

**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº
519.194 - AM (2014/0115752-3)**

EMBARGANTE : MUNICÍPIO DE MANAUS
PROCURADOR : JANARY YOSHIZO KATO YOKOKURA E OUTRO(S) -
AM006324
EMBARGADO : ORTHO CARE - ORTODONTIA E ORTOPEDIA FACIAL
LTDA
ADVOGADOS : FLÁVIO CORDEIRO ANTONY FILHO E OUTRO(S) -
AM006910
SERAFIM FERNANDES CORREA E OUTRO(S) - AM007669

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES: Trata-se de embargos de divergência em agravo em recurso especial interpostos pelo Município de Manaus contra acórdão prolatado pela Primeira Turma, Rel. para acórdão Ministra Regina Helena Costa, assim ementado (e-STJ, fls. 387/388):

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN. ART. 9º, § 3º, DO DECRETO-LEI N. 406/68. SOCIEDADE LIMITADA. PESSOALIDADE NA PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS. AUSÊNCIA DE ORGANIZAÇÃO DOS FATORES DE PRODUÇÃO. CARÁTER EMPRESARIAL AFASTADO PELO TRIBUNAL DE ORIGEM. RECOLHIMENTO POR ALÍQUOTA FIXA. POSSIBILIDADE.

I - O Tribunal de origem concluiu, após a análise do conjunto probatório dos autos, que apesar da Agravante ser constituída na forma de sociedade limitada, não há organização dos fatores de produção e impessoalidade na prestação do serviço, o que afasta o caráter empresarial e permite a aplicação da alíquota fixa do ISSQN, prevista no art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei n. 406/68.

II - Agravo Regimental provido para conhecer do Agravo e negar provimento ao Recurso Especial do Município de Manaus.

Em oposição a este acórdão foram interpostos embargos de declaração, decididos nestes termos (e-STJ, fls. 479/480):

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 1973. APLICABILIDADE. OMISSÃO. OBSCURIDADE. AUSÊNCIA DE VÍCIOS. CONSTITUIÇÃO DE NOVO PROCURADOR SEM RESSALVA. REVOGAÇÃO TÁCITA DO

INSTRUMENTO ANTERIOR. ART. 30, II, DA LEI N. 8.960/94. INTERPRETAÇÃO AMPLA.

I – Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. Assim sendo, *in casu*, aplica-se o Código de Processo Civil de 1973.

II – A fundamentação adotada no acórdão é suficiente para respaldar a conclusão alcançada, pelo que ausente pressuposto a ensejar a oposição de embargos de declaração.

III – É entendimento pacífico desta Corte que a constituição de novo procurador nos autos, sem qualquer ressalva, leva à revogação tácita do instrumento anterior.

IV – O impedimento previsto no art. 30, II, da Lei n. 8.906/94 deve ser interpretado na sua ampla extensão, de modo a não alcançar outros entes que não àquele ao qual o patrono pertença.

V – Embargos de declaração rejeitados.

O embargante sustenta que o acórdão questionado divergiu dos entendimentos adotados pela Segunda Turma nos autos do REsp 639.268/MG e do AREsp 475.403/SP, cujas ementas seguem transcritas, respectivamente:

PROCESSUAL CIVIL - EXERCÍCIO DA ADVOCACIA - AÇÃO AJUIZADA CONTRA O INSS - ADVOGADO DA AUTORA ELEITO VEREADOR - IMPEDIMENTO - ART. 30, II, DA LEI 8.906/94.

1. Nos termos do art. 30, II, da Lei 8.906/94, todos os membros do Poder Legislativo, independentemente do nível a que pertencerem - municipal, estadual ou federal - são impedidos de exercer a advocacia contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público.

2. Precedentes da Seção de Direito Público.

3. Recurso conhecido, mas não provido.

(REsp 639.268/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 24/6/2008, DJe 18/8/2008)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL. ISS. RESPONSABILIDADE LIMITADA DOS SÓCIOS. ART. 9º, § 3º, DO DL 406/1968. INAPLICABILIDADE.

1. Não verificando quaisquer das hipóteses do art. 535 do CPC e tendo em vista o princípio da fungibilidade recursal, recebo os presentes Embargos como Agravo Regimental.

2. Incontroverso que a contribuinte constituiu-se como limitada, como se verifica pela simples leitura de sua denominação - CTO, Clínica de Traumatologia e Ortopedia Ltda. -, o que é facultado às sociedades simples. Hipótese em que ela está subordinada às características próprias do tipo societário adotado, consoante previsão do art. 983 do

Superior Tribunal de Justiça

CC.

3. A tributação fixa do ISS somente é deferida às sociedades em que há responsabilidade pessoal do sócio, nos termos do art. 9º, § 3º, do DL 406/1968, o que é incompatível com o tipo societário das limitadas. Precedentes do STJ.

