

AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.369.182 - SP (2018/0247738-6)

RELATORA : **MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES**
AGRAVANTE : **SERVINET SERVIÇOS LTDA**
ADVOGADOS : **WALDIR LUIZ BRAGA - SP051184**
 MARIA LUCIA DE MORAES LUIZ - SP234800
 CESAR MORENO - SP165075
 MÔNICA RUSSO NUNES - SP231402
 RITA DE CÁSSIA SALLES PELLARIN - SP340618
 PAOLO STELATI MOREIRA DA SILVA - SP348326
AGRAVADO : **MUNICIPIO DE BARUERI**
PROCURADOR : **GORETE FERREIRA DE OLIVEIRA FELDMAN E OUTRO(S) -**
 SP210403

DECISÃO

Trata-se de Agravo em Recurso Especial, interposto por SERVINET SERVIÇOS LTDA, contra decisão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que inadmitiu o Recurso Especial, manejado em face de acórdão assim ementado:

"EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL - ISS - Período de junho a dezembro de 2004 - Município de Barueri - AIM lavrado em razão do recolhimento a menor do sobredito imposto sobre a atividade de 'intermediação de negócios' - Embargante que presta serviços a duas empresas de forma contratual diversa - Atividade de intermediação e de administração - Sentença que verificou os documentos apresentados aos autos e constatou a diversidade de atividade oferecida - Celebração de contrato de intermediação com a empresa CBMP - Serviços sujeitos à tributação pela alíquota de 3% Recolhimento correto, pela alíquota de 2%, relativamente aos serviços administrativos prestados à empresa CBSS, conforme demonstram as provas documentais - Multa de 30% sem caráter confiscatório - Correta a aplicação dos juros de mora a 1% - Ausente comprovação quanto a unidade fiscal utilizada pela Fazenda e instituída em Lei, supere a taxa SELIC, também devendo retornar o status quo ante - Sucumbência permanece proporcional - Sentença parcialmente reformada -Apelo da autora não provido - Recurso oficial e apelo da Fazenda providos em parte" (fl. 1.320e).

O acórdão em questão foi objeto de Embargos de Declaração (fls. 1.337/1.341e), os quais restaram acolhidos, sem efeitos modificativos quanto ao resultado do julgamento, nos seguintes termos:

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - Alegadas contradição e omissão e obscuridades no V. Aresto embargado - Ocorrência quanto a contradição (erro material) - Declaratórios acolhidos, sem efeito modificativo, quanto ao resultado do julgamento embargado - Quanto as alegadas omissões e obscuridades, matéria já decidida expressamente no acórdão embargado - Ausência de obscuridade, contradição, ou omissão do julgado - Respeito ao princípio do devido processo legal e seus corolários - Declaratórios repelidos nessa parte" (fl. 1.346e).

Nas razões do Recurso Especial, interposto com base no art. 105, III, **a**, da Constituição Federal, a parte ora agravante aponta violação aos arts. 7º da LC 116/2003 e 9º, I, 110, 149, parágrafo único, e 150, § 4º, do CTN, sustentando o seguinte:

III.1 - Violação ao Artigo 7º, da Lei Complementar nº 116/03 - Artigo inciso I e Artigo 110, ambos do Código Tributário Nacional

16. Conforme narrado exhaustivamente nos presentes autos, até a presente data houve o cancelamento parcial do Auto de Infração que originou a presente ação, restando-se reconhecido que os serviços prestados à CBSS foram corretamente tributados à alíquota de 2%, caracterizando-se de apoio administrativo, porém, quanto ao contrato firmando com a CBMP, a autuação foi mantida sob a alegação de que a relação contratual entre a autora e a CBMP supostamente seria de intermediação de negócios, devendo sobre as notas fiscais dos serviços CBMP prestados subsistir o auto de infração, ou seja, devendo incidir o ISSQN.

17. Ocorre que referido entendimento não deve prosperar, uma vez que o único serviço objeto dos contratos celebrados, tanto com a CBSS quanto com a CBMP, é de apoio administrativo, os quais foram corretamente tributados à alíquota de 2%.

