



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.617.684 - SP (2019/0337270-7)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARCOS BRANDÃO WHITAKER E OUTRO(S) - SP086999
AGRAVADO : UNISYS INFORMATICA LTDA
ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452
PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
LUIZ ANTONIO MONTEIRO JUNIOR - SP314843
TATIANA RING - SP344353
VICTOR THIAGO DANTAS DA SILVA - SP402243

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. COMPETÊNCIA. LC 116/2003. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO EM VALOR EXORBITANTE. INOVAÇÃO RECURSAL, NA HIPÓTESE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. O acórdão recorrido consignou: "Em apertada síntese, a autora aduziu a insubsistência dos Autos de Infração, sob vários argumentos, dentre eles a não incidência do ISS em relação aos serviços prestados ao exterior. Cinge a controvérsia referente á competência tributária para exigir ISS incidente sobre diversas atividades da autora, referentes a serviços de informática. Diante das controvérsias travadas nos autos, o Eminent Magistrado 'a quo' determinou a realização de prova pericial, designando perícia contábil/técnica (fls. 2856/2891 e 3471/3489). Diante do extenso trabalho realizado, o D. Expert concluiu que: "A natureza dos serviços prestados pela autora referem-se a prestação de serviço de processamento de dados, a suporte técnico de informática, a manutenção de máquinas, a suporte de software, análise e desenvolvimento de sistemas, a licenças cessão de uso de programas de computador (fls. 2756). No presente caso, os serviços prestados pela autora, ora apelada, embora possam ser efetuados em localidades situadas em Municípios diversos de onde se situa o estabelecimento prestador, não se enquadram em nenhuma das hipóteses de exceção à regra geral. O art. 3º da LC nº 116/03, responsável pela revogação do art. 12 do Decreto-Lei n. 406/68, estabelece que o ISS é devido, em regra, no local do estabelecimento (ou domicílio) do prestador, excetuadas as hipóteses previstas nos incisos I a XXII, ocasiões em que o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção, o que não se verifica no caso em análise, por se tratar de serviços de informática, consistentes na análise e desenvolvimento de sistemas; programação e processamento de dados; assessoria e consultoria de informática; e suporte técnico de informática. Nesse sentido: Assim, a partir da LC 116/2003, temos as seguintes regras: 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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (REsp 1117121/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009). No caso dos autos, como bem afirma a r. sentença: ...Portanto, antes de imputar conduta irregular à autora, deveria o Município ter-se aprofundado nas diligências, levantando maiores elementos da alegada simulação, tão como, por exemplo, constou, laconicamente, no auto de infração de fls. 90. Em suma, indevida a retificação dos autos de infração, conforme sustentando pela autora e, ainda que superada essa questão formal, os autos de infração não mereceriam subsistir por insuficiência de elementos indicativos da simulação imputada à requerente. Ademais disso, o referido laudo pericial é conclusivo no sentido de que "No período reclamado entre jan/2005 a dez/2008, a autora teve sua sede na Calçada das Azaléias, n. 10, sala 32, Cond. Centro Comercial Alphaville, em Barueri/SP de 01-01-2000 até 02-02-2007, e a partir daí, até os dias atuais, na Av. do Rio Bonito, n. 40, bloco 9, no bairro Socorro, nesta Capital/SP". Neste contexto, pouco importa, para o caso, o local em que a autora escolheu para nomear como sendo seu domicílio, até porque os elementos produzidos em sede de instrução dão conta de demonstrar a existência de filial situada no Município de Campo Grande, que era responsável pelo gerenciamento de um complexo de meios pelos quais a empresa prestadora explorava comercialmente suas atividades, o que pode ser considerado, para fins tributários, como estabelecimento prestador. No mais, considerando a conclusão do expert não há qualquer indício que o serviço foi desenvolvido em outro local que não a sede da empresa, em especial por se tratar de serviços de informática que podem ser prestados remotamente, não há que se falar em competência outra para a exigência do tributo, que não seja o município onde se encontre a sede ou filial da sociedade empresária." (fls. 3.696-3.699, e-STJ).

