



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.596.747 - SP (2016/0109105-5)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SANTOS
PROCURADOR : CUSTÓDIO AMARO ROGE E OUTRO(S) - SP093094
AGRAVADO : ELEVADORES OTIS LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : CYNTHIA MORAES DE CARVALHO - SP113913
JOSÉ MAURO MOTTA E OUTRO(S) - SP150802

EMENTA

TRIBUTÁRIO. ISS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO EM ELEVADORES E FORNECIMENTO DE MATERIAIS. OPERAÇÃO MISTA. NÃO INCIDÊNCIA. EXCEÇÃO DO ITEM 14.01 DA LISTA ANEXA À LC 116/03.

1. O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido da necessidade de verificação da atividade da empresa no caso de operações mistas para a definição do imposto a ser recolhido. "Se a atividade desenvolvida estiver sujeita à lista do ISSQN, o imposto a ser pago é o ISSQN, inclusive sobre as mercadorias envolvidas, com a exclusão do ICMS sobre elas, a não ser que conste expressamente da lista a exceção" (EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.168.488/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 21/6/10).

2. Na presente hipótese, a execução de serviços de manutenção de elevadores, contida no item 14.01 da Lista Anexa à LC 116/2003, encontra previsão expressa de incidência do ICMS sobre os materiais empregados no desempenho da atividade.

3. Agravo Interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: ""A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."" Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 13 de novembro de 2018(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.596.747 - SP (2016/0109105-5)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SANTOS
PROCURADOR : CUSTÓDIO AMARO ROGE E OUTRO(S) - SP093094
AGRAVADO : ELEVADORES OTIS LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : CYNTHIA MORAES DE CARVALHO - SP113913
JOSÉ MAURO MOTTA E OUTRO(S) - SP150802

RELATÓRIO

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN(Relator): Trata-se de Agravo Interno contra decisão que deu provimento ao Recurso Especial.

A Municipalidade alega:

Remediado, entretanto, o defeito de forma na falta de indicação do dispositivo constitucional da interposição, resulta muito mais grave admitir um recurso claramente que debate matéria fática e interpretação de cláusula contratual.

A questão versada na presente ação não foi decidida com fundamento no artigo 1.º, item 14.01 da Lista de Serviços da LC 116/2003 (daí não existir matéria infraconstitucional a ser dirimida), muito menos violando ou infringido tal dispositivo legal.

Neste sentido a sentença bem captou a essência do debate travado na ação (fls. 77/78) para dar pela sua improcedência na consideração de que cabe “...a demandante implementar rotina de isolar, na fatura total da operação mista que realiza (prestação de serviços com venda de mercadorias), o preço do serviço, sobre o qual incidirá o imposto, permitindo a retenção do tributo calculado sobre a justa base de cálculo” e prosseguindo conclui que “...não parecer ser justo, nem jurídico, é pretender a autora conquistar judicialmente permissivo para implementar regime peculiar de recolhimento do tributo, sem previsão legal, desate que impõe a improcedência assim do pedido principal, assim do cautelar...”.

E o v. Acórdão dando um outro enfoque ao tema sem fugir da questão fática, dirimiu a controvérsia na interpretação da cláusula contratual que estabeleceu valor fixo mensal para a prestação de serviços de manutenção e reparo (fls. 30/31) havendo ou não substituição de peças (fls. 33, cláusula 1.5), daí que conclui que “O respectivo valor, portanto, integra o preço do serviço, previsto na cláusula contratual de fls. 29/30, já que o emprego de peças e outros materiais não acarreta ônus adicional ao tomador, a permitir o entendimento de que na estipulação do preço está embutido o custo médio segundo previsões da própria prestadora” (fls. 170).

Como se vê aqui a questão foi decidida inteiramente na matéria de fato. É fato incontroverso que a ora Agravada emite exclusivamente Fatura/Nota



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Fiscal de Serviços do valor integral da mensalidade cobrada de seus Clientes, isto independentemente de ter ou não fornecido peças (fls. 33, cláusula 1.5 e fls. 36, cláusula 2.2). Não há notícia de que a ora Agravada emita Nota Fiscal de Venda ao Consumidor de eventuais peças aplicadas na prestação de serviço aos seus Clientes. A dedução irrestrita de materiais ou peças que não se sabe se foram ou não aplicados não encontra respaldo legal. Enfim o desfecho da ação foi centrado na forma ou rotina da Agravada na emissão das Notas Fiscais de Serviço, matéria esta de ordem fática interdita ao exame no especial. (fls. 281-282, e-STJ)

Impugnação às fls. 286-288, e-STJ. Assevera-se:

02. Ocorre que o caso em questão tem como substrato fático a prestação de serviços de reparo e manutenção de elevadores e escadas rolantes, juntamente com o fornecimento de partes e peças, enquadrando-se tais serviços na moldura legal enunciada pelo item 14.01 da lista anexa da Lei Complementar nº 116/2003.

