



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)

2015/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. AÇÃO ANULATÓRIA. AUTO DE INFRAÇÃO. COMPETÊNCIA. LC 116/03. ITEM 13.04 DA LISTA ANEXA. SERVIÇOS DE REPROGRAFIA, MICROFILMAGEM E DIGITALIZAÇÃO. LEGITIMIDADE PARA A COBRANÇA DO TRIBUTO. MUNICÍPIO DE GUAÍBA. LOCAL ONDE FOI INSTALADA UNIDADE PROFISSIONAL DA AUTORA PARA A PRESTAÇÃO DOS SERVIÇOS E ESTABELECID A RELAÇÃO JURÍDICO TRIBUTÁRIA. IMPOSSIBILIDADE DE SE DIVIDIR OU DECOMPOR O FATO IMPONÍVEL. AUTO DE INFRAÇÃO ANULADO. PROCEDÊNCIA DA AÇÃO.

O ISS é devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for realizado não houver estabelecimento (sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação).

Hipótese em que a prova oral e documental revelam que a autora foi contratada por empresa situada no Município de Guaíba mediante a instalação de verdadeira unidade profissional no local, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica, legitimando para a cobrança do tributo aquela Municipalidade, não obstante o domicílio da sede do prestador seja em Porto Alegre.

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 fracionamento, e no caso a quase totalidade do serviço foi realizada no Município de Guaíba, não podendo o Município de Porto Alegre englobar todos os fatos geradores provenientes daquelas operações em um único auto de infração em face da impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato imponible.

Cobrança de ISS de período posterior à LC 116/03 e inexistência de exceções previstas no art. 3º da norma citada.

REsp nº 1060210/SC, julgado em recurso repetitivo (art. 543-C do CPC), e recente REsp 1439753/PE do STJ.

Apelação com seguimento negado.

APELAÇÃO CÍVEL

VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA
CÍVEL



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000) COMARCA DE PORTO ALEGRE

MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE

APELANTE

FACCENTER S/A

APELADA

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos etc.

FACCENTER S/A ajuizou ‘ação anulatória de débito fiscal assim como pedido de antecipação de tutela’ contra o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, sobrevindo sentença com o dispositiva nos seguintes termos:

*“ANTE O EXPOSTO **PROCEDENTE** O PEDIDO FEITO POR **FACCENTER S/A** NOS AUTOS DA AÇÃO Anulatória de Débito Fiscal MOVIDA CONTRA O MUNICIPIO DE PORTO ALEGRE.*

***CONDENO** O RÉU AO PAGAMENTO DAS CUSTAS PROCESSUAIS E HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS QUE FIXO EM R\$ 3.000,00, COM FULCRO NO ARTIGO 20, §§ 3º E 4º DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL.”*

Foram apresentados embargos de declaração pela autora.

Os embargos de declaração não foram conhecidos.

Inconformado, apela o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. Em suas razões, alega que, para fins de ISS, a competência é do Município onde se realiza a efetiva prestação do serviço, sendo que a prova produzida nos autos demonstra que grande parte do material onde se deu a prestação do serviço é localizado nesta Capital. Requer o provimento do presente recurso.

A autora apresentou novamente embargos declaratórios.



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

O recurso foi acolhido nos seguintes termos:

“Vistos.

Tendo em vista o informado pela parte autora às fls. 387/388, reconsidero o despacho de fl. 377, para receber os embargos de declaração opostos pela demandante às fls. 375/376.

Alega a embargante que houve omissão no julgado de fls. 369/373, uma vez que deixou de se manifestar sobre a liminar deferida à fl. 295.

Tem razão a embargante, porquanto a sentença embargada nada menciona acerca da medida liminar.

E diante da procedência do pedido inicial, deve ser mantida a suspensão da exigibilidade do AIL nº 123/2009-ISQN-RB, nos termos do despacho de fl. 295, até o trânsito em julgado da demanda.

Assim, acolho os embargos de declaração, para integrar a sentença, mantendo a liminar deferida, conforme acima explicitado. Intimem-se.”

Foram apresentadas contrarrazões pela parte autora.

É o relatório.

Efetuo o julgamento na forma monocrática, forte no disposto no artigo 557 do CPC, observada a orientação jurisprudencial a respeito do tema.

