no AREsp n. 1.235.867/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp n. 1.109.608/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018; REsp n. 1.717.512/AL, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 23/5/2018.

V - Ainda que, em um esforço para se alcançar o mérito da demanda, fosse possível ultrapassar os óbices sumulares de conhecimento do recurso especial, verifica-se que a irresignação do recorrente vai de encontro às convicções do julgador *a quo*, que decidiu com lastro no conjunto probatório constante dos autos. Dessa forma, para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático probatórios, o que é vedado no recurso especial. Incide na hipótese a Súmula n. 7/STJ.

VI - Agravo interno improvido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Afrânio Vilela.

Documento eletrônico VDA40373601 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): FRANCISCO FALCÃO Assinado em: 27/02/2024 13:29:20
Código de Controle do Documento: 89c09f50-ab96-4b22-9c80-ffbdce3bd13a

Brasília, 26 de fevereiro de 2024.

Ministro Francisco Falcão
Relator

Documento eletrônico VDA40373601 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): FRANCISCO FALCÃO Assinado em: 27/02/2024 13:29:20
Código de Controle do Documento: 89c09f50-ab96-4b22-9c80-ffbdce3bd13a

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2387287 - SP (2023/0203115-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO FRANCISCO FALCÃO**
AGRAVANTE	:	INSTITUTO PAULISTA DE REPRODUCAO HUMANA S/S
ADVOGADO	:	OSIEL REAL DE OLIVEIRA - SP246876
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	BEATRIZ GAIOTTO ALVES KAMRATH - SP312475

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISSQN. SOCIEDADE DE MÉDICOS. JURISPRUDÊNCIA DO STJ. FUNDAMENTAÇÃO SUFICIENTE NA ORIGEM. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO CARACTERIZADO. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. DESPROVIMENTO DO AGRAVO INTERNO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO RECORRIDA.

I - Na origem, trata-se de ação declaratória e repetição de indébito objetivando o enquadramento de sociedade composta exclusivamente por médicos no regime especial de tributação do ISSQN. Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal *a quo,* a sentença foi mantida. Agravo interno interposto contra decisão que não conheceu do recurso especial.

II - Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal *a quo* se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, apreciando-a (art. 489 do CPC/2015), apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese. Também em recurso especial, não cabe ao STJ examinar alegação de suposta omissão de questão de natureza constitucional, sob pena de usurpação da competência do STF: AgInt nos EAREsp n. 731.395/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJe 9/10/2018; AgInt no REsp n. 1.679.519/SE, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26/4/2018; REsp n. 1.527.216/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/11/2018.

III - Aplica-se, também, à espécie, o enunciado da Súmula n. 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Ressalte-se que o teor do referido enunciado aplica-se, inclusive, aos

Documento eletrônico VDA39464488 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 11/12/2023 17:40:10
Código de Controle do Documento: 8894c445-cfd2-46ea-9557-4ec86dde40b6

recursos especiais interpostos com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional. Nesse sentido: EDcl no AgInt no AREsp n. 1.499.522/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 29/11/2021, DJe de 1º/12/2021.

IV - Quanto ao dissídio jurisprudencial viabilizador do recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional não foi demonstrado nos moldes legais, pois, além da ausência do cotejo analítico e de não ter apontado qual dispositivo legal recebeu tratamento diverso na jurisprudência pátria, não ficou evidenciada a similitude fática e jurídica entre os casos colacionados que teriam recebido interpretação divergente pela jurisprudência pátria. Para a caracterização da divergência, nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, sendo insuficiente, para tanto, a simples transcrição de ementas, como no caso. Nesse sentido: AgInt no AREsp n. 1.235.867/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp n. 1.109.608/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018; REsp n. 1.717.512/AL, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 23/5/2018.

V - Ainda que, em um esforço para se alcançar o mérito da demanda, fosse possível ultrapassar os óbices sumulares de conhecimento do recurso especial, verifica-se que a irresignação do recorrente vai de encontro às convicções do julgador *a quo*, que decidiu com lastro no conjunto probatório constante dos autos. Dessa forma, para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático probatórios, o que é vedado no recurso especial. Incide na hipótese a Súmula n. 7/STJ.

VI - Agravo interno improvido.

