



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.284.803 - SP (2010/0043823-5)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
EMBARGANTE : CPM BRAXIS S/A
ADVOGADOS : ANDRÉ MACEDO DE OLIVEIRA
LÍGIA REGINI DA SILVEIRA
EMBARGADO : MUNICÍPIO DE COTIA
ADVOGADO : DANIELA LUÍSA NIESS BERRA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO RECEBIDOS COMO AGRAVO REGIMENTAL. *PRINCÍPIO DA FUNGIBILIDADE RECURSAL*. ART. 535 DO CPC. VÍCIO INEXISTENTE. ISSQN. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE INFORMÁTICA. ACÓRDÃO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E PROBATÓRIA. SÚMULAS 5 E 7/STJ. PRODUÇÃO DE PROVA. FACULDADE DO MAGISTRADO. REEXAME. MATÉRIA DE PROVA. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. SÚMULA 7/STJ.

1. Embargos de Declaração recebidos como Agravo Regimental. Aplicação do *princípio da fungibilidade recursal*.

2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

3. O Tribunal de origem ratificou a cobrança do ISS, pois "os contratos e aditivos anexados a partir de fls. 6.365 mostram que não havia simples locação. A empresa também se obrigava a instalar e cuidar da manutenção dos equipamentos de processamento de dados. As faturas anexadas a partir de fls. 6.202 revelam que a empresa emitia notas de prestação de serviços. Em cada guia de recolhimento do ISS disse textualmente ter prestado serviços de informática (fls. 6.301 e seguintes)".

4. Inverter essa conclusão de que havia prestação de serviço, e não simples locação de bens móveis, implica incursão no universo fático-probatório dos autos e interpretação de cláusulas do estatuto social, o que é inadmissível em Recurso Especial, nos termos das Súmulas 5 e 7 do STJ.

5. Decidir pela necessidade da produção de prova é faculdade do magistrado, a quem caberá examinar se há nos autos elementos suficientes para formar sua convicção.

6. Reavaliar a imprescindibilidade das provas em apreço a fim de verificar se há cerceamento de defesa também atrai o óbice da Súmula 7/STJ.

7. Em relação ao dissídio jurisprudencial, da mesma maneira, impossível se torna o confronto entre os paradigmas e o acórdão recorrido, uma vez que a comprovação do alegado dissenso reclama consideração sobre a situação fática própria de cada julgamento, o que é impossível realizar nesta via especial, consoante a Súmula 7/STJ.

8. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de fevereiro de 2012(data do julgamento).

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.284.803 - SP (2010/0043823-5) (f)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
EMBARGANTE : CPM BRAXIS S/A
ADVOGADOS : ANDRÉ MACEDO DE OLIVEIRA
LÍGIA REGINI DA SILVEIRA
EMBARGADO : MUNICÍPIO DE COTIA
ADVOGADO : DANIELA LUÍSA NIESS BERRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Embargos de Declaração opostos por CPM Braxis S/A contra decisão (fls. 376-379) que negou provimento ao Agravo de Instrumento no qual se pretendia a subida de seu Recurso Especial interposto contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (fl. 224):

ISS - Ação declaratória de inexigibilidade do tributo, cumulada com repetição de indébito, sob alegação de ter locado equipamentos, sem prestar serviços, no período não atingido pela prescrição. Provas insuficientes dessa alegação. Inexistência de revelia ou de terem se tornado incontroversos os fatos não contestados, por versar a ação sobre direitos indisponíveis (CPC, arts. 319, 320, II e 302) Ação improcedente. Recursos providos (oficial e voluntário).

Em monocrática, negou-se seguimento ao Recurso Especial em razão da ausência de violação do art. 535 do CPC e da aplicação da Súmula 7/STJ à hipótese em exame.

Nos aclaratórios, a embargante alega, em suma:

Com o devido respeito, o r. Decisório é contraditório, pois, apesar de afirmar que o órgão julgador deve enfrentar as questões relevantes e imprescindíveis para o devido julgamento da lide, concluiu que o v. acórdão *a quo* realizou a prestação jurisdicional de forma integral - o que não ocorreu no caso vertente (fl. 383).

Aduz ainda que "se o E. Tribunal *a quo* reputou essencial a prova pericial, deveria ter anulado a r. Sentença e determinado o retorno dos autos à origem para retomada da fase de instrução. E não ter julgado o mérito da ação com o decreto de sua



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

improcedência!"(fl. 384).

Afirma que a matéria em discussão é "estritamente jurídico-processual e não vinculada ao contexto fático-probatório" (fl. 388).

Defende que "a atividade de locação de bens móveis não é causa da incidência do ISS por ser mera obrigação de dar e, por isso, foi ilegal a cobrança do ISS sobre a locação de equipamentos feita pela Embargante aos seus clientes – locação comprovada pela farta documentação acostada aos autos e não negada nem mesmo pelo E. Tribunal *a quo*" (fl. 388).

Pleiteia, ao final, o acolhimentos dos Embargos de Declaração, com efeitos infringentes.

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.284.803 - SP (2010/0043823-5) (f)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 16.8.2011.

Tendo em vista os efeitos infringentes pretendidos pela parte, recebo os Embargos de Declaração como Agravo Regimental. Aplicação do *princípio da fungibilidade recursal*.

Não obstante os argumentos expendidos, o inconformismo da recorrente não merece guarida.

Conforme consignado no *decisum* agravado, não se configurou a ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que o Tribunal de origem julgou integralmente a lide e solucionou a controvérsia, tal como lhe foi apresentada. Não é o órgão julgador obrigado a rebater, um a um, todos os argumentos trazidos pelas partes em defesa da tese que apresentaram.

Deve apenas enfrentar a demanda, observando as questões relevantes e imprescindíveis à sua resolução. Nesse sentido: REsp 927.216/RS, Segunda Turma, Relatora Ministra Eliana Calmon, DJ de 13/8/2007; e REsp 855.073/SC, Primeira Turma, Relator Ministro Teori Albino Zavascki, DJ de 28/6/2007.

Na hipótese dos autos, a recorrente busca a reforma do aresto impugnado, sob o argumento de que o Tribunal local não se pronunciou sobre o tema ventilado no recurso de Embargos de Declaração.

Todavia, constata-se que o acórdão impugnado está bem fundamentado, inexistindo omissão ou contradição.

No mais, melhor sorte não assiste à empresa.

Quanto à alegada necessidade de produção de prova documental e pericial, a recorrente afirma que "se, na apreciação da apelação, o Tribunal *ad quem* entender que o julgamento da lide dependia da produção de provas não realizadas, deveria, necessariamente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

anular a sentença e determinar a complementação da instrução da causa" (fl. 387)

Todavia, o Tribunal assim se manifestou sobre a questão (fls. 166-167, e-STJ, grifei):

Não cuidou a autora de comprovar os fatos alegados, ou seja, que simplesmente alugava bens móveis, equipamentos, sem prestar serviços.

(...)

No caso, entretanto, o estatuto social exibido pela autora esclarece que a empresa tem por objeto:

a) - a industrialização, importação, exportação, locação, instalação e manutenção de máquinas, acessórios e programas para computadores - equipamentos de telecomunicações, automação bancária, digitalização, arquivamento e processamento de documentos e imagens, e de periféricos relativos aos produtos especificados;

b) - a prestação de serviços quanto a cursos de treinamento e assessoria na área de informática e telecomunicações;

c) - a representação comercial de pessoas físicas e jurídicas, domiciliadas no País e no Exterior;

d) - oferecimento e desenvolvimento de serviços de consultoria e negócios, organizações, processos e tecnologia da informação;

e) - o oferecimento, desenvolvimento e implementação de projetos de desenvolvimento, manutenção e reestruturação de sistemas;

f) - desenvolvimento e implementação de programas de capacitação e treinamento em negócios e tecnologia;

g) - desenvolvimento e implementação de projetos de integração em tecnologia da informação;

h) - a distribuição e comercialização de componentes e serviços de informática;

i) - a participação em outras sociedades comerciais ou civis no País e no Exterior, como sócio, cotista ou acionista;

j) - a prestação de assistência técnica a terceiros, bem como a comercialização de quaisquer produtos em geral, inclusive de produtos primários, semifaturados e manufaturados (...).

Os contratos e aditivos anexados a partir de fls. 6.365, mostram que não havia simples locação. A empresa também se obrigava a instalar e cuidar da manutenção dos equipamentos de processamento de dados.

As faturas anexadas a partir de fls. 6202 revelam que a empresa emitia notas de prestação de serviços.

Em cada guia de recolhimento do ISS disse textualmente ter prestado serviços de informática (fls. 6301 e seguintes).

(...)

Assim, a fls. 7.770 o magistrado determinou que as partes especificassem as provas que pretendiam produzir. O Município pediu a realização de prova pericial contábil com o propósito de verificar se a empresa apenas locava equipamentos ou se prestava serviços (fls. 7779). Foi deferida a realização da prova pericial e nomeado perito a fls. 7780. O expert estimou seus honorários (fls. 7786) e a empresa questionou a necessidade da perícia sob



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

alegação de inexistir controvérsia a respeito do fato de realizar outras atividades que não a de locação de bens móveis (fls. 7797). Disse, assim, que os fatos admitidos como incontroversos não dependiam de provas (CPC, art. 334, III). (...)

As guias de recolhimento mensal do imposto, anexadas a partir de fls. 630, esclarecem que os serviços prestados eram de informática. Não há provas, assim, de que apenas locasse bens móveis ou equipamentos (fls. 223-227).

O Tribunal de origem, ao analisar os documentos carreados nos autos e os elementos fáticos da demanda, entendeu que a recorrente prestava serviços de informática, e não apenas locava bens móveis e equipamentos, estando, portanto, sua atividade sujeita à incidência do Imposto sobre Serviço.

Inverter essa conclusão implica incursão no universo fático-probatório dos autos e interpretação de cláusulas do estatuto social, o que não se admite em Recurso Especial, pelo óbice contido nas Súmulas 5 e 7 do STJ.

A propósito:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISSQN. DECRETO-LEI 406/68. SOCIEDADES MULTIPROFISSIONAIS (PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTABILIDADE E DE INFORMÁTICA). ACÓRDÃO FUNDADO EM INTERPRETAÇÃO DE CLÁUSULA CONTRATUAL E PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ.

1. A sociedade civil somente faz jus ao benefício previsto no artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68 desde que preste serviço especializado, com responsabilidade pessoal e sem caráter empresarial (AG 458.005-PR, DJ de 04.08.2003, Rel. Min. Teori Zavascki; RESP 456.658-ES, DJ de 19.12.2003, Rel. Min. Franciulli Netto; RESP 334.554-ES, DJ de 11.03.2002, Rel. Min. Garcia Vieira).

2. O Juízo Singular, ao proceder à análise do contexto fático-probatório dos autos, consignou que: "Examinando concretamente o caso dos autos, verifica-se pela quarta alteração contratual da embargante (fls. 77/80 e 114117), vigente no ano de 1996, que seu objetivo social é o da prestação de serviços em dois campos profissionais nitidamente distintos: a contabilidade geral e a computação (cláusula décima), havendo profissionais responsáveis técnicos igualmente distintos (Cláusula Décima Primeira).

(...) Resulta, assim, que apenas parte da receita de prestação de serviços da embargante está sujeita ao ISS pelo preço do serviço: a receita dos serviços de computação. Os serviços de contabilidade ficam sujeitos à tributação por profissional habilitado na forma do § 1º, ou seja, por meio de 'alíquotas fixa ou variáveis', (...) 'não compreendida a importância paga a título de remuneração do próprio trabalho'.

(...) Do exposto, resulta que a Certidão que instrui a inicial da execução carece de liquidez e certeza por ser originada de um cálculo que fez



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

incidir a alíquota do imposto sobre a receita total da embargante." 3. Dessume-se, portanto, que restou assente, na instância ordinária, que a empresa não se caracteriza como sociedade empresarial, fazendo jus ao tratamento tributário previsto no § 3º, do artigo 9º, do Decreto-Lei 406/68, no que pertine aos serviços de contabilidade que realiza.

4. *Conseqüentemente, a insurgência especial implica no indispensável reexame de matéria fático-probatória, para aferir a natureza empresarial ou não da sociedade prestadora de serviço profissional elencado no artigo 9º, § 3º, do Decreto-Lei 406/68, o que é vedado nesta via, ante o óbice inserto na Súmula 7/STJ.*

5. Recurso especial não conhecido.

(REsp 855.483/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2008, DJe 11/09/2008, grifei).

Esclareço que a decisão pela necessidade ou não da produção de prova é faculdade do magistrado, a quem caberá avaliar se há nos autos elementos e provas suficientes para formar sua convicção.

Assim, reavaliar a imprescindibilidade das provas em apreço a fim de verificar se há cerceamento de defesa também atrai o óbice da Súmula 7 desta Corte, *in verbis*: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial".

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. CERCEAMENTO DE DEFESA. NECESSIDADE DE PRODUÇÃO DE PROVA. FACULDADE DO MAGISTRADO. INTERPRETAÇÃO DO ART. 331, § 2º, DO CPC. REVISÃO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. ACÓRDÃO RECORRIDO. FUNDAMENTOS INATACADOS. APLICAÇÃO DA SÚMULA 283/STF.

1. *A decisão pela necessidade, ou não, da produção de prova é uma faculdade do magistrado, a quem caberá avaliar se há nos autos elementos suficientes para formar sua convicção. Precedentes.*

2. *O Tribunal de origem, com base na acurada análise do conjunto probatório dos autos, registrou ser dispensável a produção de provas na espécie e, por consequência, não ter havido o cerceamento de defesa. Entendimento diverso enseja, necessariamente, o revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado, na via do recurso especial, ante o óbice estabelecido na Súmula 7/STJ, in verbis: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".*

(...)

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1333946/MS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/09/2011, DJe 13/10/2011, grifei).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Por fim, em relação ao dissídio jurisprudencial, da mesma maneira, impossível se torna o confronto entre os paradigmas e o acórdão recorrido, uma vez que a comprovação do alegado dissenso reclama consideração sobre a situação fática própria de cada julgamento, o que é impossível realizar nesta via especial, por força da Súmula 7 deste Tribunal Superior.

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

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2010/0043823-5

EDcl no
Ag 1.284.803 / SP

Números Origem: 1520120030208501 20030208501 99405017897050002

PAUTA: 02/02/2012

JULGADO: 02/02/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CPM BRAXIS S/A
ADVOGADOS : LÍGIA REGINI DA SILVEIRA
ANDRÉ MACEDO DE OLIVEIRA
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE COTIA
ADVOGADO : DANIELA LUÍSA NIESS BERRA E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Procedimentos Fiscais

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : CPM BRAXIS S/A
ADVOGADOS : LÍGIA REGINI DA SILVEIRA
ANDRÉ MACEDO DE OLIVEIRA
EMBARGADO : MUNICÍPIO DE COTIA
ADVOGADO : DANIELA LUÍSA NIESS BERRA E OUTRO(S)

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, recebeu os embargos de declaração como agravo regimental e negou-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha, Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.