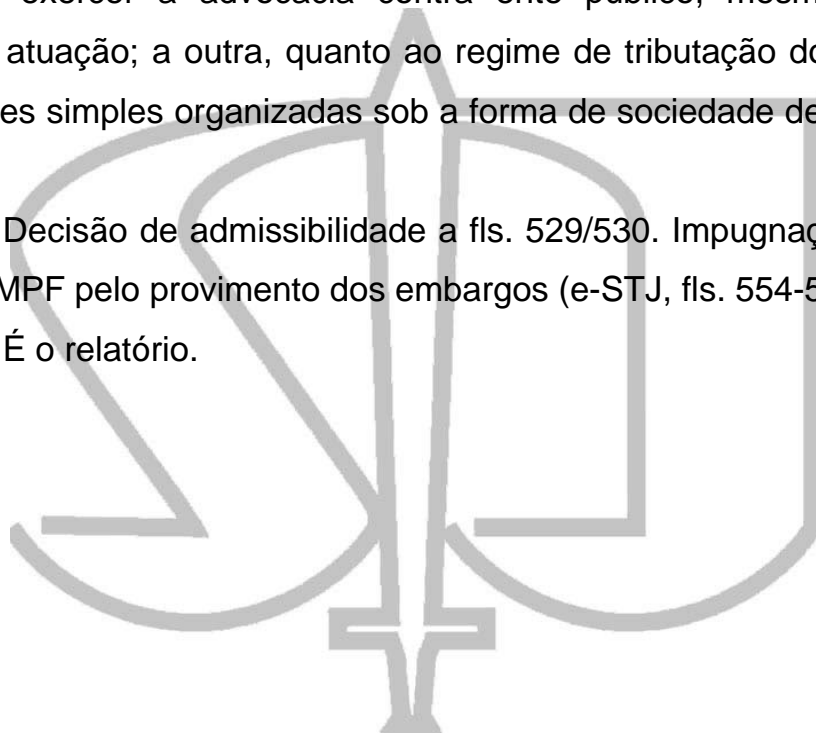
4. Agravo Regimental não provido.

(EDcl no AREsp 475.403/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/5/2014, DJe 18/6/2014)

Aponta duas divergências: uma, quanto ao impedimento de parlamentar exercer a advocacia contra ente público, mesmo se de esferas diversas de atuação; a outra, quanto ao regime de tributação do ISSQN aplicável às sociedades simples organizadas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada.

Decisão de admissibilidade a fls. 529/530. Impugnação a fls. 536/550. Parecer do MPF pelo provimento dos embargos (e-STJ, fls. 554-561).

É o relatório.



**EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº
519.194 - AM (2014/0115752-3)**

VOTO

O SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): As divergências traçadas nestes autos envolvem as questões relacionadas ao impedimento de parlamentar para o exercício da advocacia contra ente público diverso daquela ao qual se encontra vinculado; e ao regime de tributação do ISSQN aplicável a sociedades simples organizadas sob a forma de sociedade de responsabilidade limitada.

Quanto à primeira divergência, o acórdão embargado decidiu que (grifos acrescidos): "O impedimento previsto no art. 30, II, da Lei n. 8.906/94 deve ser interpretado na sua ampla extensão, de modo a não alcançar outros entes que não àquele ao qual o patrono pertença".

Já no aresto indicado como paradigma entendeu-se que (grifos acrescidos): "Nos termos do art. 30, II, da Lei 8.906/94, todos os membros do Poder Legislativo, independentemente do nível a que pertencerem - municipal, estadual ou federal - são impedidos de exercer a advocacia contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público".

Nesse ponto, a divergência é evidente e, ao meu sentir, deve ser resolvida adotando-se o entendimento firmado no acórdão paradigma, na medida em que o art. 30, II, do Estatuto da OAB é categórico ao considerar impedidos para o exercício da advocacia os membros do Poder Legislativo, "em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público", não havendo qualquer ressalva em sentido contrário.

A tese foi desenvolvida pelo voto condutor do acórdão paradigma nos termos da seguinte fundamentação:

De início, cumpre reproduzir o art. 30, II, da Lei 8.906, de 4 de julho de 1994 (Estatuto da Advocacia e a Ordem dos Advogados do Brasil -

OAB):

Art. 30. São impedidos de exercer a advocacia:

[...]

II - os membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

Extrai-se da leitura do predito dispositivo que todos os membros do Poder Legislativo, independentemente do nível a que pertencerem - municipal, estadual ou federal - são impedidos de exercer a advocacia contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, incluindo-se aí o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS, que é uma autarquia federal.

