

ESTADO DO ESPÍRITO SANTO  
PODER JUDICIÁRIO  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
GAB. DESEMB - FÁBIO CLEM DE OLIVEIRA  
5 de julho de 2011

APELAÇÃO CIVEL Nº 24920113552 - VITÓRIA - VARA FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL  
APELANTE :MUNICIPIO DE VITORIA  
APELADO : ABASE ASSESSORIA BASICA DE SERVICOS LTDA  
RELATOR DES. FABIO CLEM DE OLIVEIRA  
REVISOR DES. CARLOS SIMÕES FONSECA

**RELATÓRIO**

Cuida-se de apelação cível interposta pelo Município de Vitória contra a sentença (fls. 171/174) proferida pelo MM. Juiz de Direito da Vara dos Feitos da Fazenda Pública Municipal de Vitória, que, em ação anulatória de débito fiscal promovida por ABASE - Assessoria Básica de Serviços Ltda., julgou procedente o pedido para desconstituir o crédito tributário pertinente ao processo administrativo nº 054.492/91.

O apelante (fls. 175/189) sustenta que: (1) a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça proclama que o ISSQN é devido ao Município no qual são prestados os serviços; e (2) os serviços foram prestados em Vitória. Requer a reforma da sentença.

O apelado (fls. 194/197) alega que o ISSQN é devido ao Município no qual se encontra o estabelecimento do prestador do serviço. Pugna pelo não provimento ao recurso.

É o Relatório.

Ao Eminentíssimo Revisor.

Vitória-ES, 18 de março de 2011.

**Desembargador Fabio Clem de Oliveira**

**Relator**

**VOTOS**

## **O SR. DESEMBARGADOR FABIO CLEM DE OLIVEIRA (RELATOR):-**

Senhor Presidente. As normas que compõem o Sistema Tributário Nacional delimitam uma rígida repartição da competência tributária, de tal forma que preveem quais os tributos poderão ser instituídos, os requisitos formais para sua criação e, ainda, as pessoas autorizadas a exercer a competência tributária.

Assim, é reservada a cada um dos entes que compõem a Federação a possibilidade de criação de certos tributos, de tal forma que a competência atribuída a um ente não se sobrepõe à competência outorgada a outro.

Em relação aos impostos, a repartição da competência tributária se faz por meio da indicação, no próprio texto constitucional, de suas respectivas materialidades. Isto é, a Constituição aponta quais os possíveis fatos geradores dos impostos que serão instituídos pela União, pelos Estados, pelo Distrito Federal e pelos Municípios.

Por conseguinte, é possível afirmar que os Municípios somente poderão instituir impostos cujos fatos geradores se adequem às materialidades definidas nos incisos do art. 156, da Constituição Federal.

Ocorre que não se admite que dois ou mais Municípios exijam, simultaneamente, o mesmo tributo em razão da ocorrência de um único fato gerador. Como visto, a competência tributária outorgada a um ente não pode se sobrepor à competência outorgada a outro.

Sobre o tema, transcrevo a lição de Aires F. Barreto:

“A evitação da pluralidade de incidências se dá porque a Constituição, pelo prestígio de um critério territorial, circunscreve o perímetro da eficácia das leis ao território de cada um dos entes que receberam idêntica competência tributária. É o critério do situs, que consiste em limitar a irradiação da eficácia da lei ao território do ente considerado (Estado-membro, Distrito Federal, Município).

Quando se tem em mira a União, a questão da competência se exaure pelo exame do critério material. Todavia, diante de Estados-membros, Distrito Federal e Municípios, impõe-se agregar um segundo critério: o territorial.”

(ISS na Constituição e na Lei. 2 ed. São Paulo: Dialética, 2005, p. 311)

Portanto, o exercício da competência tributária pelos Municípios pressupõe a observância ao âmbito especial de vigência (vigência no espaço) de suas leis, que corresponde, de forma geral, a seus respectivos territórios. Ao extrapolar esse limite, o Município estará invadindo competência tributária alheia.

