AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.458.553 - SP (2019/0055589-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES**
AGRAVANTE	:	MUNICÍPIO DE MOGI-MIRIM
ADVOGADOS	:	EDUARDO LEANDRO DE QUEIROZ E SOUZA E OUTRO(S) - SP109013
		FÁBIO ALBERGARIA MODINGER - SP401221
AGRAVADO	:	JOHE CLARY SERVICOS MEDICOS SOCIEDADE SIMPLES
REPR. POR	:	JOSE CLAUDIO MEIRELES DE BARROS
ADVOGADO	:	JOSE LUIZ MATTHES - SP076544

EMENTA

TRIBUTÁRIO. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ENUNCIADO ADMINISTRATIVO N. 3/STJ. ISSQN. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO. REQUISITOS. SÚMULAS N. 5 E 7 DO STJ. PARTICIPAÇÃO NOS LUCROS. SÚMULAS N. 282 E 356 DO STF. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

DECISÃO

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

> APELAÇÃO CÍVEL - Ação declaratória - ISS - Sociedade de profissionais formada por médicos - Pretendido recolhimento do tributo em valor fixo anual, conforme disposição prevista no art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei nº 406/68 - Sociedade Simples - Prestação de serviços pelos sócios, com responsabilidade ilimitada - Caráter empresarial afastado - Sentença mantida - Recurso improvido.

Não foram opostos embargos de declaração.

No recurso especial, a recorrente alega violação dos seguintes dispositivos: a) art. 9º, § 3º, do Decreto-lei n. 406/68, aduzindo que somente pode ser tributada com o ISS fixo a sociedade de profissionais que não apresentar característica empresarial; b) arts. 966 e 982 do Código Civil, sustentando que a possibilidade de participação nos lucros caracteriza caráter empresário, afastando o recolhimento diferenciado do ISS.

Houve contrarrazões (e-STJ fls. 334/346).

Sobreveio juízo negativo de admissibilidade por intempestividade.

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.

Não houve contraminuta pela parte agravada.

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".

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

Trata-se, na origem, de ação declaratória proposta pela ora recorrida em face do município recorrente pleiteando o reconhecimento do direito ao recolhimento de ISS pela alíquota fixa, nos termos do Decreto-lei n. 406/68, por se tratar de sociedade uniprofissional que atua no ramo de prestação de serviços médicos em caráter pessoal e com responsabilidade ilimitada dos sócios (e-STJ fl. 294).

A insurgência não merece prosperar.

Inicialmente, a parte sustenta que não pode ser reconhecido o direito ao recolhimento do ISS pelo regime diferenciado em virtude do caráter empresarial que se observa no contrato social da empresa.

Ocorre que, o Tribunal *a quo*, soberano na análise do acervo fático-probatório dos autos, consignou que (e-STJ fls. 297/298):

> De sorte que os contornos da sociedade se distanciam daqueles inerentes a uma sociedade empresária, fazendo jus, portanto, ao direito de recolhimento do ISS com base na alíquota fixa prevista no §3º do art. 9º do Decreto-lei 406/68.
> Não obstante a isso, a apelante deixou de produzir provas no sentido de comprovar o caráter empresarial da autora, sendo de rigor, portanto, a manutenção da sentença.

Dessa feita, acolher a pretensão recursal para reconhecer a existência de feição empresarial exigiria, necessariamente, análise de matéria fática e probatória, bem como do contrato social da recorrida, razão pela qual o conhecimento do especial no ponto esbarra no óbice das Súmulas n. 5 e 7 dessa Corte.

Nesse sentido, cito:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF. ISSQN. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. TRATAMENTO TRIBUTÁRIO DIFERENCIADO PREVISTO NO ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/1968. REQUISITOS PARA O BENEFÍCIO LEGAL VERIFICADOS NA CORTE DE ORIGEM. REVISÃO. SÚMULAS 5/STJ E 7/STJ.
> 1. Os dispositivos legais cuja violação se alega não foram objeto de análise pela instância de origem. Incidência da Súmula 282/STF: "É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada".
> 2. É assente no STJ o entendimento de que é condição sine qua non para que se conheça do Recurso Especial que tenha sido ventilado, no contexto do acórdão objurgado, o dispositivo legal indicado como malferido.
> 3. A jurisprudência do STJ é de que eventual nulidade da decisão monocrática, por ausência de observância do art. 932 do CPC/2015 (art. 557 do CPC/1973), fica superada com a reapreciação do recurso pelo órgão colegiado. Precedentes: REsp 1.731.096/RJ, Rel. Min.
> Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 11.5.2018; AgInt no REsp 1.588.575/PR, Rel. Min. Marco Buzzi, Quarta Turma, DJe 2.5.2018;
> AgInt no AREsp 748.359/RS, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda

> Turma, DJe 16.11.2017.
> 4. A Corte de origem consignou que "o tratamento tributário privilegiado leva em conta, tão somente, que a sociedade seja uniprofissional, ou seja, que os sócios possuam a mesma qualificação profissional e que prestem serviços em caráter individual e sob responsabilidade pessoal, o que a diferencia da sociedade empresarial. Ou seja, não se trata aqui de sociedade empresária".
> 5. **Modificar a conclusão a que chegou o Tribunal a quo, de modo a acolher a tese do recorrente, demanda o reexame do acervo fático-probatório dos autos, o que é inviável em Recurso Especial, sob pena de afronta da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".**
> 6. O óbice da Súmula 7/STJ é aplicável ao Recurso Especial interposto com fundamento art. 105, III, alínea "c", da Constituição Federal. Precedentes do STJ.
> 7. **O acolhimento do apelo nobre exige análise e interpretação do contrato social da recorrida, para verificação do quadro societário e da índole empresarial dos serviços abstratamente prestados. Incidência do óbice da Súmula 5/STJ: "A simples interpretação de cláusula contratual não enseja Recurso Especial".**
> 8. Recurso Especial não conhecido.
> (REsp 1738332/GO, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/06/2018, DJe 23/11/2018)

No mais, com relação à violação dos arts. 966 e 982 do Código Civil e à tese de que a possibilidade de participação nos lucros caracteriza caráter empresário, percebe-se da leitura do aresto vergastado que a questão não foi alvo das discussões travadas na Corte de origem tampouco foram opostos declaratórios para ver a matéria devidamente prequestionada. Incidem as Súmulas n. 282 e 356 do STF.

Exemplificativamente:

> TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. TAXA DE LICENÇA. FUNCIONAMENTO DE TORRES E ANTENAS DE TRANSMISSÃO E RECEPTAÇÃO DE DADOS DE VOZ. ESTAÇÃO DE RÁDIO-BASE. AUSÊNCIA DE INDICAÇÃO DE DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. DEFICIÊNCIA NA FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA 284/STF. AGRAVO INTERNO DA CONTRIBUINTE A QUE SE NEGA PROVIMENTO.
> 1. A parte recorrente não expôs qual seria a deficiência do acórdão a ser suprida, limitando-se a alegações genéricas de ocorrência de inconsistência do julgado, sem, contudo, apontar clara e expressamente, a normativa infraconstitucional que supostamente teria sito violada e de que maneira se deu tal violação, pelo que, nesse ponto, é inadmissível sua insurgência, sendo aplicável ao caso, por analogia, a Súmula 284/STF, segundo a qual é inadmissível o Recurso Extraordinário quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia. Precedentes: AgRg no REsp. 1.539.743/MG, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 22.10.2015; AgRg no AREsp. 533.421/PE, Rel. Min. SÉRGIO KUKINA, DJe 13.3.2015; REsp.
> 1.667.771/SP, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 20.6.2017.
> 2. **Ademais, compulsando os autos, verifica-se que o tema abordado no**

> **Especial não foi debatido no acórdão recorrido e não foram opostos Embargos de Declaração com o objetivo de obter pronunciamento do Tribunal de origem a respeito. Carece, portanto, de prequestionamento, requisito indispensável ao acesso às instâncias excepcionais, sendo aplicáveis as Súmulas 282 e 356 do STF.**
> 3. Ressalta-se que o Tribunal de origem dirimiu a controvérsia acerca da cobrança de Taxa de Licença sobre antenas e equipamentos relativos à prestação de serviços de telecomunicações com base em fundamentos eminentemente constitucionais, em especial, os incisos I e VIII do art. 30 da CF, razão pela qual descabe conhecer do Apelo Nobre sob pena da invasão da competência atribuída ao STF.
> 4. Agravo Interno da Contribuinte a que se nega provimento.
> (AgInt no AREsp 1068214/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 13/05/2019, DJe 20/05/2019)

Por fim, nos termos do § 11 do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015: "O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º, sendo vedado ao tribunal, no cômputo geral da fixação de honorários devidos ao advogado do vencedor, ultrapassar os respectivos limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento."

Considerando o trabalho adicional realizado, e os critérios previstos nos parágrafos 2º a 6º do art. 85 do Código de Processo Civil de 2015, bem como o dever de se respeitar os limites estabelecidos nos §§ 2º e 3º para a fase de conhecimento, condeno o recorrente a efetuar o pagamento de honorários recursais correspondente a 10% (dez por cento) do que já foi fixado no Acórdão a título de honorários advocatícios.

Observo que esta verba honorária recursal definida acima justifica-se tão somente em razão do trabalho adicional realizado pelo recorrente nesta instância recursal, sendo que tal valor deverá ser levado em consideração quando se for definir na instância de origem os limites e as faixas para a aplicação do artigo 85, §§ 2º e 3º do CPC/2015.

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), 13 de junho de 2019.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
Relator