18. Conforme se pode verificar da fundamentação constante da autuação, ainda que precária, o RECORRIDO apurou suposto recolhimento a menor do ISSQN, por parte da RECORRENTE, haja vista que esta submeteu os serviços prestados no período à alíquota de 2% e, no entendimento do Fisco, os serviços devem ser classificados como de intermediação, devendo ser tributados à alíquota de 3%.

19. Contudo, a cláusula do Contrato Social da RECORRENTE (redação conferida pela 15ª Alteração Contratual), a qual delimita, com precisão, o objeto social e quais os serviços prestados pela

sociedade, verifica-se que não há qualquer relação com intermediações, ficando nítido o serviço de apoio prestado às contratantes. Veja-se:

(...)

20. Segundo informações fornecidas ao RECORRIDO e contidas no processo, verifica-se que a RECORRENTE prestou, durante o período, serviços de apoio administrativo às empresas afiliadas de suas tomadoras de serviços, bem como às próprias tomadoras, sendo que os referidos serviços tinham por principal objetivo viabilizar a utilização de cartões de crédito e de débito, bem como de outros meios de pagamento.

21. Com este intuito, as principais atividades desenvolvidas pela RECORRENTE consistiam no 'contato' com os estabelecimentos vinculados aos seus tomadores de serviços, lhes fornecendo apoio administrativo, bem como, a fim de oferecer assessoria administrativa às próprias tomadoras de serviços.

22. Os contratos objeto da autuação, celebrados com a CBSS e CBMP, possuem a mesma natureza, qual seja prestação de serviços de apoio administrativo, não havendo razões para diferenciá-los, sendo que os serviços prestados a ambas as empresas foram corretamente tributados à alíquota de 2%.

23. Valorando-se as provas trazidas aos autos, vide que as Notas Fiscais objeto da autuação referem-se apenas à prestação de serviços e contatos com estabelecimentos, ao passo que se tratasse de serviços de intermediação, como primeiro indício das alegações do RECORRIDO, as notas trariam necessariamente a discriminação do serviço prestado neste sentido, o que não é o caso, como demonstram os documentos e alegações de direito da RECORRENTE.

24. Da forma como presumido pelo RECORRIDO, o próprio cliente da RECORRENTE (CBMP) seria conivente com essa suposta 'má-fé', pois, em tese, teria aceitado notas fiscais com a descrição de serviços diversos daqueles efetivamente prestados, o que não é verdade e nem tampouco restou comprovado na lavratura do auto de infração.

25. Ainda, quanto ao pagamento pelos serviços (remuneração da RECORRENTE) caso se estivesse tratando de intermediação de negócios, estes estariam vinculados ao quantum que sua tomadora receberia no processo de filiação ou atividades ligadas a meios de pagamento ou benefícios relativos a refeições e alimentações, o que, também, não se verifica no caso em comento.

26. Na valoração da prova referente ao contrato firmado com a

CBMP pode se verificar a natureza dos serviços prestados, qual seja:
(...)

27. Facilmente se constata que o trabalho relativo à afiliação de estabelecimentos comerciais e prestadores de serviços era desenvolvido pela CBMP, enquanto a RECORRENTE se dedicava a oferecer apoio administrativo a estes estabelecimentos, fazendo contatos com as afiliadas nos mais diversos municípios do território brasileiro, por conta própria e sem supervisão da CBMP.

28. Dessa forma, valorando-se corretamente as provas produzidas nos autos, o contrato celebrado com a CBMP deve ser interpretado da mesma forma que o celebrado com a CBSS, uma vez que ambos possuem a mesma característica de prestação de serviços de apoio administrativo, devendo ser tributados à alíquota de 2%, não subsistindo a autuação ora combatida, a qual deve ser integralmente cancelada.