Inicialmente, deve ser rejeitada a preliminar suscitada em contrarrazões pelo demandante pois o prazo para a interposição da apelação começa a fluir da publicação oficial da sentença, ou da data da ciência inequívoca do recorrente, não importando o fato de o recurso de apelação interposto pelo demandado ter sido protocolado em data anterior à publicação da decisão que julgou os embargos de declaração, não exigindo a ratificação expressa da parte, consoante preclara jurisprudência, citando-se:



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSO CIVIL. PRÉ-TEMPESTIVIDADE. CONHECIMENTO DO RECURSO. O prazo para a interposição da apelação começa a fluir da publicação oficial da sentença, ou de sua ciência inequívoca pela parte, desimportando o fato de ter sido protocolada em data anterior à publicação de decisão que julgou embargos de declaração, além de não se exigir ratificação expressa. Precedentes do TJRS. (...) (Apelação Cível Nº 70059961979, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 29/05/2014)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO REVISIONAL. (...) REJEIÇÃO DE PRELIMINAR DE NÃO-CONHECIMENTO DO RECURSO POR PRÉ-TEMPESTIVIDADE. O prazo para a interposição do recurso de apelação começa a fluir da data da ciência inequívoca da decisão ou, na falta desta, da data de sua publicação oficial, não importando se a interposição foi anterior à publicação da decisão que julgou embargos de declaração, não havendo falar em necessidade de reiteração. Precedentes desta Corte. (...) PRELIMINAR REJEITADA. APELAÇÃO DO RÉU DESPROVIDA. APELAÇÃO DOS AUTORES PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70025108671, Nona Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 20/08/2008)

Não há que se falar, portanto, em intempestividade do recurso.

Inicialmente, registro que o art. 156, III, da CF, dispõe que os municípios possuem competência para instituição do imposto sobre os serviços de qualquer natureza, a serem deferidos em Lei Complementar, desde que não estejam compreendidos no art. 155, II, do referido diploma legal.

O fato gerador do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza é "(...) a prestação desses serviços, previstos em lei complementar, por pessoa física ou jurídica de Direito Privado, com estabelecimento fixo, ou sem ele, desde que tal atividade não configure, por si só, fato gerador de imposto de



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

competência da União ou dos Estados.”, conforme preleciona Aliomar Baleeiro, na obra *Direito Tributário Brasileiro*, 10ª ed., Rio de Janeiro, Editora Forense, 1987.

No mesmo sentido, Sérgio Pinto Martins: “*o fato gerador do imposto municipal é a prestação de serviços definidos em lei complementar, e disciplinados na lei ordinária municipal ao criar o ISSQN, desde que por empresa ou profissional autônomo.*” (Imposto Sobre Serviços – ISS, São Paulo, Atlas, 1992, p. 57)

Em face disto, foi editada Lei Complementar nº 116/03, dispondo sobre serviços de qualquer natureza, havendo previsão em seu anexo, no item 13.04, de incidência de ISS sobre serviços de reprografia, microfilmagem e digitalização, determinando ainda, em seu artigo 1º, que o fato gerador do ISSQN consiste na “*prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador*”.

Todavia, deve ser observado que recentemente restou sedimentado no Superior Tribunal de Justiça que na vigência da LC 116/03, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador no Município onde o serviço é perfectibilizado, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo, conforme REsp nº 1.060.210/SC, julgado em sede de recurso repetitivo (art. 543-C do CPC) (grifo):

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE ARRENDAMENTO MERCANTIL FINANCEIRO. QUESTÃO PACIFICADA PELO STF POR OCASIÃO DO JULGAMENTO DO RE 592.905/SC, REL. MIN. EROS GRAU, DJE 05.03.2010. SUJEITO ATIVO DA RELAÇÃO TRIBUTÁRIA NA VIGÊNCIA DO DL 406/68: MUNICÍPIO DA SEDE DO ESTABELECIMENTO PRESTADOR. APÓS A LEI 116/03: LUGAR DA PRESTAÇÃO DO



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)