Cumprido esclarecer, ainda, que compete à lei complementar definir critérios para a identificação do local de ocorrência do fato gerador a fim de evitar os conflitos de competência em matéria tributária (CF/88, art. 146, I).

Até o advento da Lei Complementar nº 116/2003, o Decreto-Lei nº 406/68 desempenhava a função de dispor sobre as normas gerais sobre o imposto sobre serviços de qualquer natureza, inclusive quanto à determinação do local da ocorrência do fato gerador e, por consequência, da competência tributária dos Municípios.

Seu art. 12 dispunha que:

“Art. 12. Considera-se local da prestação do serviço:

- a) o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;
- b) no caso de construção civil o local onde se efetuar a prestação.
- c) no caso do serviço a que se refere o item 101 da Lista Anexa, o Município em cujo território haja parcela da estrada explorada.”

Todavia, o art. 12 do DL nº 406/68 não definia, satisfatoriamente, o local da prestação de serviços nas hipóteses em que a natureza dos serviços exige a presença física do prestador (ou de seus funcionários ou prepostos) no local em que os serviços são prestados.

Ademais, a definição do local da prestação de serviços de acordo com o local do estabelecimento do prestador não se compatibilizava com o princípio da territorialidade das leis, na medida em que determinava que a lei de um município produzisse efeitos sobre fatos ocorridos fora de seu território.

Por essa razão, a jurisprudência firmada pelo Superior Tribunal de Justiça proclama que, sob a vigência do DL nº 406/68, o imposto sobre serviços de qualquer natureza - inclusive na hipótese de fornecimento de mão-de-obra - era devido ao Município no qual executado o serviço.

Transcrevo, por oportuno, os seguintes precedentes:

“TRIBUTÁRIO. ISSQN. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ART. 12 DO DECRETO-LEI Nº 406/68.

1. Mesmo na vigência do art. 12 do Decreto-Lei nº 406/68, revogado pela Lei Complementar nº 116/03, a Municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local da prestação dos serviços, onde efetivamente ocorre o fato gerador do imposto.

2. Recurso especial improvido.”

(REsp 882.913/PE, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2006, DJ 12/12/2006, p. 273)

“AGRAVO REGIMENTAL - AGRAVO DE INSTRUMENTO TRIBUTÁRIO - ISS - COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA - MUNICÍPIO DO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO - EMPRESA DE CONSERVAÇÃO E LIMPEZA COM SEDE EM OUTRO MUNICÍPIO - ENTENDIMENTO PACIFICADO - INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83 DO STJ.

Ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco se destina a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fosse. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a res in iudicium de ducta. Dessa forma, não foram violados os artigos 165, 548, caput e inciso II, bem como 535, II, do CPC.

Cinge-se a controvérsia à fixação da competência para cobrança do ISS, se é do

Município onde se localiza a sede da empresa prestadora de serviços, conforme determina o artigo 12 do Decreto-Lei n. 406/68, ou do Município onde aqueles são prestados.

A egrégia Primeira Seção desta colenda Corte Superior de Justiça pacificou o entendimento de que o Município competente para realizar a cobrança do ISS é o do local da prestação dos serviços em que se deu a ocorrência do fato gerador do imposto. Essa interpretação harmoniza-se com o disposto no artigo 156, III, da Constituição Federal, que atribui ao Município o poder de tributar as prestações ocorridas em seus limite territoriais.

In casu, incide o óbice disposto na Súmula 83 deste Sodalício, verbis: "Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida".

Agravo regimental provido, para conhecer do agravo de instrumento, mas negar provimento ao recurso especial interposto pela Sul América Serviços Médicos Ltda." (AgRg no Ag 607.881/PE, Rel. Ministro FRANCIULLI NETTO, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/03/2005, DJ 20/06/2005, p. 209)

“EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. ISS. COMPETÊNCIA. LOCAL DA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRECEDENTES.

I - Para fins de incidência do ISS - Imposto Sobre Serviços -, importa o local onde foi concretizado o fato gerador, como critério de fixação de competência do Município arrecadador e exigibilidade do crédito tributário, ainda que se releve o teor do art. 12, alínea "a" do Decreto-Lei n.º 406/68.