2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.117.121/SP, Min. Eliana Calmon, DJe de 29/10/2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento segundo o qual, na ocorrência do fato gerador sob a égide da LC 116/2003, à exceção de serviços de construção civil, o ISSQN é devido ao Município do local da sede do prestador de serviço.

3. Na análise detida dos autos, verifica-se que o fato gerador é a prestação de serviços de informática, ocorrido sob a égide da Lei Complementar 116/2003, que passou a competência para o local da sede do prestador do serviço, com exceções previstas nos incisos I a XXII do art. 3º do normativo federal em comento.

4. No caso, constata-se que tais serviços, desenvolvidos pela empresa, não figuram entre as exceções contidas no art. 3º da LC 116/2003, o que significa dizer que a eles seria aplicável a regra geral de competência territorial para a cobrança do ISS, ou seja, o imposto considera-se devido no local do estabelecimento do prestador.

5. Ademais, verifica-se que a instância de origem decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. Desse modo, verifica-se que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a análise da controvérsia demanda reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial."

6. A decisão agravada, consignou: "Caso exista nos autos prévia fixação de honorários de advogado pelas instâncias de origem, determino sua majoração, em desfavor da parte recorrente, no importe de 10% sobre o valor já arbitrado, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão da gratuidade da justiça".

7. Conforme se depreende do trecho acima transcrito os honorários foram majorados em âmbito recursal, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015.

8. O art. 85, § 11, do CPC/2015, ao prescrever que "O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal", estabeleceu uma condição para que ocorra a condenação em honorários recursais, que é justamente a condenação prévia pela instância inferior em honorários sucumbenciais.

9. A agravante sustenta que, "No caso dos autos, foram os honorários alterados em sede de apelação, tendo sido fixados em 5% do valor da causa e, no julgamento do presente recurso, ainda onerados em mais 10% do valor originalmente arbitrado. Ora, trata-se da fixação de honorários em quase R\$ 1 milhão em valores atualizados, valor extremamente exorbitante".

10. A parte agravante alega apenas no Agravo Interno que a fixação dos honorários, que foram alterados na Apelação e majorados recursalmente pela decisão agravada, mostrou-se extremamente exorbitante.

11. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que ocorre a preclusão consumativa quando a matéria ventilada em Agravo Interno constitui inovação recursal concernente ao Recurso Especial.

12. 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 votaram com o Sr. Ministro Relator."

Brasília, 1º de setembro de 2020(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.617.684 - SP (2019/0337270-7)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**
PROCURADOR : **MARCOS BRANDÃO WHITAKER E OUTRO(S) - SP086999**
AGRAVADO : **UNISYS INFORMATICA LTDA**
ADVOGADOS : **GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452**
: **PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916**
: **LUIZ ANTONIO MONTEIRO JUNIOR - SP314843**
: **TATIANA RING - SP344353**
: **VICTOR THIAGO DANTAS DA SILVA - SP402243**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Interno contra decisão que conheceu do Agravo para conhecer parcialmente do Recurso Especial e negou-lhe provimento (fls. 3.808-3.813, e-STJ).

A insurgente, em breve síntese, alega que o Município competente para realizar a cobrança do ISS é o do local da efetiva prestação do serviço de informática.

Aduz, em síntese:

Como já ventilado, para o julgamento do recurso apresentado não é necessário o reexame de provas, entendendo-se esta como sua reavaliação. Isso porque o debate de fundo se refere à adoção do critério jurídico para fins de determinação do local da prestação de serviço, especialmente após o julgamento do REsp 1.117.121/SC.

O Autor tem estabelecimento prestador no Município de São Paulo, não o tendo em outros lugares. Sendo assim, a ele aplica-se o entendimento expressado pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do REsp 1.117.121/SP. Vale também transcrever a ementa do julgado:

(...)

Assim, além de desnecessária a apreciação de provas, verifica-se que o Tribunal de Justiça de São Paulo tem utilizado a jurisprudência desta Corte em sentido diferente do fixado pela orientação superior.

Como devidamente demonstrado no recurso especial apresentado, o Tribunal a quo entendeu que o ISS é devido não no local do estabelecimento prestador, como estabelecido pelo julgamento proferido no REsp 1.117.121/SP, mas em local distinto. Veja-se trecho do V. Acórdão recorrido.