2015/CÍVEL

SERVIÇO. LEASING. CONTRATO COMPLEXO. A CONCESSÃO DO FINANCIAMENTO É O NÚCLEO DO SERVIÇO NA OPERAÇÃO DE LEASING FINANCEIRO, À LUZ DO ENTENDIMENTO DO STF. O SERVIÇO OCORRE NO LOCAL ONDE SE TOMA A DECISÃO ACERCA DA APROVAÇÃO DO FINANCIAMENTO, ONDE SE CONCENTRA O PODER DECISÓRIO, ONDE SE SITUA A DIREÇÃO GERAL DA INSTITUIÇÃO. O FATO GERADOR NÃO SE CONFUNDE COM A VENDA DO BEM OBJETO DO LEASING FINANCEIRO, JÁ QUE O NÚCLEO DO SERVIÇO PRESTADO É O FINANCIAMENTO. IRRELEVANTE O LOCAL DA CELEBRAÇÃO DO CONTRATO, DA ENTREGA DO BEM OU DE OUTRAS ATIVIDADES PREPARATÓRIAS E AUXILIARES À PERFECTIBILIZAÇÃO DA RELAÇÃO JURÍDICA, A QUAL SÓ OCORRE EFETIVAMENTE COM A APROVAÇÃO DA PROPOSTA PELA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA. BASE DE CÁLCULO. PREJUDICADA A ANÁLISE DA ALEGADA VIOLAÇÃO DO ART. 148 DO CTN E 9 DO DL 406/68. RECURSO ESPECIAL DE POTENZA LEASING S/A ARRENDAMENTO MERCANTIL PARCIALMENTE PROVIDO PARA JULGAR PROCEDENTES OS EMBARGOS À EXECUÇÃO E RECONHECER A ILEGITIMIDADE ATIVA DO MUNICÍPIO DE TUBARÃO/SC PARA EXIGIR O IMPOSTO. INVERSÃO DOS ÔNUS DE SUCUMBÊNCIA. ACÓRDÃO SUBMETIDO AO PROCEDIMENTO DO ART. 543-C DO CPC E DA RESOLUÇÃO 8/STJ.

1.O colendo STF já afirmou (RE 592.905/SC) que ocorre o fato gerador da cobrança do ISS em contrato de arrendamento mercantil. O eminente Ministro EROS GRAU, relator daquele recurso, deixou claro que o fato gerador não se confunde com a venda do bem objeto do leasing financeiro, já que o núcleo do serviço prestado é o financiamento.

2.No contrato de arrendamento mercantil financeiro (Lei 6.099/74 e Resolução 2.309/96 do BACEN), uma empresa especialmente dedicada a essa atividade adquire um bem, segundo especificações do usuário/consumidor, que passa a ter a sua utilização imediata, com o pagamento de contraprestações previamente acertadas, e opção de, ao final, adquiri-lo por um valor residual também



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)

2015/CÍVEL

contratualmente estipulado. Essa modalidade de negócio dinamiza a fruição de bens e não implica em imobilização contábil do capital por parte do arrendatário: os bens assim adquiridos entram na contabilidade como custo operacional (art. 11 e 13 da Lei 6.099/74). Trata-se de contrato complexo, de modo que o enfrentamento da matéria obriga a identificação do local onde se perfectibiliza o financiamento, núcleo da prestação do serviços nas operações de leasing financeiro, à luz do entendimento que restou sedimentado no Supremo Tribunal Federal.

3. O art. 12 do DL 406/68, com eficácia reconhecida de lei complementar, posteriormente revogado pela LC 116/2003, estipulou que, à exceção dos casos de construção civil e de exploração de rodovias, o local da prestação do serviço é o do estabelecimento prestador.

(...)

6. Após a vigência da LC 116/2003 é que se pode afirmar que, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador no Município onde o serviço é perfectibilizado, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo.

7. O contrato de leasing financeiro é um contrato complexo no qual predomina o aspecto financeiro, tal qual assentado pelo STF quando do julgamento do RE 592.905/SC, Assim, há se concluir que, tanto na vigência do DL 406/68 quanto na vigência da LC 116/203, o núcleo da operação de arrendamento mercantil, o serviço em si, que completa a relação jurídica, é a decisão sobre a concessão, a efetiva aprovação do financiamento.

8. As grandes empresas de crédito do País estão sediadas ordinariamente em grandes centros financeiros de notável dinamismo, onde centralizam os poderes decisórios e estipulam as cláusulas contratuais e operacionais para todas suas agências e dependências. Fazem a análise do crédito e elaboram o contrato, além de providenciarem a aprovação do financiamento e a consequente liberação do valor financeiro para a aquisição do objeto arrendado, núcleo da operação. Pode-se afirmar que é no local onde se toma essa decisão que se realiza, se completa, que se perfectibiliza o negócio. Após a vigência da LC 116.2003, assim, é



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)

2015/CÍVEL

neste local que ocorre a efetiva prestação do serviço para fins de delimitação do sujeito ativo apto a exigir ISS sobre operações de arrendamento mercantil.

9.O tomador do serviço ao dirigir-se à concessionária de veículos não vai comprar o carro, mas apenas indicar à arrendadora o bem a ser adquirido e posteriormente a ele disponibilizado. Assim, a entrega de documentos, a formalização da proposta e mesmo a entrega do bem são procedimentos acessórios, preliminares, auxiliares ou conseqüentes do serviço cujo núcleo - fato gerador do tributo - é a decisão sobre a concessão, aprovação e liberação do financiamento.

10. Ficam prejudicadas as alegações de afronta ao art. 148 do CTN e ao art. 9º. do Decreto-Lei 406/68, que fundamenta a sua tese relativa à ilegalidade da base de cálculo do tributo.

11. No caso dos autos, o fato gerador originário da ação executiva refere-se a período em que vigente a DL 406/68. A própria sentença afirmou que a ora recorrente possui sede na cidade de Osasco/SP e não se discutiu a existência de qualquer fraude relacionada a esse estabelecimento; assim, o Município de Tubarão não é competente para a cobrança do ISS incidente sobre as operações realizadas pela empresa Potenza Leasing S.A. Arrendamento Mercantil, devendo ser dado provimento aos Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais.

12.Recurso Especial parcialmente provido para definir que: (a) incide ISSQN sobre operações de arrendamento mercantil financeiro; (b) o sujeito ativo da relação tributária, na vigência do DL 406/68, é o Município da 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 comprove 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; (d) prejudicada a análise da alegada violação ao art. 148 do CTN; (e) no caso concreto, julgar procedentes os Embargos do Devedor, com a inversão dos ônus sucumbenciais, ante o reconhecimento da ilegitimidade ativa do Município de Tubarão/SC para a



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

cobrança do ISS. Acórdão submetido ao procedimento do art. 543-C do CPC e da Resolução 8/STJ.

Do julgamento do citado Resp 1.060.210/SC, ficou assentado que após a vigência da LC 116/2003, existindo unidade econômica ou profissional do estabelecimento prestador no Município onde o serviço é perfectibilizado, ou seja, onde ocorrido o fato gerador tributário, ali deverá ser recolhido o tributo, ficando sujeito ativo do ISS definido nos seguintes termos (EDcl no AgRg nos EDcl no REsp 1298917/MG, Rel. o em. Ministro Herman Benjamin, 2ª Turma do STJ, de 17/03/2015, DJe de 06/04/2015) (grifei):

1º) como regra geral, o imposto é devido no local do estabelecimento prestador - compreendendo-se como tal o local onde a empresa que é o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário - que se configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação, contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas;

2º) na falta de estabelecimento do prestador, no local do domicílio do prestador. Assim, o imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for prestado não houver estabelecimento do prestador (sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação);

3º) nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, acima transcritos, mesmo que não haja local do estabelecimento prestador, ou local do domicílio do prestador, o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção.

As exceções do art. 3º da LC 116/2003 são as seguintes:



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

Art. 3º O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local: [\(Vide Lei Complementar nº 123, de 2006\).](#)

I – do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, na hipótese do § 1º do art. 1º desta Lei Complementar;

II – da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas, no caso dos serviços descritos no subitem 3.05 da lista anexa;

III – da execução da obra, no caso dos serviços descritos no subitem 7.02 e 7.19 da lista anexa;

IV – da demolição, no caso dos serviços descritos no subitem 7.04 da lista anexa;

V – das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.05 da lista anexa;

VI – da execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer, no caso dos serviços descritos no subitem 7.09 da lista anexa;

VII – da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.10 da lista anexa;

VIII – da execução da decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores, no caso dos serviços descritos no subitem 7.11 da lista anexa;

IX – do controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos, no caso dos serviços descritos no subitem 7.12 da lista anexa;

X – (VETADO)

XI – (VETADO)

XII – do florestamento, reflorestamento, sementeira, adubação e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.16 da lista anexa;



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)

2015/CÍVEL

XIII – da execução dos serviços de escoramento, contenção de encostas e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.17 da lista anexa;