29. Nos termos acima narrados, resta demonstrado que os serviços prestados pela RECORRENTE à tomadora CBMP, não ostentavam qualquer cunho comercial, sendo que a sua remuneração não era efetivada por comissão, obedecendo estritamente àquela prevista nos respectivos contratos, resultando na correta tributação dos serviços prestados.

30. Assim, é possível aferir a efetiva natureza da prestação dos serviços, estando estes relacionados nos seguintes itens do Código Tributário Municipal:

(...)

31. As atividades relacionadas acima e que foram operadas pela RECORRENTE, estão sujeitas ao recolhimento do ISSQN pela alíquota de 2%, nos termos do disposto no CTM e no Decreto nº 5.404/03 e, em hipótese alguma, podem ser objeto cobrança em alíquota divergente das previstas para os efetivos serviços prestados.

32. Aliás, como consta da inicial, há que se constatar que na própria Declaração Para Fins de Inscrição da RECORRENTE, efetuada em 11/05/04, constam os serviços de manutenção, instalação, processamento, desenvolvimento e contato, como as atividades a serem desenvolvidas pela RECORRENTE (filial) no Município de Barueri/SP.

33. No processo administrativo instaurado, a RECORRENTE ainda trouxe aos autos um fato novo, superveniente a lavratura do A.I., que não foi observado pelo RECORRIDO, qual seja a concessão de novo Alvará de Liberação Fiscal n.º 14880/2009, emitido pela Secretaria de Finanças de Barueri em 29/07/09, cujo prazo de validade se estendeu

até 29/07/10, no qual o RECORRIDO reconheceu que as atividades exercidas pela RECORRENTE sujeitavam-se ao ISSQN à alíquota de 2%.

34. Denota-se que a atitude do RECORRIDO é contraditória, vez que, de um lado, lavrou a autuação por entender que a RECORRENTE exerceu atividade de 'intermediação de negócios'. Em contrapartida, autorizou e reconheceu que a mesma pessoa jurídica presta serviços de apoio em seu território ('manutenção de máquinas, aparelhos e equipamentos, instalação de bens, processamento de informações, etc').

35. Apenas a fim de coadunar com toda argumentação e provas carreadas aos autos, mostra-se imprescindível delimitar a atividade de intermediação de negócios como um todo, a fim de que não restem dúvidas sobre o necessário cancelamento do auto de infração e da respectiva inscrição na Dívida Ativa do Município.

36. Em resumo, no caso da CBMP, a remuneração da RECORRENTE estava ligada ao ressarcimento de despesas, não havendo que se falar, no contrato, em remuneração da RECORRENTE através de comissão por intermediação de negócios. Aliás, assim fosse, há de se ter em mente que o recolhimento do ISSQN deveria ter ocorrido com base no valor que efetivamente integrasse o seu patrimônio, ou seja, apenas, sobre eventual comissão recebida, assim entendida como 'preço do serviço'.

37. O fato é que a incidência do ISSQN sobre parcela que não remunera o serviço prestado, não se harmoniza com a base de cálculo constitucionalmente prevista para o tributo, consagrada no âmbito infraconstitucional no art. 7º da Lei Complementar nº 116/03 e art. 110, do CTN, os quais se restam nitidamente violados.

38. A CF/88 elegeu um fato - prestação de serviços - para sobre ele fazer incidir o ISSQN. Logo, a base de cálculo desse tributo deve, obrigatoriamente, ser o preço do serviço e nada mais. Caso contrário, se estará tributando outro fato, que não aquele inserto no texto constitucional e na legislação infraconstitucional.

39. Resta claro que se estivesse prestando serviços de intermediação, à RECORRENTE seria conferido o direito de tributar apenas o que realmente representasse uma receita, devendo ser afastada a tributação sobre toda e qualquer entrada, restando demonstrado, mais uma vez, que o ISSQN foi corretamente tributado sob a alíquota de 2%, circunstância esta que demonstra a extinção do crédito tributário, nos termos do art. 156,1, do CTN.