Nesse sentido, vem a calhar precedentes oriundos da Seção de Direito Público:

PROCESSO CIVIL. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. VEREADOR. LEI Nº 8.906/94.

1. O desempenho de mandato eletivo do Poder Legislativo impede o exercício da advocacia contra ou a favor das pessoas de direito público, independentemente da esfera a que pertença o parlamentar (art. 30 da Lei nº 8.906/94).

2. Recurso improvido.

(REsp 553.302/MG, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 05.08.2004, DJ 06.09.2004 p. 219)

RECURSO ESPECIAL. AÇÃO AJUIZADA CONTRA O INSS. ADVOGADO DA AUTORA ELEITO VEREADOR. IMPEDIMENTO. ART. 30, II, DA LEI N. 8.906/94. PRECEDENTE. Da leitura do artigo 30, inciso II, da Lei n. 8.906/94, verifica-se que o legislador determinou que todos os membros do Poder Legislativo, seja em qual nível for, são impedidos de exercer a advocacia contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público.

Na presente ação, contudo, ajuizada contra o Instituto Nacional do Seguro Social, a autora foi representada por vereador. Dessa forma, deve ser mantido o entendimento firmado pela Corte de origem no sentido de que "o ilustre patrono da ora agravada" se encontra, "em virtude da expressa disposição legal, impedido de exercer a representação judicial, na condição de advogado, contra o Instituto Nacional do Seguro Social, pessoa jurídica de direito público da espécie autarquia federal". Precedente desta colenda Segunda Turma.

Recurso especial improvido.

(REsp 572.563/MG, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 8/3/2005, DJ 9/5/2005 p. 335)

PROCESSUAL CIVIL - RECURSO ESPECIAL - MEDIDA CAUTELAR - EFEITO SUSPENSIVO - REQUISITOS - CAPACIDADE POSTULATÓRIA - LEGITIMIDADE PARA A CAUSA - DEPUTADO FEDERAL - AÇÃO POPULAR.

Não há como se conferir efeito suspensivo a recurso especial ainda não interposto, mas não é necessário, para efeito de concessão de cautelar com este propósito, que o recurso tenha sido submetido ao juízo de admissibilidade perante o Tribunal de origem.

Capacidade postulatória e legitimidade para propor ação são coisas diversas.

O artigo 30, inciso II da Lei nº 8.906/94 proíbe aos deputados federais pleitearem em Juízo contra os interesses da pessoa jurídica de direito público.

Agravo improvido.

(AgRg na MC 2.780/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/6/2000, DJ 21/8/2000 p. 98)

PROCESSUAL CIVIL – AÇÃO POPULAR MOVIDA POR PARLAMENTAR CONTRA O ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL E SEU GOVERNADOR – CONCESSÃO DE LIMINAR PARA SUSPENDER O EMPREGO DE PESSOAL E RECURSOS PÚBLICOS NA PRÁTICA DE ATOS RELATIVOS AO DENOMINADO ORÇAMENTO PARTICIPATIVO – SUSPENSÃO DA EXECUÇÃO DA MEDIDA LIMINAR – AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO DO PRESIDENTE DO TRIBUNAL A QUO – NÃO CONHECIMENTO DO RECURSO, POR FALTA DE CAPACIDADE POSTULATÓRIA DO AGRAVANTE – INTELIGÊNCIA DO ARTIGO 30, INCISO II, DA LEI Nº 8.906/94 – RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E PROVIDO PARA REFORMAR O ACÓRDÃO RECORRIDO E ACOLHER A PRELIMINAR DE NÃO CONHECIMENTO DO REGIMENTAL.

I – Não há confundir capacidade postulatória com legitimidade processual para propor ação.

II – Na ação popular movida por parlamentar (Deputado Federal) contra Estado da Federação, não pode o autor, mesmo em causa própria e na condição de advogado, interpor como signatário único, recurso de agravo regimental, impugnando decisão que, no curso do processo, suspendeu liminar concedida em primeiro grau, porquanto está impedido de exercer a advocacia, no caso, a teor do disposto no artigo 30, inciso II, da Lei nº 8.906/94.

III – Recurso especial parcialmente conhecido e provido, para reformar a decisão recorrida, acolhendo a preliminar de não conhecimento do agravo regimental.

(REsp 292.985/RS, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 27/3/2001, DJ 11/6/2001 p. 131)

No caso particular dos autos, segundo se depreende do acórdão

Superior Tribunal de Justiça

recorrido, restou comprovado que o patrono da autora é integrante da Câmara Municipal de Ibiraci/MG desde 1º de janeiro de 2001.

Nesse caminhar, resta evidenciado que o advogado da autora, vereador do Município de Ibiraci/MG, encontra-se impedido de exercer a representação judicial no presente feito, no qual figura o Instituto Nacional do Seguro Social - INSS no pólo passivo da relação processual.