(...)

Ou seja, em que pesasse haver elementos nos autos que o estabelecimento prestador estaria no município de São Paulo, o que atrairia a aplicação do critério estabelecido pelo REsp 1.117.121/SP ao caso dos autos, o



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Tribunal de Justiça considerou que o local da prestação seria a prestação dos serviços e considerou que foram eles prestados em Campo Grande – MS. E tal se reforça pela jurisprudência colacionada no V. Acórdão para fundamentar a conclusão alcançada.

Sendo assim, o que se verifica no caso concreto é que o Tribunal de Justiça não tem seguido de forma precisa a orientação deste Tribunal, mantendo seu entendimento de que o ISS é devido em local distinto daquele fixado na orientação paradigmática. E, por isso, é de ser afastado o entendimento expressado pela Súmula 83 desta corte e, assim, dar provimento ao recurso especial apresentado.

(...)

B-) DA NECESSIDADE DE FIXAÇÃO DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS DE ACORDO COM OS CRITÉRIOS FIXADOS PELO ART. 85, § 8º, CPC.

No caso dos autos, foram os honorários alterados em sede de apelação, tendo sido fixados em 5% do valor da causa e, no julgamento do presente recurso, ainda onerados em mais 10% do valor originalmente arbitrado. Ora, trata-se da fixação de honorários em quase R\$ 1 milhão em valores atualizados, valor extremamente exorbitante.

No caso em tela, é necessário observar o princípio da razoabilidade e da proporcionalidade, bem como a aplicação dos seguintes dispositivos legais para o arbitramento dos honorários advocatícios: Art. 8º, 85, §§ 2º e 8º do CPC/2015 c.c art. 22, § 2º da Lei n. 8.906/94 (ESTATUTO OAB); afastando-se, por consequência, os §§ 3º, 4º e 6º do citado art. 85.

Isso porque, a aplicação pura e simples dos percentuais previstos no §3º, do art. 85, do CPC, implicaria em fixação de honorários advocatícios em valor incompatível com o trabalho realizado nos autos. (fls. 3.817-3.821, e-STJ)

Requer a reconsideração da decisão agravada ou pelo provimento, pelo colegiado, do Agravo Interno.

Impugnação às fls. 3.829- 3.844, e-STJ..

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.617.684 - SP (2019/0337270-7)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARCOS BRANDÃO WHITAKER E OUTRO(S) - SP086999
AGRAVADO : UNISYS INFORMATICA LTDA
ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452
PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
LUIZ ANTONIO MONTEIRO JUNIOR - SP314843
TATIANA RING - SP344353
VICTOR THIAGO DANTAS DA SILVA - SP402243

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. COMPETÊNCIA. LC 116/2003. REVISÃO DO ENTENDIMENTO. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO EM VALOR EXORBITANTE. INOVAÇÃO RECURSAL, NA HIPÓTESE. PRECLUSÃO CONSUMATIVA.