40. Ademais, a autuação em questão viola o princípio da legalidade,

previsto no art. 9, I, do CTN, uma vez que o RECORRIDO se vale de sua prerrogativa de fiscalização para cobrar valores que não lhe são devidos, tratando a RECORRENTE de forma desigual de outros contribuintes em idênticas circunstâncias, os quais recolhem o ISSQN à razão de 2%.

41. Portanto, deve ser dado provimento ao presente Recurso Especial para que seja anulada a cobrança combatida, diante da comprovação de que a autuação em tela ofende as bases constitucionais e infraconstitucionais acima citadas, uma vez que os serviços prestados pela RECORRENTE não se tratam de intermediação de negócios, mas sim de apoio administrativo às respectivas tomadoras.

III.2 - Da Violação ao art. 150, § 4º do Código Tributário Nacional (Decadência do Lançamento)

42. Ademais, superadas as divergências acerca das atividades desenvolvidas pela RECORRENTE, com base no princípio da eventualidade, cumpre ressaltar a decadência do direito do Fisco em constituir o crédito de ISSQN, diante do transcurso de mais de 05 (cinco) anos dos períodos em cobro (junho a dezembro de 2004), uma vez que o RECORRIDO reviu o lançamento em 22/03/2010.

43. Não obstante o Tribunal a quo tenha afastado a decadência, não poderia o RECORRIDO rever o lançamento após o lapso temporal de mais de 05 (cinco) anos, nos termos do art. 150 do CTN.

44. Segundo o RECORRIDO, a revisão do lançamento se deu pelo fato de que faltou à primeira autuação o suposto embasamento legal para a cobrança da diferença entre o valor recolhido (2%) e o que o Fisco entende como devido (3%), a saber:

(...)

45. Veja-se que o RECORRIDO revisou o lançamento realizado anteriormente, determinando o seu refazimento, com expressa menção ao já referido dispositivo da legislação municipal, o que se deu em 22/03/10, data em que já havia transcorrido mais de 05 (cinco) anos do período autuado, em afronta ao art. 149, parágrafo único, do CTM.

46. No entanto, o art. 150, § 4º, do CTN, estipula que o prazo de cinco anos do fato gerador, conforme defendido pela RECORRENTE:

(...)

47. Fazendo uma leitura conjunta dos dois dispositivos, verifica-se que a revisão da autuação de tributo sujeito a lançamento por homologação, cujo pagamento tenha sido antecipado pelo contribuinte, como no caso do ISSQN, só pode ocorrer dentro do prazo de cinco anos a contar da ocorrência do respectivo fato gerador.

48. No caso em tela, a revisão do lançamento se operou em 22/03/10, com a intimação da RECORRENTE, portanto, há mais de cinco anos da ocorrência dos pagamentos antecipados do ISSQN sob a alíquota de 2% (06/04 a 12/04) de forma que a autuação foi alcançada pela decadência do direito fiscal de constituir o respectivo crédito tributário' (fls. 1.402/1.410e).

Por fim, requer "seja o presente Recurso Especial ADMITIDO, CONHECIDO e PROVIDO para fim de: a) reconhecer a violação ao artigo 7º, da Lei Complementar nº 116103, artigo 9, inciso I e artigo 110, ambos do Código Tributário Nacional, uma vez que a RECORRENTE prestou serviços de apoio administrativo a CBMP e não de intermediação de negócios, devendo, por isso mesmo, ser cancelado, totalmente, o A.I. n º 10/2009, declarando-se a extinção do respectivo crédito tributário, em face do efetivo, integral e correto recolhimento de ISSQN à alíquota de 2%; b) sucessivamente, reconhecer a violação ao artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional para que seja reconhecida a decadência dos débitos exigidos por meio do auto de infração em questão, vez que lavrados após o decurso de mais de 05 (cinco) anos da ocorrência dos fatos geradores, decorrente da nova lavratura realizada em 22/03/10, ou, ainda, seja reconhecida a nulidade da autuação decorrente das obscuridades apontadas; c) subsidiariamente, que seja determinado que a incidência dos juros e correção monetária não podem superar a SELIC, devendo ser afastada também a incidência destes sobre a multa" (fl. 1.411e).