03. Em nenhum momento a agravada questionou, em seu recurso especial, o substrato fático firmado pelo Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, o que leva à inafastável conclusão de que a pretensão recursal em discussão não demanda o reexame de fatos e provas, não atraindo os óbices veiculados pelas Súmulas nº 05 e 07 do Egrégio Superior Tribunal de Justiça.

04. O que se questionou no especial são os efeitos jurídicos fixados pelo acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo, que, embora reconhecendo que os serviços prestados pela recorrente enquadram-se no disposto pelo item 14.01 da lista anexa da Lei Complementar nº 116/2003, adotou o entendimento de que os valores de partes e peças aplicados nos serviços de manutenção ou reparo não podem ser deduzidos da base de cálculo do ISSQN (valor da fatura mensal encaminhada pela recorrente).

05. Bem como, tal entendimento contraria a prescrição normativa veiculada pelo próprio item 14.01 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, o qual expressamente estabelece que os serviços de lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto estão sujeitos à incidência do ISSQN, com exceção das partes e peças empregadas, que estão sujeitas exclusivamente à incidência do ICMS. (fls. 286-287, e-STJ)

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.596.747 - SP (2016/0109105-5)

VOTO

EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN(Relator): O Agravo Interno não merece prosperar.

O acórdão recorrido consignou:

É o caso dos autos. A apelante, ao prestar serviços, deseja abater do preço contratado o valor das peças e acessórios utilizados na manutenção, reparo ou conservação dos elevadores, escadas rolantes e esteiras rolantes, sem os quais evidentemente os serviços não podem ser prestados.

Se necessária a substituição das peças defeituosas ou desgastadas, como afirmado na petição inicial, sem elas o serviço não pode ser prestado. O respectivo valor, portanto, integra o preço do serviço, previsto na cláusula contratual de fl. 29/30, já que o emprego de peças e outros materiais não acarreta ônus adicional ao tomador, a permitir o entendimento de que na estipulação do preço está embutido o custo médio segundo previsões da própria prestadora.

Improcedem as ações, portanto, quanto ao fundamento de que a apelante tem direito ao pleiteado abatimento, com fixação da base de cálculo em montante inferior ao valor do contrato.

Melhor sorte não tem em relação ao pedido de declaração de sua não obrigação "da retenção do ISS das faturas emitidas pela mesma que tenham lastro em contratos cuja aplicação de peças está garantida sem qualquer ônus adicional ao tomador de serviços, permitindo-se que o recolhimento se faça pelo regime de apuração ordinário, sem prejuízo do direito do Fisco Municipal exercer seu *munus* fiscalizatório..."

É que a legislação municipal, com a redação dada pela Lei Complementar local, nº 467/2002, em cujo artigo 11 deu nova redação ao CTM de Santos, nada tem de ilegal.

Ao dispor que "*toda pessoa jurídica, ou a ela equiparada, que utilizar serviços prestados por firmas inscritas na repartição fiscal competente ou de firmas ou profissionais liberais e autônomos não inscritos na repartição fiscal competente, deverá reter o imposto correspondente na fonte, efetuando o recolhimento no prazo regulamentar*" (artigo 60, § 2º, CTM), o fez em conformidade com o permissivo do artigo 128 do Código Tributário Nacional, segundo o qual a "lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da obrigação".

Ao determinar a retenção do ISS na fonte pagadora, pelo tomador do serviço, ou seja, pelo devedor do preço do serviço prestado pelo contribuinte, atribuindo-lhe o dever de recolher o imposto, a legislação tributária está conforme o Código Tributário Nacional. (fls. 170-171, e-STJ)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido da necessidade de verificação da atividade da empresa no caso de operações mistas para a definição do imposto a ser recolhido. "Se a atividade desenvolvida estiver sujeita à lista do ISSQN, o imposto a ser pago é o ISSQN, inclusive sobre as mercadorias envolvidas, com a exclusão do ICMS sobre elas, a não ser que conste expressamente da lista a exceção" (EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.168.488/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 21/6/10).

Nesse contexto, na presente hipótese, a execução de serviços de manutenção de elevadores, contida no item 14.01 da Lista Anexa à LC 116/03, encontra previsão expressa de incidência do ICMS sobre os materiais empregados no desempenho da atividade.

No mesmo sentido, confira-se:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO EM ELEVADORES E FORNECIMENTO DE MATERIAIS. OPERAÇÃO MISTA. NÃO INCIDÊNCIA. EXCEÇÃO DO ITEM 14.01 DA LISTA ANEXA À LC 116/03.

1. O Superior Tribunal de Justiça manifestou-se no sentido da necessidade de verificação da atividade da empresa no caso de operações mistas para a definição do imposto a ser recolhido. "Se a atividade desenvolvida estiver sujeita à lista do ISSQN, o imposto a ser pago é o ISSQN, inclusive sobre as mercadorias envolvidas, com a exclusão do ICMS sobre elas, a não ser que conste expressamente da lista a exceção" (EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.168.488/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 21/6/10).

