

Superior Tribunal de Justiça

EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA EM RESP Nº 1.634.445 - MG (2015/0060013-8)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO

EMBARGANTE : INSTITUTO DE PATOLOGIA JOSE CARLOS CORREA LTDA - EPP E FILIAL(IS)

ADVOGADOS : ANDRÉ LEMOS PAPINI - MG062999

DENIZE DE CASTRO PERDIGÃO - MG080726

RAFAEL DE LACERDA CAMPOS - MG074828

EDUARDO ARRIEIRO ELIAS - MG096410

FABIANA DINIZ ALVES - MG098771

NATALIA DINIZ FELISBERTO E OUTRO(S) - MG148019

MATEUS FELIPE MAIA FREIRE DINIZ - MG163830

NAYDER ROMMEL DE ARAUJO GODOI E OUTRO(S) - MG153261

EMBARGADO : MUNICÍPIO DE POÇOS DE CALDAS

ADVOGADO : MARIO MARQUES DE OLIVEIRA E OUTRO(S) - MG055836N

INTERES. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DE MEDICINA DIAGNÓSTICA - ABRAMED

ADVOGADOS : FÁBIO FERREIRA CUNHA - RS038611

GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452

PAULO CAMARGO TEDESCO E OUTRO(S) - SP234916

ARIANE COSTA GUIMARÃES E OUTRO(S) - DF029766

INTERES. : ASSOCIAÇÃO BRASILEIRA DAS SECRETARIAS DE FINANÇAS DAS CAPITAIS - ABRASF - "AMICUS CURIAE"

ADVOGADO : RICARDO ALMEIDA RIBEIRO DA SILVA - RJ081438

VOTO-VENCEDOR

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN: Nestes Embargos de Divergência, o Instituto de Patologia José Carlos Correa Ltda. – EPP e filial(is) se insurge(m) contra acórdão da Segunda Turma do STJ assim ementado:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ISS. COLETA DE MATERIAL EM POSTO E REMESSA PARA ANÁLISE LABORATORIAL EM UNIDADE SITUADA EM OUTRO MUNICÍPIO. NECESSIDADE DE REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ.

1. O Superior Tribunal de Justiça possui firme posicionamento de que o município competente para o recolhimento do ISS, "[...] a partir da LC 116/03, é aquele onde o serviço é efetivamente prestado, onde a relação é perfectibilizada [...]" (REsp 1.060.210/SC, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Seção, julgado em 28/11/2012, DJe 5/3/2013).

2. Para afastar o entendimento a que chegou a Corte *a quo*, de modo a albergar as peculiaridades do caso e verificar se a filial analisa ou não o

material biológico colhido, como se pretende neste feito, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial por óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

3. Esta Corte também já se posicionou no sentido de que "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" (REsp 1.439.753/PE, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Rel. p/ acórdão Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 6/11/2014, DJe 12/12/2014).

4. Agravo interno a que se nega provimento.

Aponta-se dissídio interno nas Turmas que compõem a Seção de Direito Público do STJ em relação ao local de prestação de serviços de exames laboratoriais e análise patológica, definidor do Município competente para arrecadação do ISSQN. A parte embargante defende que mantém simples posto de coleta na cidade de Poços de Caldas/MG, devendo o tributo ser recolhido no Município de Pouso Alegre, onde estabelecida unidade com quadro clínico e técnico administrativo.

Em relação ao acórdão embargado, aduz que, a despeito da aplicação da Súmula 7/STJ, houve análise da questão de fundo, pois, em seu voto condutor, o Ministro Og Fernandes citou precedente da Primeira Turma do STJ (REsp 1.439.753/PE) para concluir que o ISSQN deve ser recolhido no local da coleta dos exames. Defende, enfim, que tal exegese, a pretexto de interpretar a tese fixada no julgamento de recurso repetitivo (REsp 1.060.210/SC), aplicou-a incorretamente, motivo pelo qual o dissídio estaria configurado com o referido acórdão da Primeira Seção do STJ.

Conclui que, tal qual definido no REsp 1.060.210/SC, a competência tributária é do Município onde realizada a atividade-fim, motivo pelo qual o tributo não deve ser arrecadado no Município em que se encontra estabelecida unidade que pratica a mera coleta dos exames (atividade-meio).

Com a vênua devida ao Relator, entendo que o recurso não ultrapassa o juízo de admissibilidade, consoante, aliás, foi por ele originalmente decidido (fls. 654-664, e-STJ,

Superior Tribunal de Justiça

posteriormente reconsiderada às fls. 792-800, e-STJ).