XIV – da limpeza e dragagem, no caso dos serviços descritos no subitem 7.18 da lista anexa;

XV – onde o bem estiver guardado ou estacionado, no caso dos serviços descritos no subitem 11.01 da lista anexa;

XVI – dos bens ou do domicílio das pessoas vigiados, segurados ou monitorados, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa;

XVII – do armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda do bem, no caso dos serviços descritos no subitem 11.04 da lista anexa;

XVIII – da execução dos serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres, no caso dos serviços descritos nos subitens do item 12, exceto o 12.13, da lista anexa;

XIX – do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo subitem 16.01 da lista anexa;

XX – do estabelecimento do tomador da mão-de-obra ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.05 da lista anexa;

XXI – da feira, exposição, congresso ou congêneres a que se referir o planejamento, organização e administração, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.10 da lista anexa;

XXII – do porto, aeroporto, ferroporto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário, no caso dos serviços descritos pelo item 20 da lista anexa.

Como se vê, nenhuma delas resta configurada nos autos, cujo objeto da demanda cinge-se ao conteúdo do AIL nº 00123/2009-ISQN, lavrado pelo MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, este sustentando ser o sujeito ativo para a cobrança do ISS sob o argumento de que é o devido pela parte autora a título de “Reprografia, microfilmagem e digitalização” (item 13.04 – da lista anexa à LC 116/03), no período de 01/01/2014 a 31/05/2009, enquanto a parte demandante sustenta que a competência para a cobrança



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

do tributo e do Município de Guaíba, local onde houve a efetiva prestação dos serviços, realizado após a vigência da LC nº 116/03 (01/08/2003), conforme documentos de fls. 38-39 e datas de emissão das notas fiscais, fls. 96-183.

Constatada a suposta irregularidade do contribuinte na omissão no recolhimento do ISS, o Fisco Municipal lavrou o auto de infração mediante arbitramento, que se trata de tributação com base em valores estimados ou presumidos, conforme o disposto no art. 148 do CTN, e que permite a utilização de informações obtidas em documentos e outras fontes de informação para o cálculo do imposto devido, não havendo ilegalidade no caso.

Frisa-se, no ponto, que é cediço que o auto de infração em questão é ato administrativo que goza de presunção de legalidade, devendo a parte, que busca desconstituir tal presunção, a produção da prova competente para tanto, conforme ônus imposto pelo inciso I do art. 333 do CPC.

Neste sentido, precedentes deste Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. ICMS. (...) AUTO DE LANÇAMENTO. PRESUNÇÃO DE LEGALIDADE. ARBITRAMENTO DO ICMS COM BASE EM DOCUMENTOS. POSSIBILIDADE. PRESUNÇÃO RELATIVA. ÔNUS DA PROVA. DESCUMPRIMENTO. O auto de lançamento é ato administrativo que goza de presunção de legalidade, cabendo à parte que busca desconstituir tal presunção o ônus da prova. Possível o arbitramento do ICMS com base nos documentos retidos pela Fazenda Estadual, na forma do artigo 148 do CTN e do artigo 5º do Livro V do Decreto Estadual nº 37.699/97. Descumprimento do ônus da prova, deixando a parte de produzir qualquer prova no sentido de desfazer a presunção de legalidade. (...) Apelação desprovida. (Apelação Cível Nº 70011206604, Vigésima Segunda Câmara Cível,



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 05/05/2005)

APELAÇÃO CÍVEL. AUTO DE LANÇAMENTO. AÇÃO DESCONSTITUTIVA. HIGIDEZ DA AUTUAÇÃO. PRELIMINAR DE NULIDADE DA SENTENÇA POR AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO E INVERSÃO DO ÔNUS DA PROVA. Não há falar em ausência de fundamentação da sentença, nela estando consignado os motivos que levaram ao juízo de improcedência da demanda. Descabe a inversão do ônus da prova, tratando-se de ação que objetiva a declaração de nulidade de ato administrativo, o qual goza da presunção de legalidade, cabendo ao interessado desconstitui-la mediante a produção de prova cabal. Por outro lado, inoportuna a invocação da inversão do ônus da prova se na inicial a autora afirma que a questão debatida é exclusivamente de direito, tendo silenciado olímpicamente após a contestação do Estado, tacitamente concordando com o contido naquela peça. Ademais, a prova era, na forma do art. 333, I, do CPC, ônus da autora, pois nada lhe impedia demonstrar que o destinatário da mercadoria fosse consumidor final. Preliminar rejeitada. Quanto à autuação, bem como o auto de lançamento daí decorrente, nenhum reparo à ação do Fisco, não tendo a autora comprovado que as mercadorias descritas na nota fiscal não se destinavam à revenda. Hígida, portanto, a autuação, bem como o auto de lançamento dele decorrente. APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (APELAÇÃO CÍVEL Nº 70009866450, PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO RS, RELATOR: DES. HENRIQUE OSVALDO POETA ROENICK, JULGADO EM 15/12/2004)