Sem contrarrazões (fl. 1.455e).

Inadmitido o Recurso Especial (fl. 1.457e), foi interposto o presente Agravo (fls. 1.481/1.490e).

Contraminuta a fls. 1.505/1.511e.

A irresignação não merece conhecimento.

Inicialmente, verifica-se que não houve análise pelo Tribunal **a quo** dos arts. 9º, I, 110 e 149, parágrafo único, do CTN, dispositivos apontados como violados. Por simples cotejo das razões recursais e dos fundamentos do acórdão recorrido, percebe-se que referidos dispositivos não foram apreciados no voto condutor, não tendo servido de fundamento à conclusão adotada.

Diante desse contexto, a pretensão recursal esbarra em vício formal intransponível, qual seja, da ausência de prequestionamento – requisito viabilizador da abertura desta instância especial –, atraindo, por analogia, o óbice da Súmula 282 do Supremo Tribunal Federal ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando não ventilada, na decisão recorrida, a questão federal suscitada"), na espécie.

Isso porque, para que se configure o prequestionamento, não basta que o recorrente devolva a questão controvertida para o Tribunal. É necessário que a causa tenha

sido decidida à luz da legislação federal indicada, bem como seja exercido juízo de valor sobre os dispositivos legais indicados e a tese recursal a eles vinculada, interpretando-se a sua aplicação ou não, ao caso concreto.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO REGRESSIVA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 282/STF. (...).

1. A ausência de decisão acerca dos dispositivos legais indicados como violados impede o conhecimento do recurso especial.

2. (...).

7. Agravo interno não provido" (STJ, AgInt no AREsp 1.152.254/SC, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, DJe de 18/05/2018).

Quanto ao mais, a Corte de origem, soberana no exame de matéria fático-probatória, decidiu acerca da natureza dos serviços prestados a partir da análise de documentos acostados aos autos, consoante os seguintes fundamentos:

"Neste passo, é necessária a análise da prestação de serviço da requerente com relação às empresas CBMP e CBSS, porquanto ambas as partes recorrem.

Veja-se que a autora alega em sua inicial que seus serviços 'são de apoio administrativo às empresas afiliadas de suas tomadoras de serviços, bem como à próprias tomadoras, sendo que os referidos serviços tinham por principal objetivo viabilizar a utilização de cartões de crédito e de débito, bem como de outros meios de pagamento(fls. 17).'

Analizando-se os autos, porém, malgrado a autora afirme inexistência de intermediação, pois não se teria caracterizado o recebimento de comissão no contrato com a CBMP e que seu objeto social é aquele, é certo que no contrato firmado com a tomadora, a autora prestou serviços de 'CONTATOS', ou seja, entra em contato com os estabelecimentos de que a CBMP necessita afiliar-se para promover esta afiliação e pode também prestar os alegados serviços de administração a estas empresas afiliadas, vez que consta no contrato firmado, que presta serviços de manutenção de estabelecimentos (fls. 64); portanto, como os serviços prestados denominam-se 'contatos', correta a fundamentação do MM. Juiz monocrático, a qual poderia ser

ilidida através de prova pericial, a qual não foi requerida pela autora, assim permanecendo a r. decisão apelada.

Afasta-se, ainda, a alegação de não receber comissão, pois o contrato estabelece que a remuneração da autora será, 'importância correspondente ao valor necessário à recuperação dos custos incorridos na prestação dos SERVIÇOS, já inclusos os tributos e despesas relativas, acrescidas do percentual de 5%', o que não descaracteriza a comissão, mesmo que a expressão não tenha sido grafada na cláusula 3.1, da forma de pagamento, porquanto inclui-se na expressão 'SERVIÇOS' a intermediação - 'CONTATOS' - além do acréscimo à importância respectiva, do percentual de 5%, o que muito bem caracteriza comissão (fls. 88).