RELATÓRIO

Na origem, trata-se de ação declaratória e repetição de indébito objetivando o enquadramento de sociedade composta exclusivamente por médicos no regime especial de tributação do ISSQN. Na sentença, julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal *a*

Documento eletrônico VDA39464488 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 11/12/2023 17:40:10
Código de Controle do Documento: 8894c445-cfd2-46ea-9557-4ec86dde40b6

quo, a sentença foi mantida.

Trata-se de agravo interno interposto contra decisão que não conheceu do recurso especial.

A decisão recorrida tem o seguinte dispositivo: "Ante o exposto, nos termos do art. 253, parágrafo único, II, a, do Regimento Interno do STJ, conheço do agravo relativamente à matéria que não se enquadra em tema repetitivo, e não conheço do recurso especial."

No agravo interno, a parte recorrente traz, resumidamente, os seguintes argumentos:

> Com a devida vênia, contrariamente compreensão externada na decisão agravada, no caso concreto, não foram enfrentados todos os pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, e a irresignação da agravante ao opor embargos declaratórios, foi justamente em face deste não enfrentamento. Não quis a agravante caprichosamente forçar o tribunal a responder a todas as questões suscitadas, mas sim almejou com a oposição de embargos, que outras questões relevantes fossem devidamente enfrentadas, as quais se houvessem sido consideradas, certamente poderiam conduzir a conclusão diversa da que se chegou.
>
> Diferentemente da compreensão revelada na decisão agravada, o tribunal não manifestou-se acerca das questões indispensáveis ao desate da controvérsia, mas apenas pinçou alguns pontos capazes de dar suporte as razões de seu convencimento, deixando de considerar outras questões relevantíssimas, as quais se houvessem sido levadas em consideração, poderiam tranquilamente conduzir a conclusão diversa.
>
> Repita-se que a irresignação não constitui em mero capricho da agravante, de querer que o tribunal responda a todas as questões arguidas. A irresignação da agravante justifica-se em razão de que existem questões capazes de infirmar a conclusão adotada, as quais não foram enfrentadas.
>
> Os fatos e provas relacionados com a matéria são todos aqueles elementos existentes nos autos, não sendo conduta leal do julgador, pinçar apenas a parte que interessa para formulação das razões de decidir, deixando propositadamente de considerar e enfrentar outros elementos existentes, os quais se enfrentados, conduziriam o julgamento a outro resultado.
>
> O motivo que levou a agravante a interpor o Recurso Especial por contrariedade e/ou negativa de vigência ao Art. 1.022, foi exatamente o fato de que referido dispositivo considera omissa a decisão que incorrer na conduta de não enfrentar todos os argumentos deduzidos no processo capazes de, em tese, infirmar a conclusão adotada pelo julgador, conforme inteligência complementada pela prescrição do inciso IV, § 1º do Art. 489, todos do CPC.
>
> [...]
>
> Outra questão relevantíssima que não foi enfrentada mesmo com a oposição de embargos, qual se houvesse sido considerada poderia conduzir a conclusão diversa, encontra-se relacionada com julgamento extra petita feita pelo julgador. Pois o pedido da agravante restringiu-se ao reconhecimento do direito de tributação do ISSQN nos termos do Art. 9º, pars. 1º e 3º do Dec. Lei 406/68, cumulado com repetição do indébito, porém o juízo a quo, além de simplesmente negar provimento ao pedido, foi além e considerou ser possível o desenquadramento retroativo da agravante, ou seja, foi além do pedido repita-se, ao passo que o Art. 492, caput do CPC/2015, dispõe que: “é vedado ao juiz proferir decisão

Documento eletrônico VDA39464488 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 11/12/2023 17:40:10
Código de Controle do Documento: 8894c445-cfd2-46ea-9557-4ec86dde40b6

de natureza diversa da pedida, bem como condenar a parte em quantidade superior ou em objeto diverso do que lhe foi demandado".

Outro ponto não enfrentado, mas que é igualmente relevante é o fato de que o inciso I do parágrafo único do Art. 1.022 do CPC/2015, diz ser omissa a decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos. Neste caso, o tribunal recorrido além de jugar extra petita, ao realizar juízo de valor no sentido da retroatividade dos efeitos do desenquadramento, não considerou e enfrentou tese firmada em julgamento de casos repetitivos pelo E. STJ no julgamento do REsp 1130545/RJ, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado e paradigma este, que concluiu pela irretroatividade em circunstancias como as aqui presentes, incidindo assim na hipótese descrita no inciso I do parágrafo único do Art. 1.022 do CPC/2015, onde está expressamente previsto ser omissa a decisão que deixe de se manifestar sobre tese firmada em julgamento de casos repetitivos.