1. O acórdão recorrido consignou: "Em apertada síntese, a autora aduziu a insubsistência dos Autos de Infração, sob vários argumentos, dentre eles a não incidência do ISS em relação aos serviços prestados ao exterior. Cinge a controvérsia referente à competência tributária para exigir ISS incidente sobre diversas atividades da autora, referentes a serviços de informática. Diante das controvérsias travadas nos autos, o Eminent Magistrado 'a quo' determinou a realização de prova pericial, designando perícia contábil/técnica (fls. 2856/2891 e 3471/3489). Diante do extenso trabalho realizado, o D. Expert concluiu que: "A natureza dos serviços prestados pela autora referem-se a prestação de serviço de processamento de dados, a suporte técnico de informática, a manutenção de máquinas, a suporte de software, análise e desenvolvimento de sistemas, a licenças cessão de uso de programas de computador (fls. 2756). No presente caso, os serviços prestados pela autora, ora apelada, embora possam ser efetuados em localidades situadas em Municípios diversos de onde se situa o estabelecimento prestador, não se enquadram em nenhuma das hipóteses de exceção à regra geral. O art. 3º da LC nº 116/03, responsável pela revogação do art. 12 do Decreto-Lei n. 406/68, estabelece que o ISS é devido, em regra, no local do estabelecimento (ou domicílio) do prestador, excetuadas as hipóteses previstas nos incisos I a XXII, ocasiões em que o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção, o que não se verifica no caso em análise, por se tratar de serviços de informática, consistentes na análise e desenvolvimento de sistemas; programação e processamento de dados; assessoria e consultoria de informática; e suporte técnico de informática. Nesse sentido: Assim, a partir da LC 116/2003, temos as seguintes regras: 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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (REsp 1117121/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009). No caso dos autos, como bem afirma a r. sentença: ...Portanto, antes de imputar conduta irregular à autora, deveria o Município ter-se aprofundado nas diligências, levantando maiores elementos da alegada simulação, tão como, por exemplo, constou, laconicamente, no auto de infração de fls. 90. Em suma, indevida a retificação dos autos de infração, conforme sustentando pela autora e, ainda que superada essa questão formal, os autos de infração não mereceriam subsistir por insuficiência de elementos indicativos da simulação imputada à requerente. Ademais disso, o referido laudo pericial é conclusivo no sentido de que "No período reclamado entre jan/2005 a dez/2008, a autora teve sua sede na Calçada das Azaléias, n. 10, sala 32, Cond. Centro Comercial Alphaville, em Barueri/SP de 01-01-2000 até 02-02-2007, e a partir daí, até os dias atuais, na Av. do Rio Bonito, n. 40, bloco 9, no bairro Socorro, nesta Capital/SP". Neste contexto, pouco importa, para o caso, o local em que a autora escolheu para nomear como sendo seu domicílio, até porque os elementos produzidos em sede de instrução dão conta de demonstrar a existência de filial situada no Município de Campo Grande, que era responsável pelo gerenciamento de um complexo de meios pelos quais a empresa prestadora explorava comercialmente suas atividades, o que pode ser considerado, para fins tributários, como estabelecimento prestador. No mais, considerando a conclusão do expert não há qualquer indício que o serviço foi desenvolvido em outro local que não a sede da empresa, em especial por se tratar de serviços de informática que podem ser prestados remotamente, não há que se falar em competência outra para a exigência do tributo, que não seja o município onde se encontre a sede ou filial da sociedade empresária." (fls. 3.696-3.699, e-STJ).

2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.117.121/SP, Min. Eliana Calmon, DJe de 29/10/2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento segundo o qual, na ocorrência do fato gerador sob a égide da LC 116/2003, à exceção de serviços de construção civil, o ISSQN é devido ao Município do local da sede do prestador de serviço.

3. Na análise detida dos autos, verifica-se que o fato gerador é a prestação de serviços de informática, ocorrido sob a égide da Lei Complementar 116/2003, que passou a competência para o local da sede do prestador do serviço, com exceções previstas nos incisos I a XXII do art. 3º do normativo federal em comento.

4. No caso, constata-se que tais serviços, desenvolvidos pela empresa, não figuram entre as exceções contidas no art. 3º da LC 116/2003, o que significa dizer que a eles seria aplicável a regra geral de competência territorial para a cobrança do ISS, ou seja, o imposto considera-se devido no local do estabelecimento do prestador.

5. Ademais, verifica-se que a instância de origem decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. Desse modo, verifica-se que



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a análise da controvérsia demanda reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial."

6. A decisão agravada, consignou: "Caso exista nos autos prévia fixação de honorários de advogado pelas instâncias de origem, determino sua majoração, em desfavor da parte recorrente, no importe de 10% sobre o valor já arbitrado, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão da gratuidade da justiça".

7. Conforme se depreende do trecho acima transcrito os honorários foram majorados em âmbito recursal, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015.

8. O art. 85, § 11, do CPC/2015, ao prescrever que "O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal", estabeleceu uma condição para que ocorra a condenação em honorários recursais, que é justamente a condenação prévia pela instância inferior em honorários sucumbenciais.

9. A agravante sustenta que, "No caso dos autos, foram os honorários alterados em sede de apelação, tendo sido fixados em 5% do valor da causa e, no julgamento do presente recurso, ainda onerados em mais 10% do valor originalmente arbitrado. Ora, trata-se da fixação de honorários em quase R\$ 1 milhão em valores atualizados, valor extremamente exorbitante".

10. A parte agravante alega apenas no Agravo Interno que a fixação dos honorários, que foram alterados na Apelação e majorados recursalmente pela decisão agravada, mostrou-se extremamente exorbitante.

11. A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que ocorre a preclusão consumativa quando a matéria ventilada em Agravo Interno constitui inovação recursal concernente ao Recurso Especial.

12. Agravo Interno não provido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 3.7.2020.

O Agravo Interno não merece prosperar.

O acórdão recorrido consignou:

Em apertada síntese, a autora aduziu a insubsistência dos Autos de Infração, sob vários argumentos, dentre eles a não incidência do ISS em relação aos serviços prestados ao exterior.

Cinge a controvérsia referente à competência tributária para exigir ISS incidente sobre diversas atividades da autora, referentes a serviços de informática.

Diante das controvérsias travadas nos autos, o Eminentíssimo Magistrado “a quo” determinou a realização de prova pericial, designando perícia contábil/técnica (fls. 2856/2891 e 3471/3489).

Diante do extenso trabalho realizado, o D. Expert concluiu que: “A natureza dos serviços prestados pela autora referem-se a prestação de serviço de processamento de dados, a suporte técnico de informática, a manutenção de máquinas, a suporte de software, análise e desenvolvimento de sistemas, a licenças cessão de uso de programas de computador (fls. 2756).

No presente caso, os serviços prestados pela autora, ora apelada, embora possam ser efetuados em localidades situadas em Municípios diversos de onde se situa o estabelecimento prestador, não se enquadram em nenhuma das hipóteses de exceção à regra geral.

O art. 3º da LC nº 116/03, responsável pela revogação do art. 12 do Decreto-Lei n. 406/68, estabelece que o ISS é devido, em regra, no local do estabelecimento (ou domicílio) do prestador, excetuadas as hipóteses previstas nos incisos I a XXII, ocasiões em que o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção, o que não se verifica no caso em análise, por se tratar de serviços de informática, consistentes na análise e desenvolvimento de sistemas; programação e processamento de dados; assessoria e consultoria de informática; e suporte técnico de informática.

Nesse sentido:

Assim, a partir da LC 116/2003, temos as seguintes regras: 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, 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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 (REsp 1117121/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009).

No caso dos autos, como bem afirma a r. sentença: ...Portanto, antes de imputar conduta irregular à autora, deveria o Município ter-se aprofundado nas diligências, levantando maiores elementos da alegada simulação, tão como, por exemplo, constou, laconicamente, no auto de infração de fls. 90.

Em suma, indevida a retificação dos autos de infração, conforme sustentando pela autora e, ainda que superada essa questão formal, os autos de infração não mereceriam subsistir por insuficiência de elementos indicativos da simulação imputada à requerente.

Ademais disso, o referido laudo pericial é conclusivo no sentido de que “No período reclamado entre jan/2005 a dez/2008, a autora teve sua sede na Calçada das Azaléias, n. 10, sala 32, Cond. Centro Comercial Alphaville, em Barueri/SP de 01-01-2000 até 02-02-2007, e a partir daí, até os dias atuais, na Av. do Rio Bonito, n. 40, bloco 9, no bairro Socorro, nesta Capital/SP”.

Neste contexto, pouco importa, para o caso, o local em que a autora escolheu para nomear como sendo seu domicílio, até porque os elementos produzidos em sede de instrução dão conta de demonstrar a existência de filial situada no Município de Campo Grande, que era responsável pelo gerenciamento de um complexo de meios pelos quais a empresa prestadora explorava comercialmente suas atividades, o que pode ser considerado, para fins tributários, como estabelecimento prestador.

No mais, considerando a conclusão do expert não há qualquer indício que o serviço foi desenvolvido em outro local que não a sede da empresa, em especial por se tratar de serviços de informática que podem ser prestados remotamente, não há que se falar em competência outra para a exigência do tributo, que não seja o município onde se encontre a sede ou filial da sociedade empresária. (fls. 3.696-3.699, e-STJ)

Transcrevo trecho da sentença, para melhor elucidação da controvérsia:

Primeiramente, destaco que o próprio Município admitiu a revisão dos AIIMs, o que resultou em alteração de critério jurídico, mais precisamente critério material da regra matriz de incidência tributária, na lavratura do auto de infração, o que importante na insubsistência do lançamento.