Desse modo, ao contrário do que alega a autora, não restou afastada a prestação de serviços de intermediação de negócios, para tal empresa. E, ainda, o fato superveniente alegado, quanto ao 'Alvará de Liberação Fiscal nº 14880/2009' (fls. 316), refere-se ao exercício de 2009, não abrangendo os contratos realizados nos exercícios cobrados e como informado no próprio auto de infração (fls.47), a fiscalização se deu devido ao pleito de encerramento de inscrição municipal, por outro lado, este alvará' nada tem a ver com a definição da alíquota cobrada, apenas serve para comprovar que cumpriu as exigências para instalação de mais uma das filiais da autora, vez que tem outra inscrição municipal nº 4.54597-2 e a filial que sofreu a fiscalização está sob a inscrição o municipal nº 4.43006-8.

No que concerne ao contrato firmado com a empresa CBSS, ao contrário do que fundamenta a autora, afirmando não diferir do contrato anterior, este, sim, bem esclarece o seu objeto, pois da leitura das atividades dessa empresa se depreende que os serviços a ela prestados são administrativos, como segue: 'A CBSS para o exercício de suas atividades necessita contratar empresa capacitada a realizar prestação de serviços de apoio, assim entendida como todos os serviços administrativos necessários à gestão da mesma (...)', item (i) (fls. 75).

Assim, diversamente do outro ajuste, no qual a autora estava obrigada a prestar 'SERVIÇOS', neste é possível conhecer-se qual serviço será prestado, pois há o detalhamento respectivo, no ANEXO I, onde se verifica que os serviços prestados são de contabilidade, jurídico, operações financeiras, tesouraria, administração, serviços relacionados ao departamento de pessoal, tributos e outras áreas (fls. 82).

Neste contexto, não há o que corrigir na r. sentença, conforme os documentos apresentados aos autos fundamentação que só poderia

ser ilidida com prova pericial, a cargo da autora e não produzida" (fls. 1.324e/1.327e).

Nesse contexto, considerando a fundamentação do acórdão recorrido, a pretensão recursal encontra óbice nas Súmulas 5 e 7 do STJ. A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. SUJEIÇÃO PASSIVA. CORRETORA JUNTO À BOLSA DE MERCADORIAS E FUTUROS. VERIFICAÇÃO DA ATIVIDADE DA EMPRESA. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULAS 5 E 7 DO STJ. EXIGIBILIDADE DO IMPOSTO. COMPETÊNCIA.

1. (...).

2. **O conhecimento da alegação de que a contribuinte não opera somente na bolsa de mercadorias e futuros, mas também na bolsa de valores e, por isso, ostenta a natureza de instituição financeira, pressupõe o reexame dos seus atos constitutivos e demais provas que documentam a sua atividade, o que é inviável no âmbito do recurso especial, ante os óbices estampados nas Súmulas 5 e 7 do STJ.**

3. A Primeira Seção, por ocasião do julgamento do REsp n. 1.060.210/SC, submetido ao rito dos recursos repetitivos, passou a dar nova interpretação ao art. 12 do Decreto-lei n. 406/1968, de que o município competente para a cobrança do ISS é aquele onde sediado o estabelecimento do prestador. (...)

5. Agravo interno desprovido" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.323.224/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 07/08/2017).

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN. VERIFICAÇÃO DO CORRETO ENQUADRAMENTO, DA ATIVIDADE DESEMPENHADA PELA AGRAVANTE, NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

I. No caso concreto, o Tribunal de origem, diante do contexto fático-probatório dos autos, especialmente em face dos contratos firmados entre a ora agravante e seus clientes, reconheceu o dever de recolhimento de ISSQN sobre os serviços de 'produção, execução,

veiculação e controle de resultados de campanhas publicitárias', efetivamente desenvolvidos pela empresa, em face de seu enquadramento no item 17.06 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 cláusulas contratuais e de matéria fática, o que atrai a incidência das Súmulas 5 e 7 do STJ. Precedentes (STJ, AgRg no AREsp 813.378/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 14/12/2015; STJ, AgRg no AREsp 684.537/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2015; STJ, AgRg no AREsp 586.402/RJ, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 30/06/2015; STJ, AgRg no AREsp 768.845/BA, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em DJe de 04/02/2016).