II - Embargos rejeitados.”

(EResp 130.792/CE, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, Rel. p/ Acórdão Ministra NANCY ANDRIGHI, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 07/04/2000, DJ 12/06/2000, p. 66)

“ISS - LOCAL DO FATO GERADOR - MUNICÍPIO - DEL 406/68.

Embora o art. 12, "a", considere como local da prestação do serviço o do estabelecimento prestador, pretende o legislador que referido imposto pertença ao município em cujo território se realizar o fato gerador. Recurso provido.”

(REsp 115.337/ES, Rel. Ministro GARCIA VIEIRA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 31/03/1998, DJ 04/05/1998, p. 81)

Fixadas essas premissas, verifico que, no caso, a apelada foi contratada pela Caixa Econômica Federal para fornecer mão-de-obra especializada em prestação de serviços de digitação (fls. 13/20 e 58/68).

De acordo com os instrumentos contratuais e edital de tomada de preços, os profissionais contratados pela apelada executariam o serviço de digitação nas instalações da Caixa Econômica Federal, situadas em Vitória, Cachoeiro de Itapemirim e Colatina.

Tal fato, inclusive, foi afirmado pela apelada em sua petição inicial (fl. 4):

“O contrato de prestação de serviço supramencionado, firmado entre a CAIXA ECONÔMICA FEDERAL e a ora Autora, mostra que esta é empresa sediada no município de Belo Horizonte, e que fornece, a título provisório, serviços de mão-de-obra especializada em digitação para agências da C.E.F. em Colatina, Vitória e Cachoeiro de Itapemirim.”

A prestação dos referidos serviços ocorreu sob a vigência do DL nº 406/68, o que significa dizer que o imposto sobre serviços incidente deveria ser pago ao Município no qual ocorreram os fatos geradores.

Por conseguinte, não merece censura a conduta do apelante em constituir o crédito tributário correspondente aos fatos geradores ocorridos em seu território.

É irrelevante o fato da apelada ter efetuado o pagamento do imposto ao Município de Belo Horizonte, local em que se encontra sediada. Isto porque o pagamento àquele Município se revela como indevido e não extingue nem afasta a obrigação tributária originada em razão da prestação dos serviços ocorridos em Vitória.

Cumpra esclarecer que a apelada, embora sediada em Belo Horizonte, constituiu verdadeiro estabelecimento na cidade de Vitória por ocasião da prestação dos serviços. Isto porque o edital de tomada de preços que antecedeu sua contratação, exigiu a abertura de “escritório/representação” em Vitória (fl. 68), o que foi confirmado pelo perito do juízo (fl. 144) e, em momento algum, refutado pela apelada.

Por fim, a alegação da apelada de que houve erro na apuração do crédito tributário não foi comprovada. Isto é, não há provas que parte da base de cálculo constante do auto de infração nº 287/90 (fls. 41/42) corresponde ao preço recebido pelos serviços prestados nos Municípios de Cachoeiro de Itapemirim e Colatina.

Assim, a autora não se desincumbiu de provar o fato constitutivo de seu direito, na medida em que nas ações anulatórias de débito fiscal, o ônus da prova quanto ao erro na apuração do crédito tributário compete ao devedor do tributo (autor da ação).

Por essas razões, dou provimento ao recurso de apelação para, reformando a sentença, julgar improcedente o pedido.

Condeno a apelante ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado, fixados em 10% (dez por cento) do valor da causa.

É como voto.

\*

**O SR. DESEMBARGADOR CARLOS SIMÕES FONSECA :-**

\*

**O SR. DESEMBARGADOR WILLIAM COUTO GONÇALVES :-**

\*

### **DECISÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos, APELAÇÃO CIVEL Nº 24920113552 , em que são as partes as acima indicadas, ACORDA o Egrégio Tribunal de Justiça do Espírito Santo (Primeira Câmara Cível), na conformidade da ata e notas taquigráficas da sessão, que integram este julgado, em, À UNANIMIDADE, DAR PROVIMENTO AO RECURSO, NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

\*

\*

\*