Ou seja, mesmo com a oposição de embargos de declaração, o tribunal manteve-se silente sobre as questões supra referidas as quais, repita-se, se consideradas, segura e certamente conduziriam a desfecho diverso do verificado.

Outrossim, a agravante sabe que a pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial nos termos da Súmula 7 deste E. STJ. A Agravante não pretende que este Tribunal Superior reexamine provas. O que pretende a agravante é que, dada a relevância das questões omitidas para a justa solução da causa, que este E. STJ proveja o recurso para determinar que o tribunal a quo se manifeste expressamente sobre as questões omitidas e/ou, nos termos do Art. 1.025 do CPC, que este E. STJ considere incluídos no acórdão os elementos que foram oportunamente suscitados para fins de pré-questionamento.

[...]

Com a devida vênia, a partir do momento que a agravante opõe como de fato opôs, embargos declaratórios apontando omissões consistentes inclusive na desconsideração de outros dispositivos legais aplicáveis a espécie e o tribunal mantem-se silente e omisso, nada mais pode-se exigir da agravante e é justamente pela ocorrência de situações assim, que o legislador fez constar expressamente do CPC/2015, o Art. 1.025, o qual autoriza este tribunal ad quem, a considerar incluídos no acórdão recorrido, os elementos que foram oportunamente suscitados para fins de pré-questionamento.

Ademais, o fato do tribunal a quo não enfrentar as questões e debater os pontos suscitados por entender suficientes para a solução da controvérsia outros argumentos utilizados pelo colegiado, não significa que de fato, as questões e pontos omitidos são irrelevantes para solução da controvérsia. Pelo contrário, pode ser que as questões e pontos omitidos o foram justamente em razão de que se houvessem sido considerados não haveria como manter a conclusão adotada.

Notem Iminentes Ministros que um dos fundamentos utilizados pelo tribunal a quo para caracterizar a agravante como não merecedora do tratamento tributário pretendido, foi o fato da existência de previsão distribuição de lucros no contrato social, porém o Art. 997, caput do Código Civil, diz que a sociedade simples se constitui mediante contrato escrito, que deverá mencionar a participação de cada sócio nos lucros e nas perdas nos termos do inciso VII e no mesmo sentido, o Art. 1.008 do Código Civil, dispõe que é nula a estipulação contratual que exclua qualquer sócio de participar dos lucros e das perdas.

O Dec. Lei 406/68, em seu art. 9º, pars. 1º e 3º, destina o tratamento fiscal pretendido à sociedades e não à associações e/ou fundações sem fins lucrativos, até mesmo porque, tal hipótese seria um contrasenso, visto que essas últimas, já são imunes a incidência de impostos.

Ou seja, as disposições legais supra citadas são relevantes e deveriam ter sido consideradas, porque dispõe exatamente sobre a obrigatoriedade de instrumentalização do lucro no contrato social de sociedades simples, constituindo normas de natureza cogente e impositivas, que independem de vontade da agravante.

Ademais o Art. 926 do Código de Processo Civil, também é relevantíssimo para o caso concreto, o qual dispõe que os tribunais devem uniformizar sua jurisprudência e mantê-la estável, íntegra e coerente.

[...]

Vejam Srs. Ministros que o cotejo analítico é feito de modo a transcrever trecho da decisão recorrida e não apenas a ementa, nas partes em que refere-se a existência de previsão de retirada de lucro, pró-labore e de sucessão em caso de falecimento, como motivos que impedem o gozo do direito de tributação do ISSQN pela modalidade almejada, ao passo em que sequencialmente e em ato continuo, são transcritos trechos de acórdãos e não apenas de ementas, dos paradigmas, com destaque exatamente para as partes em que referem-se a previsão de retirada de lucro, pró-labore e de sucessão em caso de falecimento,

Documento eletrônico VDA39464488 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 11/12/2023 17:40:10
Código de Controle do Documento: 8894c445-cfd2-46ea-9557-4ec86dde40b6

como situações incapazes de impedir o gozo do direito de tributação do ISSQN nos moldes do Art. 9º, pars. 1º e 3º do Dec. Lei 406/68.

Além disso, a agravante após transcrever cada trecho dos acórdãos paradigmas, na sequência faz considerações sobre o ponto exato em que se verifica a divergência.

[...]

Como visto, o cotejo analítico acima foi feito adequadamente, com a demonstração bem clara e objetiva da similitude fática entre decisão impugnada e acórdãos paradigmas, com soluções jurídicas diferentes, com transcrição dos trechos pertinentes e não apenas de ementas e com considerações e arguições precisas da agravante, demonstrando as interpretações divergentes.

Em relação aos honorários advocatícios que foi arbitrado em desfavor da agravante, requer em caso de provimento deste recurso, haja inversão do ônus sucumbencial.

É o relatório.

VOTO

O agravo interno não merece provimento.

A parte agravante repisa os mesmos argumentos já analisados na decisão recorrida.

Não há violação do art. 1.022 do CPC/2015 quando o Tribunal *a quo* se manifesta clara e fundamentadamente acerca dos pontos indispensáveis para o desate da controvérsia, apreciando-a (art. 489 do CPC/2015), apontando as razões de seu convencimento, ainda que de forma contrária aos interesses da parte, como verificado na hipótese. Também em recurso especial, não cabe ao STJ examinar alegação de suposta omissão de questão de natureza constitucional, sob pena de usurpação da competência do STF: AgInt nos EAREsp n. 731.395/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Corte Especial, DJe 9/10/2018; AgInt no REsp n. 1.679.519/SE, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 26/4/2018; REsp n. 1.527.216/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/11/2018.

A Corte de origem bem analisou a controvérsia com base nos seguintes fundamentos:

Documento eletrônico VDA39464488 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 11/12/2023 17:40:10
Código de Controle do Documento: 8894c445-cfd2-46ea-9557-4ec86dde40b6

Assim, pode-se considerar que a lógica desse regime de recolhimento, para sociedades profissionais, está na existência, ou não, desse "efeito multiplicador". Ou seja, se a produção de determinada sociedade nada mais for do que a soma das produções individuais dos profissionais, o ISS deve ser recolhido sobre o regime especial.

Estabelecida essa premissa, verifica-se que, embora a lei requeira expressamente apenas que o serviço seja prestado sob a forma de trabalho pessoal, a jurisprudência comumente estabelece outros dois requisitos para o recolhimento diferenciado do ISS: a sociedade deve (a) ser uniprofissional e (b) não ter caráter empresarial:

> EMENTA. 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 total e exclusiva responsabilidade pessoal e sem estrutura ou intuito empresarial. 2. Precedente da Primeira Seção (AgRgEREsp nº 941.870/RS, da minha Relatoria, in DJe 25/11/2009). 3. Embargos de divergência rejeitados. (STJ, Embargos de Divergência no Recurso Especial nº 866.286/ES, Rel. Min. Hamilton Carvalhido, j. 29/09/2010, DJe 20/10/2010) (grifo nosso)

Quanto à sociedade ser uniprofissional, a lógica a ser adotada é que se trata de um forte indício da existência do "efeito multiplicador", já que há a soma não apenas dos esforços dos sócios-profissionais, mas da expertise de cada um em diferentes áreas do conhecimento, culminando, em geral, em resultados que vão além daqueles que cada profissional obteria individualmente.

[...]

Atualmente, o C. Superior Tribunal de Justiça tem se manifestado nesse mesmo sentido, apontando, ainda, que em regra nas sociedades formadas por profissionais intelectuais para a exploração da profissão não está presente a organização dos fatores de produção, necessária para a configuração do caráter empresarial:

> TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NOAGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. ART. 9o., §§ 1o. E 3o. DO DECRETO-LEI 406/1968. EXISTÊNCIA DE CARÁTER EMPRESARIAL. IMPOSSIBILIDADE DE RECOLHIMENTO DO ISS SOBRE ALÍQUOTA FIXA. AGRAVO INTERNO DA CONTRIBUINTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.1. A jurisprudência entende que o benefício da alíquota fixa do ISS somente é devido às sociedades uni ou pluriprofissionais que prestam serviço em caráter personalíssimo sem intuito empresarial (AgRg no REsp.1.486.568/RS, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 13.11.2014). 2. O que define uma sociedade como empresária ou simples é o seu objeto social, e não a forma societária. No caso de sociedades formadas por profissionais intelectuais, cujo objeto social é a exploração da respectiva profissão intelectual dos seus sócios, são, em regra, sociedade simples, uma vez que nelas faltará o requisito da organização dos fatores de produção, elemento próprio da sociedade empresária, como leciona a doutrina especializada, segundo anota o Professor ANDRÉ LUIZ SANTA CRUZ RAMOS (Direito Empresarial. São Paulo: Método, 2017, p. 63). 3. O próprio Código Civil em seu art.983 admite que uma sociedade simples se constitua como uma sociedade limitada. O fato de ela usar esse tipo societário, pois, não a descaracteriza como sociedade simples se o seu objeto, repita-se, não for empresarial. 4. Todavia, no caso, muito embora se trate de uma sociedade simples que tem por objeto social a prestação de serviços de auditoria contábil e demais serviços inerentes à profissão de contador, não se pode deixar de observar os documentos trazidos pelo Agravada, em que se constata ser uma rede global que emprega cerca de 4100profissionais por todo o mundo. Dessa forma, não há como afastar a existência do requisito da organização dos fatores de produção, com intuito empresarial. 5. Agravo Interno da Contribuinte a que se nega provimento. (STJ, AgInt no AREsp 1226637/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em23/10/2018, DJe 07/11/2018) (grifo nosso)

> TRIBUTÁRIO. ISSQN. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NOART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/1968. REQUISITOSPARA O BENEFÍCIO LEGAL VERIFICADOS NA CORTE DEORIGEM. REVISÃO. SÚMULAS 5/STJ E 7/STJ.

Documento eletrônico VDA39464488 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 11/12/2023 17:40:10
Código de Controle do Documento: 8894c445-cfd2-46ea-9557-4ec86dde40b6

> 1. A questão de fundo é o enquadramento da atividade societária no disposto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei 406/1968. [...]. 3. Ressalta-se que o próprio Código Civil em seu art. 983admite que uma sociedade simples se constitua como uma sociedade limitada. O fato de ela usar esse tipo societário, pois, não a descaracteriza como sociedade simples se o seu objeto, repita-se, não for empresarial.[...]5. Recurso Especial não conhecido.(STJ, REsp 1804696/RS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN,SEGUNDA TURMA, julgado em 21/05/2019, DJe 17/06/2019) (grifo nosso)
>
> Ademais, a referida Corte já consignou que o fato de a sociedade ser constituída como limitada não implica o afastamento da responsabilidade pessoal atribuída pela lei que regulamenta a profissão:
>
> > PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. DECISÃO ANTERIOR QUE AO JULGAR PREJUDICADO. VÍCIO DE PROCEDIMENTO. NULIDADE. APELO EXCEPCIONAL. FUNDAMENTO INATACADO. SÚMULA 283 DO STF. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. ISS. TRIBUTAÇÃO DIFERENCIADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PROFISSIONAIS REGULAMENTADOS. ADOÇÃO POR SOCIEDADE SIMPLES LIMITADA. POSSIBILIDADE. [...] 6. "As sociedades uniprofissionais somente têm direito ao cálculo diferenciado do ISS, previsto no artigo 9º,parágrafo 3º, do Decreto-Lei n. 406/68, quando os serviços são prestados em caráter personalíssimo e, assim, prestados no próprio nome dos profissionais habilitados ou sócios, sob sua total e exclusiva responsabilidade pessoal e sem estrutura ou intuito empresarial" (EREsp866.286/ES, Rel. Ministro Hamilton Carvalhido, Primeira Seção, DJe20/10/2010). 7. O fato de a sociedade profissional adotar o tipo de sociedade simples limitada não é fundamento suficiente para a impedir de usufruir da tributação privilegiada, pois não interfere na pessoalidade do serviço prestado, nem tampouco na responsabilidade pessoal que é atribuída ao profissional pela legislação de regência. 8. Agravo interno não provido. (STJ, AgInt no REsp 1400942/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em18/09/2018, DJe 22/10/2018) (grifo nosso)

Portanto, aplica-se, também à espécie, o enunciado da Súmula n. 83/STJ: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida." Ressalte-se que o teor do referido enunciado aplica-se, inclusive, aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea *a* do permissivo constitucional.

Nesse sentido:

> PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA. ISSQN. ATIVIDADE DESENVOLVIDA. PRETENSÃO DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7 DO STJ. ANÁLISE DA DIVERGÊNCIA PREJUDICADA. ALEGAÇÃO DE VÍCIOS NO ACÓRDÃO EMBARGADO. INEXISTÊNCIA.
>
> I - Na origem, trata-se de ação ajuizada por A. M. N. S. S. contra o Município de Araraquara objetivando o recolhimento anual do ISSQN sobre o valor fixo, e não sobre a receita bruta auferida. Na sentença. julgou-se improcedente o pedido. No Tribunal a quo, a sentença foi mantida. Nesta Corte, conheceu-se do agravo para negar provimento ao recurso especial.
>
> II - Opostos embargos de declaração, aponta a parte embargante vícios no acórdão embargado. Não há vício no acórdão. A matéria foi devidamente tratada com clareza e sem contradições.

Documento eletrônico VDA39464488 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 11/12/2023 17:40:10
Código de Controle do Documento: 8894c445-cfd2-46ea-9557-4ec86dde40b6

III - Embargos de declaração não se prestam ao reexame de questões já analisadas, com o nítido intuito de promover efeitos modificativos ao recurso, quando a decisão apreciou as teses relevantes para o deslinde do caso e fundamentou sua conclusão.

IV - A matéria relacionada à atividade desenvolvida pela embargante de modo a caracterizar uma empresa foi devidamente tratada no acórdão embargado, conforme se percebe do seguinte trecho: "A Corte a quo analisou as alegações da parte com os seguintes fundamentos: No caso dos autos, como comprovado, a apelada é formada por dois médicos (fls. 29/35), com um capital social de R$ 100.000,00. Contudo, no processo há elementos hábeis a concluir de que a atividade desenvolvida pela apelante está organizada de modo a caracterizar uma empresa. (...)Verifica-se, portanto, que a Corte de origem analisou a controvérsia dos autos levando em consideração os fatos e provas relacionados à matéria. Assim, para se chegar à conclusão diversa, seria necessário o reexame fático-probatório, o que é vedado pelo enunciado n. 7 da Súmula do STJ, segundo o qual "A pretensão de simples reexame de provas não enseja recurso especial"."

V - Os aclaratórios não se prestam ao reexame de questões já analisadas com o nítido intuito de promover efeitos modificativos ao recurso.

VI - Não cabe ao STJ a análise de suposta violação de dispositivos constitucionais, ainda que para o fim de prequestionamento, porquanto o julgamento de matéria de índole constitucional é de competência exclusiva do STF, consoante disposto no art. 102, III, da Constituição Federal. Nesse sentido: AgInt no REsp n. 1.604.506/SC, Rel. Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 16/2/2017, DJe de 8/3/2017; EDcl no AgInt no REsp n. 1.611.355/SC, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 14/2/2017, DJe de 24/2/2017.

VII - Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no AgInt no AREsp n. 1.499.522/SP, relator Ministro Francisco Falcão, Segunda Turma, julgado em 29/11/2021, DJe de 1/12/2021.)

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 n. 1.242.490/PB, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 10/9/2013, DJe de 17/9/2013.)

Quanto ao dissídio jurisprudencial viabilizador do recurso especial pela alínea *c* do permissivo constitucional não foi demonstrado nos moldes legais, pois, além da ausência do cotejo analítico e de não ter apontado qual dispositivo legal recebeu

Documento eletrônico VDA39464488 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 11/12/2023 17:40:10
Código de Controle do Documento: 8894c445-cfd2-46ea-9557-4ec86dde40b6

tratamento diverso na jurisprudência pátria, não ficou evidenciada a similitude fática e jurídica entre os casos colacionados que teriam recebido interpretação divergente pela jurisprudência pátria.