III. Agravo Regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 386.858/ES, de minha Relatoria, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/03/2016).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. VERIFICAÇÃO DO CORRETO ENQUADRAMENTO DA ATIVIDADE DESEMPENHADA NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA A LC 116/2003. QUESTÃO ATRELADA AO REEXAME DE MATÉRIA DE FATO. ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ.

1. O reexame de matéria de prova é inviável em sede de recurso especial (Súmula 7/STJ).

2. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no AREsp 684.537/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe de 18/05/2015).

Ademais, a análise da alegação da recorrente, no sentido de que "é possível aferir a efetiva natureza da prestação dos serviços, estando estes relacionados nos seguintes itens do Código Tributário Municipal: (...) (fl. 1.405e), encontra óbice na Súmula 280/STF.

Confira-se:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. OPÇÃO DE TRIBUTAÇÃO PELO REGIME FIXO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO

CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. INTERPRETAÇÃO DE LEI MUNICIPAL E VERIFICAÇÃO DOS REQUISITOS LEGAIS E DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. INCIDÊNCIA DAS SÚMULAS 5 E 7/STJ E 280/STF.

1. Inicialmente, constata-se que não se configura a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil/1973, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, em conformidade com o que lhe foi apresentado.

2. O Tribunal a quo consignou (fl. 248, e-STJ): 'De acordo com o contrato social acostado no mov. 1.6, verifica-se, na cláusula segunda, que a responsabilidade dos sócios é subsidiária. Nota-se que tal alteração se adequa à exigência da Lei Complementar n.º 40/2001 para regime fixo de tributação. Da mesma forma o fato de se tratar de sociedade simples. No entanto, na cláusula décima, há previsão de distribuição de lucros, o que configura o caráter empresarial.'

3. A análise da pretensão veiculada no Recurso Especial demanda a apreciação de cláusulas contratuais e do contexto fático-probatório dos autos, inviável no STJ, ante o óbice erigido pelas Súmulas 5 e 7/STJ.

4. Ademais, a controvérsia remete ao exame de Direito local (Lei Complementar Municipal 40/2001), revelando-se incabível a via recursal especial para a rediscussão da matéria, ante a incidência da Súmula 280 do STF.

5. Recurso Especial não conhecido" (STJ, REsp 1.698.646/PR, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 19/12/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. SOCIEDADE PROFISSIONAL. SÓCIOS COM HABILITAÇÕES DISTINTAS. LEI MUNICIPAL 15.563/91. ANÁLISE DE DIREITO LOCAL. IMPOSSIBILIDADE DE EXAME.

1. Na hipótese, o Tribunal estadual, ao dirimir a matéria acerca da cobrança do ISS, firmou o entendimento de que as restrições impostas na Lei Municipal 15.563/91, ao regulamentar a matéria tratada no Decreto-Lei 406/68, não ferem os princípios constitucionais de competência.

2. Portanto, não merece prosperar a irresignação da agravante, uma vez que, para se aferir a procedência de suas alegações, seria necessário proceder à interpretação de norma local.

3. O exame de normas de caráter local é inviável na via do

recurso especial, em virtude da vedação prevista na Súmula 280 do STF, segundo a qual, 'por ofensa a direito local, não cabe recurso extraordinário'.

Agravo interno improvido" (STJ, AgInt no AREsp 899.626/PE, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 17/08/2016).

No que tange à decadência, o acórdão recorrido assim consignou:

"Preliminarmente, não há falar em decadência, embora se tratando de tributo sujeito a lançamento por homologação e com recolhimento parcial e contagem do prazo decadencial, a teor do artigo 150 § 4º do Código Tributário Nacional.

Assim é, porque, o imposto foi recolhido entre junho a dezembro/2004 e a ciência da contribuinte sobre o encerramento do AIM em fevereiro/2009, à fls. 94 e 96, está dentro do quinquênio legal do sobredito artigo" (fl. 1.323e).

