AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.457.590 - SP (2019/0054481-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADORES	:	PEDRO DE MORAES PERRI ALVAREZ - SP350341
		JOSÉ PAULO SISTEROLLI BATISTA E OUTRO(S) - SP352510
		BIANKA ZLOCCOWICK BORNER DE OLIVEIRA - SP352959
AGRAVADO	:	GOL LINHAS AEREAS S.A
ADVOGADO	:	ARIANE LAZZEROTTI E OUTRO(S) - SP147239

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ISSQN. MANDADO DE SEGURANÇA NA ORIGEM. DECADÊNCIA. SÚMULAS N. 7/STJ E 283/STF. ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE NA LISTA DE SERVIÇOS DA LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003. SÚMULA N. 7/STJ. VALIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO. SÚMULA N. 283/STF. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

Trata-se de agravo de decisão que não admitiu recurso especial do Município de São Paulo, fundado na alínea "a" do permissivo constitucional e interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado:

> APELAÇÃO. Mandado de segurança. ISSQN. Central de atendimento da recorrida que viabiliza, por meio da venda de passagens aéreas, a efetivação da atividade- fim (transporte aéreo). Hipótese de incidência não configurada no mundo fenomênico. Impetrante que não realiza a venda de passagens aéreas para terceiros.
> Tomador de serviços que se enquadra como o sujeito que contrata o call center para que venha a se realizar o contato telefônico, situação esta que não se confunde com a dicção do item 17, subitem 02, da Lei Complementar n. 116/03. Atividade-fim que não se confunde com as condutas ou etapas necessárias à sua efetivação ou mesmo aquelas posteriores, que podem ser tidas como mero exaurimento. Inviabilidade de que se verifique a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza sobre serviços prestados por call center quando, portanto, são efetivadas as vendas de passagens aéreas diante da evidente e irrefutável circunstância de que questionado serviço é concretizado em favor da recorrida na concretização de sua atividade- fim, ressaltando-se que mencionadas vendas constituem- se como atividade-meio. Tributo indevido. Precedentes.
> Manutenção da decisão. Recursos oficial e voluntário NÃO PROVIDOS.

Opostos embargos de declaração, foram eles rejeitados.

No recurso especial, o recorrente alega violação dos seguintes dispositivos: a) art. 23 da Lei n. 12.016/09, sustentando que decaiu o direito à impetração do Mandado de Segurança; b) art. 1º da Lei Complementar n. 116/03 e item 17.02 da sua lista de

serviços, aduzindo que incide o ISS sobre as atividades de *call center* desenvolvidas pela recorrida ainda que não constituam atividade preponderante; c) arts. 175, parágrafo único, e 194, parágrafo único, do CTN, apontando validade de três dos autos de infração em questão posto que dizem respeito ao descumprimento de obrigação tributária acessória.

Houve contrarrazões (e-STJ fls. 1842/1883).

Sobreveio juízo negativo de admissibilidade pela insuficiência dos argumentos expendidos para infirmar as conclusões do acórdão combatido, ausência de maltrato das normas legais enunciadas e incidência da Súmula n. 7/STJ.

Insurge-se a parte agravante contra essa decisão, afirmando que, ao contrário do que supõe o juízo de admissibilidade, o recurso especial possui condições de admissão.

Houve contraminuta pela parte agravada (e-STJ fls. 1916/1962).

É o relatório. Passo a decidir.

Necessário consignar que o presente recurso atrai a incidência do Enunciado Administrativo n. 3/STJ: "aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC".

O agravante impugnou o fundamento adotado na decisão de inadmissibilidade, razão pela qual, passo a análise do recurso especial.

A insurgência não merece prosperar.

Trata-se, na origem, de Mandado de Segurança impetrado pela ora recorrida para afastar a incidência do ISSQN sobre os serviços de *call center*, vez que dizem respeito à atividade-meio da empresa.

Inicialmente, a parte sustenta que a impetrante pretende, ao fim e ao cabo, desconstituir os autos de infração, cujos lançamentos ocorreram mais de 120 dias antes da distribuição do *mandamus*, de forma que ultrapassado o prazo para a impetração do remédio constitucional.

No ponto, a Corte *a quo* consignou que (e-STJ fl. 1730):

> *Ab initio*, registre-se restar devidamente rechaçada em primeira instância a preliminar de decadência levantada, **uma vez esteja a exigência do crédito em debate ainda em trâmite na via administrativa**.

Sobre o fundamento do debate na via administrativa, essencial à posição adotada pelo *decisium* recorrido, nada disse a parte em suas razões recursais, atraindo a incidência da Súmula n. 283/STF.

No mais, reconhecer a decadência, afirmando que decorreram mais de 120 dias entre o lançamento e o Mandado de Segurança, uma vez que tal informação não está expressa no acórdão, exigiria análise do acervo fático e probatório constante dos autos, esbarrando a pretensão recursal no óbice da Súmula n. 7/STJ.