Para a caracterização da divergência, nos termos do art. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e do art. 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ, exige-se, além da transcrição de acórdãos tidos por discordantes, a realização do cotejo analítico do dissídio jurisprudencial invocado, com a necessária demonstração de similitude fática entre o aresto impugnado e os acórdãos paradigmas, assim como a presença de soluções jurídicas diversas para a situação, sendo insuficiente, para tanto, a simples transcrição de ementas, como no caso. Nesse sentido: AgInt no AREsp n. 1.235.867/SP, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 17/5/2018, DJe 24/5/2018; AgInt no AREsp n. 1.109.608/SP, relator Ministro Og Fernandes, Segunda Turma, julgado em 13/3/2018, DJe 19/3/2018; REsp n. 1.717.512/AL, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 17/4/2018, DJe 23/5/2018.

Por fim, ainda que, em um esforço para se alcançar o mérito da demanda, fosse possível ultrapassar os óbices sumulares de conhecimento do recurso especial, verifica-se que a irresignação do recorrente vai de encontro às convicções do julgador *a quo*, que, com lastro no conjunto probatório constante dos autos principais, decidiu:

> No caso dos autos, discute-se o enquadramento da autora no regime especial de tributação do ISS destinado às sociedades uniprofissionais, independente de estar constituída como sociedade limitada até 2020, conforme se depreende do contrato social (fls. 07). Como visto, o fato de a autora ser constituída como sociedade limitada não implica, necessariamente, o caráter empresarial, devendo ser analisada a estrutura da sociedade. Observa-se que a sociedade é composta exclusivamente por médicos (fls. 07), tendo como objeto social a prestação de serviços médico-hospitalares na especialidade de ginecologia, obstetrícia e ultrassonografia (cláusula terceira - fls. 08). Analisando-se o contrato social, verifica-se que está prevista a possibilidade de retirada de pró-labore mensal (cláusula décima - fls. 11), distribuição de lucros na proporção da participação de cada sócio no capital social (cláusula décima primeira - fls. 11), bem como a possibilidade de admissão do herdeiro do sócio na sociedade, em caso de falecimento do sócio, sem a exigência de qualquer qualificação (cláusula décima quarta - fls. 11). Referidas disposições afastam a natureza pessoal dos serviços prestados, indicando o caráter empresarial da sociedade, não sendo cabida a tributação na forma prevista pelo art.9º, §3º do Decreto-Lei nº 406/1968.

Documento eletrônico VDA39464488 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 11/12/2023 17:40:10
Código de Controle do Documento: 8894c445-cfd2-46ea-9557-4ec86dde40b6

> Uma vez constatada a impossibilidade de enquadramento da autora no regime especial de tributação, é possível o desenquadramento pelo Município de forma retroativa, no exercício da autotutela administrativa, observando-se o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário.

Dessa forma, para rever tal posição e interpretar os dispositivos legais indicados como violados, seria necessário o reexame desses mesmos elementos fático probatórios, o que é vedado no recurso especial. Incide na hipótese a Súmula n. 7/STJ.

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

É o voto.

Documento eletrônico VDA39464488 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): MINISTRO Francisco Falcão Assinado em: 11/12/2023 17:40:10
Código de Controle do Documento: 8894c445-cfd2-46ea-9557-4ec86dde40b6

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
SEGUNDA TURMA

AgInt no AREsp 2.387.287 / SP

Número Registro: 2023/0203115-0 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
10104647220218260053 10104647220218260053350000 20210000741363 20220000055431

Sessão Virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024

Relator do AgInt
Exmo. Sr. Ministro FRANCISCO FALCÃO

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro AFRÂNIO VILELA

Secretário
Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE	:	INSTITUTO PAULISTA DE REPRODUCAO HUMANA S/S
ADVOGADO	:	OSIEL REAL DE OLIVEIRA - SP246876
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR	:	BEATRIZ GAIOTTO ALVES KAMRATH - SP312475

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	:	INSTITUTO PAULISTA DE REPRODUCAO HUMANA S/S
ADVOGADO	:	OSIEL REAL DE OLIVEIRA - SP246876
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	BEATRIZ GAIOTTO ALVES KAMRATH - SP312475

TERMO

A SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 20/02/2024 a 26/02/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Mauro Campbell Marques e Afrânio Vilela votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Afrânio Vilela.

Brasília, 27 de fevereiro de 2024

Documento eletrônico VDA40358166 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 27/02/2024 00:23:05
Código de Controle do Documento: 482ad164-dc11-4ae9-9ee4-569e1851a6ee