O contribuinte, porém, cumpriu com o referido comando legal.

Com efeito, conquanto cediço que o “(...) *simples deslocamento de recursos humanos (mão de obra) e materiais (equipamentos) para a prestação de serviços*, [o que] *não impõe sujeição ativa à municipalidade de destino para a cobrança do tributo.*”, conforme consignado nos Embargos de Declaração apresentados no AgRg no AREsp 299.489/MS, Rel. o em. Ministro Herman



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

Benjamin, 2ª Turma do STJ, a parte autora em verdade operou seus serviços à Aracruz Celulose S/A no Município de Guaíba através da instalação de verdadeira unidade econômica dentro da referida empresa naquela cidade, razão pela qual, apesar de instalada sua sede no Município de Porto Alegre, este não é o ente legitimando na cobrança do ISS objeto de lide.

Primeiramente porque "(...) 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. o em. Min. Castro Meira, julgado na Segunda Turma do STJ).

Conforme se depreende da leitura da documentação carreada aos autos, mormente o contrato firmado entre as partes, o objeto da prestação de serviços, fl. 79, e seu conteúdo, corroboram com o fato de que a parte demandante não promoveu simples deslocamento de recursos humanos (mão de obra) e de materiais (equipamentos) para a prestação de serviços, mas em verdadeira instalação de unidade profissional naquele local.

Destaco do referido ajuste entabulado entre as partes (grifo):

'Parágrafo Segundo

Também presente o disposto naquelas Considerações Introdutórias, a partir da data da assinatura deste Instrumento, a cláusula Quarta passa a vigor com a redação a seguir.

QUARTA
Equipamentos

FACCENTER se compromete a fornecer todos os equipamentos necessários para a execução dos serviços contratados. A quantidade de



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

equipamentos deverá sempre corresponder à necessidade dos trabalhos, a fim de que os mesmo sejam realizados nos prazos nos prazos e na forma solicitada pela ARACRUZ comprometendo-se a manter, no mínimo, 05 equipamentos relacionados no quadro abaixo:

| LOCAL DE INSTALAÇÃO | EQUIPAMENTOS COPIADORES |
|----------------------------------|----------------------------|
| Biblioteca | Kiocera 1820 |
| Centro Médico e Recursos Humanos | Samsung 4216 |
| Desenvolvimento | Samsung 4216 |
| Engema | Xerox 420 |
| Área Floresta I | Samsung 1216 |
| Posto de Atendimento | Samsung 4216 |
| | Ricoh650 Ricoh 650 |
| Produção | Océ 9560- Preto e Branco |
| Recex | HP 750 - Color |
| SUP | Cânon GP 200 |
| UNIPAP | Samsung 4216 |
| | Samsung 4216 |
| | Samsung 4216 |

Parágrafo Primeiro

*Além dos equipamentos referidos no quadro antecedente, FACCENTER **obriga-se a instalar na unidade fabril** da ARACRUZ, a partir de 1º de outubro de 2006, o sistema de leitura para rateio de custos, composto de hardware e respectivo software, sem quaisquer custos para a CONTRATANTE.*

Parágrafo Segundo

Será de total responsabilidade da FACCENTER, a instalação desses equipamentos na unidade fabril da ARACRUZ e a remoção dos mesmos, ao término do presente Contrato, bem como todos os custos decorrentes desses deslocamentos.”



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

A prova oral colhida atesta a conclusão na presente decisão.

