

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 1.837.185 - SP (2019/0270020-5)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
RECORRENTE : **FLEURY S.A**
ADVOGADOS : **HUMBERTO LUCAS MARINI E OUTRO(S) - RJ114123**
: **RENATO LOPES DA ROCHA - RJ145042**
RECORRIDO : **MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ**
PROCURADOR : **MARCELO PIMENTEL RAMOS - SP140327**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. REQUISITOS DE VALIDADE. EXAME DE PROVA. IMPOSSIBILIDADE. FATO GERADOR. LOCALIDADE. ACÓRDÃO EM CONFORMIDADE COM ENTENDIMENTO DO STJ. RECURSO NÃO CONHECIDO.

DECISÃO

Trata-se de recurso especial interposto por FLEURY S/A contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo assim ementado:

APELAÇÃO CÍVEL - Embargos à execução fiscal - ISS dos exercícios de 1995 a 1998 - Município de Santo André - 1) Recurso do embargante - a) Nulidade das CDA's - Inocorrência - Título executivo que preenche os requisitos necessários à composição da defesa da parte executada - Inexistência de ofensa ao contraditório e à ampla defesa - Atendimento aos requisitos formais constantes dos arts. 202 do CTN e 2º, §5º, da Lei nº 6.830/80 - Presunção de liquidez e certeza do título, possibilitando apresentação de defesa - b) Pretensão ao afastamento da tributação do ISS pelo Município de Santo André - Fatos geradores ocorridos até 31 de julho de 2003 - Aplicação do Decreto-lei 406/688 - A competência para arrecadar e fiscalizar é do Município onde ocorreu a prestação do serviço - Serviços de análise laboratorial - Competência do local onde estabelecida a relação jurídico -tributária - Remessa de material coletado a unidade distinta que não constitui fato gerador - Precedente do STJ - 2) Recurso da Municipalidade - Pretensão à majoração dos honorários advocatícios fixados pelo juízo a quo em R\$ 5.000,00 - Valor atribuído aos embargos à execução em 2013: R\$ 4.809.217,13 - Possibilidade de majoração - Incidência do art. 20, § 3º, alíneas "a", "b" e "c" e § 4º, do CPC/73, vigente ao tempo da prolação da sentença - Montante elevado para R\$ 10.000,00 (dez mil reais) - Recurso do embargante não provido e recurso do Município provido.

A parte recorrente alega violação do art. 12 do DL n. 406/1968, do art. 202 do CTN e do art. 2º da Lei n. 6.830/1980, sustentando, em síntese, a nulidade da certidão de dívida ativa e que "o ISS deve ser recolhido ao Município onde se localizar o estabelecimento do prestador [...] deverá recolher o ISS à Municipalidade de São Paulo" (fl. 953).

Contrarrazões apresentadas pelo MUNICÍPIO DE SANTO ANDRÉ (fls. 991/1.008).

Passo a decidir.

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

Superior Tribunal de Justiça

recursal na forma do novo CPC (Enunciado n. 3 do Plenário do STJ).

Considerado isso, importa destacar que a via do recurso especial não é adequada à análise dos requisitos de validade da certidão de dívida ativa, uma vez que essa providência enseja reexame de provas (v.g.: AgInt nos EDcl no REsp 1769192/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 11/11/2019, DJe 18/11/2019; AREsp 1545782/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/10/2019, DJe 29/10/2019).

Com relação à ocorrência do fato gerador, o Tribunal de Justiça consignou (fls. 903/905):

No caso em tela, a despeito da apelada possuir estabelecimento/unidade técnica em Município diverso (São Paulo), a Municipalidade de Santo André possui legitimidade e competência para efetuar a cobrança do ISSQN sobre os fatos geradores ocorridos dentro do seu território, na vigência do Decreto-lei 406/68.

A alegação do apelante de que o estabelecimento localizado no Município apelado serve tão somente para o exercício da atividade meio da empresa (coleta de material destinado à análise clínico-laboratorial), conforme mencionado pelo apelante em suas razões recursais, não pode ser acolhida, tendo em vista que os serviços buscados pelo cliente da apelante, no estabelecimento do Município de Santo André, não se restringem à coleta de material, mas à análise e diagnóstico do material coletado, ou seja, o serviço buscado é uno, indivisível porquanto um ato não permite a dispensa do outro. O adquirente do serviço, quando se dirige ao estabelecimento, objetiva o resultado da análise do material coletado e não somente sua coleta. Pelo resultado efetua o pagamento e sobre esse pagamento incide o ISS pelo Município onde o serviço foi prestado, no caso, Santo André.