A leitura da fl. 223, e-STJ (uma das páginas do acórdão da Apelação do Tribunal de origem), revela que a Corte local afirmou o seguinte, e chamo a atenção para o fato de que a demanda original é um Mandado de Segurança – portanto o STJ apreciou Recurso Especial em Mandado de Segurança (destaquei em negrito):

Compulsando os autos, apura-se que a inscrição cadastral do impetrante, junto ao Município de Poços de Caldas, descreve como atividade principal a de ‘laboratórios de anatomia patológica e citológica’, estando indicado o código 86.40-2-01 (fl. 96), **não havendo distinção alguma em relação à unidade de Pouso Alegre** (fl. 95).

Continua o Tribunal mineiro:

Além disso, no contrato social (fl. 97 e seguintes), **quando da criação de filiais, dentre elas aquela situada no Município de Poços de Caldas, não foram estabelecidas atividades diversas em relação à estrutura sede**, permanecendo o objeto social como ‘prestação de serviços médicos através de laboratório para realização de exames anatomopatológicos, citopatológicos e outros de patologia clínica’ (fl. 98).

Conclui o órgão colegiado:

Nesse diapasão, tal como exposto na sentença, **tanto matriz quanto filiais são aptas à realização de suas atividades estatutárias, não sendo possível avaliar se algum exame é executado fora da filial, se apenas ocorrem coletas ou se as amostras são coletadas e analisadas no mesmo local.**

Como se infere, consignou-se no *writ* não a prova existente, mas a falta de prova, para se dizer que não havia elementos para estabelecer posição quanto à suposta prestação de serviço em local distinto daquele apontado pelo Fisco.

Em Mandado de Segurança, a liquidez e certeza do direito deve estar amparada em prova pré-constituída. Foi por isso que a Segunda Turma, no julgamento do Recurso Especial, de relatoria do Ministro Og Fernandes (fl. 377, e-STJ) – acompanhado do

Superior Tribunal de Justiça

Ministro Francisco Falcão, do Ministro Mauro Campbell Marques e da Ministra Assusete Magalhães –, afirma o seguinte, conforme se apreende da leitura da ementa:

Para afastar o entendimento a que chegou a Corte *a quo*, de modo a albergar as peculiaridades do caso [mandado de segurança] e verificar se a filial analisa ou não o material biológico colhido, como se pretende neste feito, é necessário o revolvimento do acervo fático probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial por óbice da Súmula n. 7.

Este, portanto, constituiu o fundamento principal do acórdão. O Ministro Og Fernandes acrescentou, **caso se enfrentasse o mérito**, a jurisprudência e citou precedente da relatoria do Ministro Benedito Gonçalves da Primeira Turma. Mas **o órgão turmário, por unanimidade, seguiu a orientação do eminente relator na preliminar de não conhecimento do recurso, em razão da incidência da Súmula 7/STJ**. Esse é o primeiro óbice que vislumbro ao conhecimento do recurso, tendo em vista a remansosa jurisprudência contrária ao cabimento dos Embargos de Divergência para discutir regra técnica de admissibilidade:

AGRAVO INTERNO. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ACÓRDÃOS PARADIGMAS. AUSÊNCIA DE JUNTADA DO INTEIRO TEOR. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADA. VÍCIO SUBSTANCIAL. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Os embargos de divergência ostentam característica de recurso de fundamentação vinculada, a teor do que dispõem os arts. 1.043 e 1.044 do CPC, os quais exigem, como pressuposto indispensável, a demonstração de divergência jurisprudencial entre os órgãos fracionários. Sua finalidade precípua consiste em dirimir dissídio decorrente da interpretação da legislação federal existente entre julgados proferidos nesta Corte Superior, não servindo para nova discussão acerca da utilização ou não de regra técnica de admissibilidade ou conhecimento do recurso especial, ocorrida no caso concreto e devidamente chancelada pelo respectivo órgão fracionário.

2. Segundo a jurisprudência desta Corte Especial, interpretando § 4º do art. 1.043 do CPC e o art. 266, § 4º, do RISTJ, configura pressuposto indispensável para a comprovação ou configuração da alegada divergência jurisprudencial a adoção pela parte recorrente, na petição dos embargos de divergência, de uma das seguintes providências, quanto aos paradigmas indicados: (a) a juntada de certidões; (b) apresentação de cópias do inteiro teor dos acórdãos apontados; (c) a citação do repositório oficial, autorizado ou credenciado nos quais eles se achem publicados, inclusive em mídia eletrônica; e (d) a reprodução de julgado disponível na rede mundial de computadores, com a

indicação da respectiva fonte na Internet.