Nesse sentido, há a Súmula 227/TRF: "A mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão de lançamento".

Note-se que o próprio Conselho Municipal de Tributos reconheceu a retificação da base de cálculo, o que somente foi efetivado à luz da defesa administrativa apresentada pela autora (fls. 312/313), devendo ainda ser destacado o voto divergente bem lançado naquele expediente (fls. 322/324).

Desse modo, a conduta adotada pelo requerido não se coaduna com os ditames estabelecido na Jurisprudência, consolidada na súmula acima



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

apontada e, desde logo, deve ser afastada possibilidade de lavrar qualquer auto de infração, após ter tido uma mudança no critério material da exigibilidade do crédito tributário.

Além disso, ainda que superada essa questão formal, não constato justa causa na autuação.

Afinal, nos autos do processo administrativo, verifico que a principal prova que lastreou a atuação foi a simples circunstância correlata às pequenas dimensões do estabelecimento existente em Barueri, o que, segundo o Município, demonstraria o caráter simulado.

Todavia, as peculiaridades dos serviços prestados pela autora, determinam o tamanho do estabelecimento não pode, de per si, servir como prova cabal de simulação.

Afinal a perícia de engenharia/informática foi conclusiva no sentido de esclarecer que: "A natureza dos serviços prestados pela autora referem-se a prestação de serviço de processamento de dados, a suporte técnico de informática, a manutenção de máquinas, a suporte de software, análise e desenvolvimento de sistemas, a licenças cessão de uso de programas de computador"(fls. 2756) e que "os serviços poderiam ter sido prestados nas dependências dos tomadores dos serviços" (fls. 2744), notadamente aqueles pertinentes à empresa "Dell" (fls. 2747), razão pela qual não se pode concluir que qualquer um dos seus estabelecimentos teriam cunho "simulado".

Assim, por exemplo, os serviços prestados à Dell devem ser reputados como efetivados no local disponibilizado por esse empresa, como, por exemplo, em seu estabelecimento em Eldorado do Sul/RS.

(...)

Portanto, antes de imputar conduta irregular à autora, deveria o Município ter-se aprofundado nas diligências, levantando maiores elementos da alegada simulação, tao como, por exemplo, constou, laconicamente, no auto de infração de fls. 90

Em suma, indevida a retificação dos autos de infração, conforme sustentando pela autora e, ainda que superada essa questão formal, os autos de infração não mereceriam subsistir por insuficiência de elementos indicativos da simulação imputada à requerente.

Ante o exposto, julgo procedente a ação, desconstituindo os autos de infração, ora questionados. (fls. 3.560-3.562, e-STJ)

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, ao julgar o REsp 1.117.121/SP, Min. Eliana Calmon, DJe de 29/10/2009, sob o regime do art. 543-C do CPC, reafirmou o entendimento segundo o qual, na ocorrência do fato gerador sob a égide da LC 116/2003, à exceção de serviços de construção civil, o ISSQN é devido ao Município do local da sede do prestador de serviço.

Eis a ementa do julgado:

TRIBUTÁRIO - ISS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO -



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CONSTRUÇÃO CIVIL - PROJETO, ASSESSORAMENTO NA LICITAÇÃO E GERENCIAMENTO DA OBRA CONTRATADA - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO ONDE SE REALIZOU O SERVIÇO DE CONSTRUÇÃO - CONTRATO ÚNICO SEM DIVISÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS.

1. A competência para cobrança do ISS, sob a égide do DL 406/68 era o do local da prestação do serviço (art. 12), o que foi alterado pela LC 116/2003, quando passou a competência para o local da sede do prestador do serviço (art. 3º).

2. Em se tratando de construção civil, diferentemente, antes ou depois da lei complementar, o imposto é devido no local da construção (art.12, letra "b" do DL 406/68 e art.3º, da LC 116/2003).