A testemunha Altamir Ferreira Paiva, fls. 312-314, funcionário da demandante à época, afirmou que *"(...) A atividade da autora na sede da Aracruz em Guaíba (...) Era cópias e digitalização de documentos (...) A Faccenter tinha um posto de serviços permanentes dentro da Aracruz em Guaíba (...) composto [por] equipamentos de propriedade da Faccenter (...) Tudo de propriedade da Faccenter. Nós tínhamos duas máquinas copiadoras, tínhamos Ploter, scanner que faz as duas funções e uma Ploter colorida. [trabalhando no local com mais uma] colega Camila", que "(...) todas as tarefas eram iniciadas e concluídas naquele ponto? T: Lá dentro a gente tinha toda a infraestrutura. A gente era obrigado a ter toda a infraestrutura que a fábrica necessitava. Isso estava no contrato porque senão seria pequenas coisas eu sei de que romperiam o contrato. Eles colocam na cláusula, eles colocam do jeito deles e qualquer coisinha que falte acaba o contrato com a gente e a gente não pode mais fazer o trabalho. J: Ou seja, se fosse recebido algum material para fazer uma cópia, uma digitalização ela era operacionalizada e concluída na cidade de Guaíba? T: Na cidade de Guaíba, tudo lá dentro da fábrica."*

Camila, por sua vez, alegou que *"(...) Trabalhou com (...) Altamir Paiva, este posto da autora prestava serviços para a Aracruz e todas as outras terceirizadas eram outras empresas de Guaíba, na grande maioria esses serviços eram prestados no posto de Guaíba, salvo algum serviço mais específico com alguma demanda muito grande ou demanda de material mais específico. "daí nós mandávamos para a sede em Porto Alegre" esses serviços específicos acima mencionados ocorriam em torno de uma à duas vezes por mês, (...) que realizou o curso de CIPA por exigência da Aracruz, (...) No posto era prestado serviço de reprografia, xerox, cópias e a impressão de plantas para engenharia, refere que não recebiam serviço de Porto Alegre, "porque eles tinham uma equipe bem grande lá", refere que várias vezes foram enviados serviços para a matriz em Porto Alegre por causa da demanda, a depoente "lembra algumas vezes que o motoboy da empresa que vinha trazer suprimentos para nós, da matriz e ele chegava em torno de dez*



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

dez e meia para pegar o banco da prefeitura aberto, dizendo que tinha umas guias para pagar" (grifei), ressalva que não altera o resultado da ação.

Isto em razão do ISS ser devido ao primeiro município em que estabelecida a relação jurídico-tributária, na hipótese o Município de Guaíba, conforme antes visto, incidindo sobre a totalidade do preço do serviço pago, não havendo fracionamento, à míngua da impossibilidade técnica de se dividir ou decompor o fato imponible, conforme preleciona Geraldo Ataliba na obra *Hipótese de Incidência Tributária*, p. 14, 14ª ed. São Paulo: Malheiros, 2013:

"(...) cada fato imponible é um todo uno (unitário) e incindível e determina o nascimento de uma obrigação tributária" .

Tais lições são obtidas em recente precedente do STJ (grifo):

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 imponible é um todo uno (unitário) e incindível e determina o nascimento de uma obrigação



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

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 imponible.

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".

6. Recurso especial conhecido e não provido.

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

O precedente é perfeitamente aplicável por analogia.

Importante ressaltar que há declaração da própria Aracruz Celulose S.A que os serviços contratados no período compreendido entre 26/02/1997 e 31/07/2003 foram prestados no Município de Guaíba, fl. 73, e pelas tabelas anexadas ao contrato firmado entre as partes e seus respectivos aditivos, fica evidente a gama de serviços prestados pela parte demandante FACCENTER S/A naquela localidade, fls. 77, 80, 85, 88, 91, com respectivos preço unitários, além de servidores da autora lotados em Guaíba participaram da Comissão Interna de Prevenção de Acidentes – CIPA, conforme prova testemunhal colhida e os certificados de fls. 312-314 e 345.



CEZD

Nº 70065172934 (Nº CNJ: 0202671-80.2015.8.21.7000)
2015/CÍVEL

Por final, impende registrar ainda que eventual ausência de prova de recolhimento do tributo no Município de Guaíba em nada altera o resultado do julgamento, cujo objeto da lide é legitimidade para a cobrança do referido tributo, cabendo ao Município de Guaíba, na hipótese de omissão do tributo, buscar sua satisfação na via adequada, que não é a do presente feito.

Diante do exposto, nego seguimento à apelação.

Intimem-se.

Porto Alegre, 15 de junho de 2015.

DES. CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO,
Relator.