Diante do exposto, conheço do recurso especial mas lhe nego provimento.

É o voto.

Destaque-se, por oportuno, a existência de precedente da Primeira Turma, julgado à unanimidade e publicado em data posterior ao acórdão ora embargado, na mesma linha do aresto paradigma. Confira-se:

ADMINISTRATIVO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL VEREADOR. IMPOSSIBILIDADE DE CUMULAÇÃO COM O CARGO DE PROCURADOR MUNICIPAL. EXPRESSA VEDAÇÃO LEGAL DE QUE OS MEMBROS DO LEGISLATIVO ADVOGUEM CONTRA OU A FAVOR DE PESSOAS JURÍDICAS DE DIREITO PÚBLICO. AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O Estatuto da OAB, em seu art. 30, II, expressamente veda o exercício da advocacia por membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

2. Assim, inviável a cumulação dos cargos como pretendido, não sendo admissível um membro do Poder legislativo advogar representando o Município. Precedentes: **REsp. 639.268/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 18.8.2008**; REsp. 552.750/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 5.2.2007.

3. Agravo Regimental desprovido.

(AgRg no AREsp 27.767/SP, Rel. Ministro NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO, **PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/8/2016, DJe 26/8/2016**)

Eis os fundamentos desenvolvidos pelo voto condutor de referido precedente:

1. A despeito das alegações do agravante, razão não lhe assiste, devendo a decisão agravada ser mantida por seus próprios fundamentos.

2. De início, no tocante à alegação de que o recurso não reuniria condições de admissibilidade, ao contrário do que afirma o agravante, o Apelo Especial encontra-se devidamente fundamentado, calcado na

alegada violação ao art. 30, II da Lei 8.906/94.

3. De fato, o Estatuto da OAB, em seu art. 30, II, expressamente veda o exercício da advocacia por membros do Poder Legislativo, em seus diferentes níveis, contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público.

4. Assim, torna inviável a cumulação dos cargos como pretendido, não podendo um membro do Poder legislativo advogar representando o Município.

5. Nesse sentido, está consolidada a jurisprudência desta Corte:

PROCESSUAL CIVIL - EXERCÍCIO DA ADVOCACIA - AÇÃO AJUIZADA CONTRA O INSS - ADVOGADO DA AUTORA ELEITO VEREADOR - IMPEDIMENTO - ART. 30, II, DA LEI 8.906/94.

1. Nos termos do art. 30, II, da Lei 8.906/94, todos os membros do Poder Legislativo, independentemente do nível a que pertencerem - municipal, estadual ou federal - são impedidos de exercer a advocacia contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público.

2. Precedentes da Seção de Direito Público.

3. *Recurso conhecido, mas não provido* (REsp. 639.268/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 18/8/2008)

PREVIDENCIÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VEREADOR. EXERCÍCIO DA ADVOCACIA. ATUAÇÃO EM AÇÃO ORDINÁRIA MOVIDA EM DESFAVOR DO INSS. POSSIBILIDADE. INTELIGÊNCIA DO ART. 30, II, DA LEI 8.906/94. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. A Quinta Turma do Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento no sentido de que a melhor exegese para o art. 30, II, da Lei 8.906/94 é aquela segundo a qual o Vereador estará impedido de exercer a advocacia "contra ou a favor das pessoas jurídicas de direito público, empresas públicas, sociedades de economia mista, fundações públicas, entidades paraestatais ou empresas concessionárias ou permissionárias de serviço público", quando tais entes públicos estiverem no âmbito de sua atuação, em que guardarem alguma relação com a Fazenda Pública Municipal.

2. *Recurso especial conhecido e provido* (REsp. 552.750/MG, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, DJU 5.2.2007, p. 327).

6. Ante o exposto, nega-se provimento ao Agravo Regimental. É como voto.

No caso particular dos autos, segundo se depreende do substabelecimento de e-STJ, fl. 330, verifica-se que o patrono da sociedade empresária que assinou o agravo regimental (e-STJ, fls. 345/354) interposto contra a decisão que proveu o recurso especial da municipalidade era, à época,

Superior Tribunal de Justiça

integrante da Assembleia Legislativa do Estado do Amazonas.

Desse modo, o reconhecimento da ausência de capacidade postulatória é medida que se impõe, ficando prejudicada a análise da alegada divergência quanto à aplicação da alíquota do ISSQN na forma do art. 9º, § 3º, do Decreto-Lei n. 406/1968.

Ante o exposto, dou provimento aos embargos de divergência para declarar a ausência de capacidade postulatória e não conhecer do agravo regimental de e-STJ, fls. 345/354.

É como voto.