3. Mesmo estabeleça o contrato diversas etapas da obra de construção, muitas das quais realizadas fora da obra e em município diverso, onde esteja a sede da prestadora, considera-se a obra como uma universalidade, sem divisão das etapas de execução para efeito de recolhimento do ISS.

4. Discussão de honorários advocatícios prejudicada em razão da inversão dos ônus da sucumbência.

5. Recurso Especial conhecido e provido.

6. Recurso especial decidido sob o rito do art. 543-C do CPC. Adoção das providências previstas no § 7º do art. 543-C do CPC e nos arts. 5º, II e 6º da Resolução STJ nº 8/2008. (REsp 1117121/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 29/10/2009, grifei).

Na análise detida dos autos, verifica-se que o fato gerador é a prestação de serviços de informática, ocorrido sob a égide da Lei Complementar 116/2003, que passou a competência para o local da sede do prestador do serviço, com exceções previstas nos incisos I a XXII do art. 3º do normativo federal em comento.

No caso, constata-se que tais serviços, desenvolvidos pela empresa, não figuram entre as exceções contidas no art. 3º da LC 116/2003, o que significa dizer que a eles seria aplicável a regra geral de competência territorial para a cobrança do ISS, ou seja, o imposto considera-se devido no local do estabelecimento do prestador.

Ademais, observa-se que a instância de origem decidiu a controvérsia com fundamento no suporte fático-probatório dos autos. Desse modo, verifica-se que a análise da controvérsia demanda reexame do contexto fático-probatório, o que é inviável no Superior Tribunal de Justiça, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial."

A decisão agravada consignou:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Caso exista nos autos prévia fixação de honorários de advogado pelas instâncias de origem, determino sua majoração, em desfavor da parte recorrente, no importe de 10% sobre o valor já arbitrado, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observados, se aplicáveis, os limites percentuais previstos nos §§ 2º e 3º do referido dispositivo legal, bem como eventual concessão da gratuidade da justiça.

Conforme se depreende do trecho acima transcrito os honorários foram majorados em âmbito recursal, na forma do art. 85, § 11, do CPC/2015.

O art. 85, § 11, do CPC/2015, ao prescrever que "O tribunal, ao julgar recurso, majorará os honorários fixados anteriormente levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal", estabeleceu uma condição para que ocorra a condenação em honorários recursais, que é justamente a condenação prévia pela instância inferior em honorários sucumbenciais.

A agravante sustena que, "No caso dos autos, foram os honorários alterados em sede de apelação, tendo sido fixados em 5% do valor da causa e, no julgamento do presente recurso, ainda onerados em mais 10% do valor originalmente arbitrado. Ora, trata-se da fixação de honorários em quase R\$ 1 milhão em valores atualizados, valor extremamente exorbitante".

A parte agravante alega apenas no Agravo Interno que a fixação dos honorários, que foram alterados na Apelação e majorados recursalmente pela decisão agravada, mostrou-se extremamente exorbitante.

A jurisprudência do STJ firmou-se no sentido de que ocorre a preclusão consumativa quando a matéria ventilada em Agravo Interno constitui inovação recursal concernente ao Recurso Especial.

Por tudo isso, **nego provimento ao Agravo Interno.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2019/0337270-7

AgInt no
AREsp 1.617.684 /
SP

Números Origem: 1007218-49.2013.8.26.0053 10072184920138260053

PAUTA: 01/09/2020

JULGADO: 01/09/2020

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARCOS BRANDÃO WHITAKER E OUTRO(S) - SP086999
AGRAVADO : UNISYS INFORMATICA LTDA
ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452
PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
LUIZ ANTONIO MONTEIRO JUNIOR - SP314843
TATIANA RING - SP344353
VICTOR THIAGO DANTAS DA SILVA - SP402243

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : MARCOS BRANDÃO WHITAKER E OUTRO(S) - SP086999
AGRAVADO : UNISYS INFORMATICA LTDA
ADVOGADOS : GABRIELA SILVA DE LEMOS - SP208452
PAULO CAMARGO TEDESCO - SP234916
LUIZ ANTONIO MONTEIRO JUNIOR - SP314843
TATIANA RING - SP344353
VICTOR THIAGO DANTAS DA SILVA - SP402243

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Francisco Falcão votaram com o Sr. Ministro Relator.