Neste contexto, considerando a fundamentação adotada na origem, o acórdão recorrido somente poderia ser modificado mediante o reexame dos aspectos concretos da causa, o que é vedado, no âmbito do Recurso Especial, pela Súmula 7 desta Corte.

Nessa linha:

"TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CARACTERIZADA. REQUISITOS DA CDA. AFERIÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. INEXISTÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. DECADÊNCIA DO DIREITO DE O FISCO CONSTITUIR O CRÉDITO TRIBUTÁRIO. TERMO INICIAL. ARTIGO 173, I, DO CTN. APLICAÇÃO CUMULATIVA DOS PRAZOS PREVISTOS NOS ARTIGOS 150, § 4º, e 173 do CTN. IMPOSSIBILIDADE.

(...)

3. Consoante entendimento pacífico deste Tribunal Superior, a contagem da decadência a partir da ocorrência do fato gerador (art. 150, § 4º, do CTN), pressupõe que o contribuinte antecipe o pagamento de tributo sujeito a lançamento por homologação.

4. Os dados fáticos abordados no acórdão recorrido, a exemplo

dos exercícios a que se referem o lançamento, não correspondem às alegações recursais. Desse modo, o acolhimento da pretensão recursal exige revolvimento fático-probatório, especialmente para fim de exame acerca da existência, ou não, de pagamento antecipado pelo contribuinte.

Aplicabilidade da Súmula 7/STJ.

5. Agravo Interno não provido" (STJ, AgInt nos EDcl no REsp 1.577.687/SC, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 03/03/2017).

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. EMBARGOS DO DEVEDOR. NULIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. SUCUMBÊNCIA MÍNIMA. SÚMULA 7 DO STJ. LEGITIMIDADE PASSIVA AD CAUSAM. SÚMULA 282 DO STF.

1. Por força da Súmula 7 desta Corte Superior, o recurso especial não serve à revisão de acórdão cuja conclusão resulta do exame do conjunto fático-probatório dos autos.

2. Na hipótese, não há como analisar a ocorrência de decadência para o fisco revisar o lançamento por meio de lavratura de auto de infração complementar, porquanto o acórdão recorrido não explicitou os marcos temporais necessários a essa aferição, sendo imprescindível o reexame do acervo probatório para sua verificação.

(...)

5. Agravo regimental desprovido" (STJ, AgRg no AREsp 78.144/BA, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 03/08/2016).

Por fim, não pode ser conhecida a tese de necessidade de cancelamento dos juros e multa (fls. 1.410/1.411e), tendo em vista que a parte deixou de indicar qualquer dispositivo legal apto a sustentar a referida tese, circunstância que atrai a aplicação, por analogia, da Súmula 284/STF ("É inadmissível o recurso extraordinário, quando a deficiência na sua fundamentação não permitir a exata compreensão da controvérsia").

A propósito:

"PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ALÍNEAS 'A' E 'B' DO PERMISSIVO CONSTITUCIONAL. NÃO INDICAÇÃO DE QUALQUER ATO DE GOVERNO LOCAL CONTESTADO EM FACE DA LEGISLAÇÃO FEDERAL TAMPOUCO DOS

DISPOSITIVOS VIOLADOS. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284/STF.

(...)

2. Considera-se deficiente a fundamentação do recurso que deixa de estabelecer, com a precisão necessária, quais os dispositivos de lei federal que considera violados, para sustentar sua irresignação pela alínea 'a' do permissivo constitucional, o que atrai a incidência da Súmula 284/STF.

Agravo regimental improvido" (STJ, AgRg no AREsp 328.297/ES, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, DJe de 28/06/2013).

Ante o exposto, com fulcro no art. 253, parágrafo único, II, **a**, do RISTJ, **conheço** do Agravo, para **não conhecer** do Recurso Especial.

I.

Brasília (DF), 27 de novembro de 2019.

MINISTRA ASSUSETE MAGALHÃES
Relatora