3. Na hipótese em exame, o ora agravante não instruiu os embargos de divergência com o inteiro teor dos acórdãos paradigmas, não restando configurada a divergência jurisprudencial atual.

4. A ausência de demonstração do dissídio alegado no recurso uniformizador - nos moldes exigidos pelo artigo 1.043, § 4º, do CPC e pelo artigo 266, § 4º, do RISTJ - constitui vício substancial, resultante da inobservância do rigor técnico exigido na interposição do presente recurso, apresentando-se, pois, descabida a incidência do parágrafo único do artigo 932 do CPC, para complementação de fundamentação.

5. Não restando configurada a divergência jurisprudencial, não há falar em em dissídio notório, hipótese na qual eventual mitigação dos pressupostos recursais recairia sobre a exigência de realização do cotejo analítico.

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EAREsp 1.414.158/PR, Rel. Ministro JORGE MUSSI, CORTE ESPECIAL, DJe 07/12/2020)

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. DISSÍDIO ENTRE OS ACÓRDÃOS CONFRONTADOS. INEXISTÊNCIA. REGRA TÉCNICA DE ADMISSIBILIDADE DO ESPECIAL. DISCUSSÃO. INVIABILIDADE.

1. A divergência que enseja a interposição dos embargos (de divergência) destinados a dirimir eventual dissídio neste Superior Tribunal é aquela ocorrida em casos semelhantes, devendo ser demonstrado que a situações similares foram aplicadas soluções diferentes.

2. Hipótese em que no aresto embargado ficou consignado que o Tribunal de origem decidiu em conformidade com o entendimento desta Corte de que o enquadramento ou reenquadramento de servidor público constitui ato único de efeitos concretos, de modo que a prescrição incide sobre o próprio fundo de direito, sendo aplicada a Súmula 83 do STJ, havendo, ainda, o registro de que, para a alteração das conclusões adotadas pelo Tribunal de origem, seria necessária a análise de matéria fática e de legislação local, a atrair a incidência das Súmulas 7 do STJ e 280 do STF.

3. No julgado indicado como divergente, destacou-se que, nas ações em que servidores públicos aposentados pleiteiam a equiparação de seus proventos com os vencimentos dos servidores da ativa (paridade) não ocorre a prescrição do próprio fundo de direito, mas apenas das parcelas anteriores ao quinquênio que precedeu o ajuizamento da demanda, conforme preconizado na Súmula 85 do STJ, de modo que os arestos confrontados não são divergentes, já que trataram de questões diversas.

4. As peculiaridades do caso concreto ensejaram a incidência das Súmulas 83 e 7 do STJ e 280 do STF, circunstância que inviabiliza o cabimento dos embargos de divergência, ante a impossibilidade de harmonizar o juízo de conhecimento realizado no acórdão embargado (aplicação de regra técnica de admissibilidade do especial), com a tese jurídica apontada no paradigma, que admitiu o recurso e enfrentou a questão meritória.

5. A finalidade dos embargos de divergência não é a de corrigir eventual incorreção ou injustiça do acórdão embargado, e sim a de pacificar a jurisprudência deste Tribunal, uniformizando o entendimento representado na tese

Superior Tribunal de Justiça

jurídica mais acertada, situação que não se verifica in casu.

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt nos EREsp 1.814.327/RS, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 30/11/2020)

O outro obstáculo, sobre o qual não me aprofundarei no momento, diz respeito à ausência de similitude entre os acórdãos. Não vou me debruçar sobre esse ponto para não gastar o tempo precioso desta Seção, que ainda promete bastante. Por isso, ousou, nesta última Seção do Ministro Napoleão Maia, divergir de Sua Excelência – é como uma homenagem, tal qual ele gosta, no debate – no que se refere ao conhecimento destes Embargos de Divergência.

O mérito é muito importante para os municípios brasileiros, sem dúvida, mas o caso concreto, a meu sentir, infelizmente não tem os requisitos para incursão na matéria de fundo.

Com essas considerações, **peço vênia ao eminente relator para dele divergir, de modo a não conhecer dos Embargos de Divergência.**

Embora o recurso tenha sido interposto na vigência do novo diploma processual, deixo de arbitrar honorários recursais (art. 85, § 11, do CPC) porque não houve condenação a esse título nas instâncias de origem (Súmula 105/STJ).

É como **voto.**