2. Na presente hipótese, a execução de serviços de manutenção de elevadores, prevista no item 14.01 da Lista Anexa à LC 116/2003, encontra previsão expressa de incidência do ICMS sobre os materiais empregados no desempenho da atividade.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 731694 / MG, Relator Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, DJe 17/09/2015)

TRIBUTÁRIO – ISSQN – OPERAÇÕES MISTAS – PRESTAÇÃO DE SERVIÇO COM FORNECIMENTO DE MERCADORIAS – ORIENTAÇÃO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL ADOTADA NO RESP 732.496/RS JULGADO NESTA CORTE – ATIVIDADES CONSTANTES NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003 ESTÃO SUJEITAS AO ISSQN, DESDE QUE NÃO CONSTE EXPRESSAMENTE A EXCEÇÃO, COMO É O CASO DOS AUTOS.

1. Os embargos declaratórios são cabíveis para a modificação do



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

julgado que se apresenta omissa, contraditória ou obscura, bem como para sanar possível erro material existente no julgado.

2. O critério adotado por esta Corte para definir os limites entre os campos de competência tributária de Estados e Municípios relativamente ao ICMS e ISSQN, seguindo orientação traçada no Supremo Tribunal Federal, é o de que nas operações mistas há que se verificar a atividade da empresa, se esta estiver sujeita à lista do ISSQN o imposto a ser pago é o ISSQN, inclusive sobre as mercadorias envolvidas, com a exclusão do ICMS sobre elas, a não ser que conste expressamente da lista a exceção, como é o caso dos autos.

3. Na atividade de manutenção de elevadores (item 14.01 da Lista Anexa à LC n. 116/2003) consta, expressamente, que os materiais empregados ficam sujeitos ao ICMS.

Embargos de declaração acolhidos, com efeitos infringentes, para dar provimento ao agravo regimental e negar provimento ao recurso especial.

(EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.168.488/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 21/6/10)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISSQN. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO EM ELEVADORES E FORNECIMENTO DE MATERIAIS. OPERAÇÃO MISTA. ITEM 14.01 DA LISTA ANEXA À LC 116/03. RECURSO PROVIDO.

1. "O critério adotado por esta Corte para definir os limites entre os campos de competência tributária de Estados e Municípios relativamente ao ICMS e ISSQN, seguindo orientação traçada no Supremo Tribunal Federal, é o de que nas operações mistas há que se verificar a atividade da empresa, se esta estiver sujeita à lista do ISSQN o imposto a ser pago é o ISSQN, inclusive sobre as mercadorias envolvidas, com a exclusão do ICMS sobre elas, a não ser que conste expressamente da lista a exceção" (EDcl no AgRg no AgRg no REsp 1.168.488/SP, Rel. Min. HUMBERTO MARTINS, Segunda Turma, DJe 21/6/10).

2. No caso dos autos, a execução de serviços de manutenção de elevadores, prevista no item 14.01 da Lista Anexa à LC 116/03, encontra previsão expressa de incidência do ICMS sobre os materiais empregados no desempenho da atividade.

3. Recurso especial provido para restabelecer a sentença de Primeira Instância, reconhecendo a não incidência de ISS sobre os valores relativos aos materiais fornecidos.

(REsp 1.068.491/SP, Rel. Min. ARNALDO ESTEVES LIMA, Primeira Turma, DJe 25/04/2011)

Diante do exposto, **nego provimento ao Agravo Interno.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2016/0109105-5

AgInt no AgInt no
REsp 1.596.747 / SP

Números Origem: 0438622.5/6-00 1312304 138104 4386225600 90717434420058260000 994.05.026755-8
994050267558

PAUTA: 13/11/2018

JULGADO: 13/11/2018

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **FRANCISCO FALCÃO**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : ELEVADORES OTIS LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : CYNTHIA MORAES DE CARVALHO - SP113913
 JOSÉ MAURO MOTTA E OUTRO(S) - SP150802
RECORRIDO : MUNICÍPIO DE SANTOS
PROCURADOR : CUSTÓDIO AMARO ROGE E OUTRO(S) - SP093094

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS - Imposto sobre Serviços

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SANTOS
PROCURADOR : CUSTÓDIO AMARO ROGE E OUTRO(S) - SP093094
AGRAVADO : ELEVADORES OTIS LTDA E FILIAL(IS)
ADVOGADOS : CYNTHIA MORAES DE CARVALHO - SP113913
 JOSÉ MAURO MOTTA E OUTRO(S) - SP150802

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia SEGUNDA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo interno, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

Os Srs. Ministros Og Fernandes, Mauro Campbell Marques, Assusete Magalhães e Francisco Falcão (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.