O questionamento trazido nestes autos relativos à possibilidade ou não de se considerar como atividade meio a coleta de material pelas unidades de laboratórios de análises clínicas em unidades diversas, já foi enfrentado pelo E. STJ em julgamento proferido nos autos do Resp. 1.439.753/PE [...]

Assim, se houve a prestação de serviço (coleta de material biológico) no estabelecimento da apelante, localizado no Município de Santo André, este é o competente para exigir o ISS incidente sobre a operação, devendo, nesse ponto, ser mantida a r. sentença tal como proferida.

Nesse contexto, o recurso também não pode ser conhecido, na parte, porquanto, além de o acórdão recorrido estar em conformidade o art. 12 do DL n. 406/1968 e com a jurisprudência pacífica deste Tribunal Superior, eventual conclusão diversa a respeito do local da prestação do serviço dependeria do reexame fático-probatório, o que não é adequado em recurso especial, como enuncia a já referida Súmula 7 do STJ.

A respeito:

TRIBUTÁRIO. ISS. SUJEIÇÃO ATIVA. ENTENDIMENTO FIRMADO EM RECURSO REPETITIVO. RESP 1.060.210/SC. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. SERVIÇOS MÉDICOS. COMPETÊNCIA PARA COBRANÇA. FATO GERADOR. MUNICÍPIO EM QUE O SERVIÇO É EFETIVAMENTE PRESTADO.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.060.210/SC, Rel.

Min. Napoleão Nunes Maia Filho, submetido ao rito dos recursos repetitivos, nos termos do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 8/2008, consolidou o

seguinte entendimento: "(b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município sede do estabelecimento prestador (art. 12); (c) a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada, assim entendido o local onde se comprova haver unidade econômica ou profissional da instituição financeira com poderes decisórios suficientes à concessão e aprovação do financiamento - núcleo da operação de leasing financeiro e fato gerador do tributo".

2. Nessa linha, o acórdão recorrido encontra-se em desconformidade com o entendimento firmado no âmbito do STJ, uma vez que, tratando-se de fato gerador do ISS ocorrido na vigência da Lei Complementar n. 116/2003, o sujeito ativo da relação tributária é o município no qual o serviço é efetivamente prestado. Rever a conclusão do Tribunal de origem quanto ao lugar em que se deu a incidência do imposto, por sua vez, demanda revolvimento do conteúdo fático-probatório dos autos, vedado nesta instância conforme o entendimento consolidado na Súmula 7/STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial").

3. Agravo Interno não provido.

(AgInt no REsp 1774005/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 11/06/2019, DJe 01/07/2019)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LABORATÓRIO DE ANÁLISES CLÍNICAS. COLETA DE MATERIAL. UNIDADES DIVERSAS. LOCAL DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E NÃO PROVIDO.

1. Discussão a respeito da definição do sujeito ativo do ISS quando a coleta do material biológico dá-se em unidade do laboratório estabelecida em município distinto daquele onde ocorre a efetiva análise clínica.

2. "A municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços. Considera-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada com sede ou filial da pessoa jurídica" (REsp 1.160.253/MG, Rel. Min. CASTRO MEIRA, Segunda Turma, DJe de 19/8/10).

3. Na clássica lição de Geraldo Ataliba, "cada fato impositivo é um todo uno (unitário) e incindível e determina o nascimento de uma obrigação tributária" (Hipótese de Incidência Tributária. 14ª ed.

São Paulo: Malheiros, 2013, p. 73).

4. O ISS recai sobre a prestação de serviços de qualquer natureza realizada de forma onerosa a terceiros. Se o contribuinte colhe material do cliente em unidade situada em determinado município e realiza a análise clínica em outro, o ISS é devido ao primeiro município, em que estabelecida a relação jurídico-tributária, e incide sobre a totalidade do preço do serviço pago, não havendo falar em fracionamento, à míngua da impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato impositivo.

5. A remessa do material biológico entre unidades do mesmo contribuinte não constitui fato gerador do tributo, à míngua de relação jurídico-tributária com terceiros ou onerosidade. A hipótese se assemelha, no que lhe for cabível, ao enunciado da Súmula 166/STJ, verbis: "Não constitui fato gerador do ICMS o simples deslocamento de mercadoria de uma para outro estabelecimento do mesmo contribuinte".

Superior Tribunal de Justiça

6. Recurso especial conhecido e não provido.

(REsp 1439753/PE, Rel. p/ Acórdão Ministro BENEDITO GONÇALVES,
PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/11/2014, DJe 12/12/2014)

Ante o exposto, NÃO CONHEÇO do recurso especial.

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 28 de novembro de 2019.

Ministro BENEDITO GONÇALVES

Relator