Exemplificativamente:

> PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO NO RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. REVISÃO DO TRANSCURSO DO PRAZO DECADENCIAL PARA A IMPETRAÇÃO DO MANDADO DE SEGURANÇA. SÚMULA 7/STJ. LEVANTAMENTO DE DEPÓSITO RECURSAL NA VIA ADMINISTRATIVA POR INTERMÉDIO DO MANDAMUS. EQUIPARAÇÃO À AÇÃO DE COBRANÇA. FUNDAMENTO AUTÔNOMO NÃO IMPUGNADO.

> SÚMULA 283/STF. AGRAVO INTERNO NÃO PROVIDO.
> 1. Decidir de forma contrária ao que ficou expressamente consignado no v. acórdão recorrido, no sentido de definir data diversa de ciência do ato coator para fins de contagem do prazo decadencial para a impetração do Mandado de Segurança, implica revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ.
> 2. A não impugnação de fundamento autônomo, no recurso especial, enseja a aplicação da Súmula 283/STF, segundo a qual, in verbis: "é inadmissível o recurso extraordinário, quando a decisão recorrida assenta em mais de um fundamento suficiente e o recurso não abrange todos eles".
> 3. Agravo interno não provido.
> (AgInt no AREsp 1064206/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/06/2017, DJe 21/06/2017)

Com relação à incidência do tributo às atividades de *call center*, alega-se que as mesmas possuem autonomia e independência, não se tratando, portanto, de mera atividade meio. Assim, apesar de não constituírem atividade preponderante, devem ser consideradas para efeitos de ISSQN.

Mais uma vez, incide o óbice da Súmula n. 7/STJ. Isto porque examinar a natureza da atividade desempenhada, assim como verificar o enquadramento dela na lista de serviços da Lei Complementar n. 116/03 implica necessariamente o revolvimento de matéria fático-probatória.

No mesmo sentido, os seguintes julgados:

> TRIBUTÁRIO. ISS. INCIDÊNCIA. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE DA LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003. REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. INCIDÊNCIA DO ENUNCIADO N. 7/STJ.
> I - É irrefutável que o Tribunal de origem, ao analisar o conteúdo fático e probatório dos autos, à fl. 307, consignou que "as notas fiscais (que foram anexadas desde a inicial) ratificam a tese de que os serviços prestados constituem em atividade-meio, a afastar, portanto, a incidência do ISS.".
> II - A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça é pacífica ao afirmar que não é possível, na via estreita do recurso especial, aferir se a atividade desempenhada pela empresa está enquadrada na lista de serviços anexa à Lei Complementar n. 116/2003, tendo em vista o óbice previsto na súmula n. 7 desta Corte Superior.
> III - Agravo interno improvido.
> (AgInt no AREsp 1237370/RS, Rel. Ministro FRANCISCO FALCÃO, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 08/06/2018)

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN. VERIFICAÇÃO DO CORRETO ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE DESEMPENHADA, PELA AGRAVADA, NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.
> I. No caso concreto, o Tribunal de origem, diante do contexto fático-probatório dos autos, negou provimento à Apelação do Município ora agravante, mantendo a sentença que havia reconhecido, em sede de Mandado de Segurança, a não incidência de ISSQN sobre os serviços desenvolvidos pela empresa terceirizada ora agravada, em face da

> impossibilidade de seu enquadramento no item 7 da Lista Anexa à Lei Complementar 116/2003.
> II. Nesse contexto, os argumentos utilizados pela parte recorrente somente poderiam ter sua procedência verificada mediante o necessário reexame de matéria fática, o que atrai a incidência da Súmula 7 do STJ. Precedentes: STJ, AgInt no AREsp 892.262/RS, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 24/08/2016; AgRg no AREsp 813.378/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/12/2015; AgRg no AREsp 684.537/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2015; AgRg no AREsp 586.402/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015.
> III. Agravo interno improvido.
> (AgInt no AREsp 984.192/RS, Rel. Ministra ASSUSETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2016, DJe 29/11/2016)

Por fim, com relação à validade dos autos de infração n. 66628288, n. 66628300 e n. 666283 por se tratarem de obrigação acessória, o Tribunal de origem refutou a tese fundamentando que não se pode falar em obrigação acessória ante à ausência de obrigação principal (e-STJ fls. 1730/1731). Entretanto, tal ponto não restou refutado no especial, razão pela qual aplico, novamente, a Súmula n. 283/STF.

A propósito:

> TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. IPTU. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. FALECIMENTO DO PROPRIETÁRIO ANTES DA EXECUÇÃO FISCAL. ALÍNEA "C" DO ART. 105 DA CONSTITUIÇÃO. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284 DO STF.
> [...]
> 4. Por outro lado, o Tribunal de origem negou provimento ao agravo de instrumento, ao fundamento de que a comunicação ao município do falecimento do proprietário do imóvel é obrigação acessória dos herdeiros, na forma do art. 113, § 2º, do CTN. **No entanto, tal fundamento não foi combatido nas razões do especial, o que, por si só, mantém incólume o acórdão recorrido. Aplica-se, ao caso, a Súmula 283 do STF.**
> 5. Agravo interno a que se nega provimento.
> (AgInt no REsp 1645453/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/02/2019, DJe 28/02/2019)

Ante o exposto, com fulcro no art. 932, III, do CPC/2015 c/c o art. 253, parágrafo único, II, *a*, do RISTJ, conheço do agravo para não conhecer do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 11 de abril de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator