



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 139.612 - MG
(2012/0015408-2)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
PROCURADOR : FLÁVIO COUTO BERNARDES E OUTRO(S)
AGRAVADO : ITATIAIA PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS LTDA
ADVOGADO : SILVÉRIO DIAS MACIEL

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. EXIGIBILIDADE. ART. 166 DO CTN. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, II, DO CPC.

1. No recurso especial, o efeito devolutivo quanto à profundidade é limitado pelo requisito do prequestionamento. Assim, somente as questões de direito debatidas na origem podem ser reapreciadas por esta Corte.

2. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.131.476/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou entendimento segundo o qual a pretensão repetitória de valores indevidamente recolhidos a título de ISS incidente sobre a locação de bens móveis, hipótese em que o tributo assume natureza indireta, reclama da parte autora a prova da não repercussão, ou, na hipótese de ter esta transferido o encargo a terceiro, de estar autorizada por este a recebê-los.

Agravo regimental improvido.

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 regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 03 de maio de 2012(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 139.612 - MG
(2012/0015408-2)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
PROCURADOR : FLÁVIO COUTO BERNARDES E OUTRO(S)
AGRAVADO : ITATIAIA PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS LTDA
ADVOGADO : SILVÉRIO DIAS MACIEL

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE em desfavor da decisão monocrática de minha relatoria que conheceu do agravo para dar provimento em menor extensão ao recurso especial, nos termos da seguinte ementa (e-STJ fl. 292):

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AUSÊNCIA DE VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL. SÚMULA VINCULANTE 31 DO STF. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. EXIGIBILIDADE. ART. 166 DO CTN. MATÉRIA SUBMETIDA AO RITO DOS RECURSOS REPETITIVOS. AGRAVO CONHECIDO PARA DAR PROVIMENTO AO RECURSO ESPECIAL EM MENOR EXTENSÃO."

Extrai-se dos autos que o recurso especial inadmitido foi interposto, com fundamento no art. 105, inciso III, alíneas "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, assim ementado (e-STJ fl. 219):

"TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISSQN. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. FALTA DE INTERESSE EM RECORRER E DESERÇÃO. OBRIGAÇÃO DE DAR, CEDER, E NÃO OBRIGAÇÃO DE FAZER. EXAÇÃO INDEVIDA. QUESTÃO PACIFICADA NOS TRIBUNAIS. SÚMULA VINCULANTE Nº 31. ÔNUS DO ENCARGO. ILEGITIMIDADE ATIVA. MATÉRIA FÁTICA E TESE JURÍDICA. REJEIÇÃO."

- Não se conhece de recurso de apelação que ataca sentença que julgou parcialmente procedente o pedido - na parte em que o acolheu - e na qual não se observa o ônus de recolhimento das custas recursais (art. 511, CPC).

- 'É inconstitucional a incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis'.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(Súmula Vinculante nº 31)."

Aduz o agravante que, "Como assentado na própria decisão ora agravada, o REsp 1.131.476/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art.543-c do CPC), determinou que a pretensão repetitória de valores indevidamente recolhidos a título do ISS sobre locação de bens móveis, 'reclama da parte autora a prova da não repercussão, ou, na hipótese de ter esta transferido o encargo a terceiro, de estar autorizada por este a recebê-los.' Daí porque das duas uma: (i) ou a autora no caso comprovou o não repasse financeiro ou autorização de terceiro capaz de viabilizar a restituição do indébito de ISS sobre locação de bens móveis, fazendo jus à devolução do ISS recolhido; (ii) ou se não houve tal comprovação, nos termos do decidido no REsp 1.131.476/RS, não há se falar em devolução dos valores recolhidos. E tal determinação da decisão agravada leva à inarredável conclusão de que houve efetivamente omissão da Corte de origem na efetiva análise da questão sob os termos do art.166 do CTN, na forma expressamente suplicada pela Municipalidade no seu recurso de apelação (...). Conclui-se, portanto, que o recurso municipal deveria ter sido provido na sua integralidade por indiscutível ofensa ao art.166 do CTN e art. 333 do CPC. " (e-STJ fls. 305/306).

Pugna para que, caso não seja reconsiderada a decisão agravada, submeta-se o presente agravo à apreciação da Turma.

Dispensada a oitiva da agravada.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 139.612 - MG
(2012/0015408-2)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. EXIGIBILIDADE. ART. 166 DO CTN. ÔNUS DA PROVA. ART. 333, II, DO CPC.

1. No recurso especial, o efeito devolutivo quanto à profundidade é limitado pelo requisito do prequestionamento. Assim, somente as questões de direito debatidas na origem podem ser reapreciadas por esta Corte.

2. A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.131.476/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou entendimento segundo o qual a pretensão repetitória de valores indevidamente recolhidos a título de ISS incidente sobre a locação de bens móveis, hipótese em que o tributo assume natureza indireta, reclama da parte autora a prova da não repercussão, ou, na hipótese de ter esta transferido o encargo a terceiro, de estar autorizada por este a recebê-los.

Agravo regimental improvido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HUMBERTO MARTINS (Relator):

Não merecem prosperar as alegações do agravante.

O art. 515, § 1º, do CPC confere à apelação o chamado efeito devolutivo em profundidade segundo o qual *"serão, porém, objeto de apreciação e julgamento pelo tribunal todas as questões suscitadas e discutidas no processo, ainda que a sentença não as tenha julgado por inteiro"*.

No entanto, no recurso especial tal efeito é limitado pelo requisito do prequestionamento. Assim, somente as questões de direito debatidas na origem podem



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

ser reapreciadas por esta Corte.

O caso dos autos trata de uma ação de repetição de indébito ajuizada pela ora recorrida requerendo a devolução dos valores pagos indevidamente a título de ISS sobre bens móveis.

O Tribunal de origem, ao analisar a questão, limitou-se a apreciar o art. 333, inciso II, do CPC referente ao ônus da prova, como demonstra o seguinte trecho (e-STJ fl. 226):

"Sim, porque a partir do momento que a apelada acosta aos autos as guias de f. 62/64, não se pode simplesmente, após toda a fase probatória, perquirir quem teria suportado o encargo do tributo.

Se não foi a parte que produziu a prova, cabia ao réu produzir a contraprova, nos termos do art. 333, II, do CPC, devendo-se considerar, outrossim, o fato do Município não ter comprovado que os documentos de f. 62/64 apenas representam o pagamento dos valores, sem que a parte tenha efetivamente suportado o ônus financeiro do tributo."

Assim, ao determinar que o ônus da prova caberia ao Município de Belo Horizonte, o Tribunal de Origem deixou de se manifestar acerca da suposta violação do art. 166 do CTN.

Desconstituída tal premissa por meio do acolhimento parcial do recurso especial, retornam-se os autos ao Tribunal de origem para manifestar acerca do art. 166 do CTN, ante a limitação desta Corte.

In casu, trata-se de duas questões distintas, quais sejam, a legitimidade da agravada para requer a repetição do indébito, e a quem cabe ônus da prova.

Quanto ao ônus da prova, o acórdão recorrido merece ser reformado, pois no caso dos autos o ISS assume característica de imposto indireto, cabendo ao contribuinte a comprovação do não repasse financeiro ou a autorização de terceiro.

A Primeira Seção desta Corte, no julgamento do REsp 1.131.476/RS, submetido ao rito dos recursos repetitivos (art. 543-C do CPC), consolidou entendimento segundo o qual, a pretensão repetitória de valores indevidamente recolhidos a título de ISS incidente sobre a locação de bens móveis, hipótese em que o tributo assume natureza indireta, reclama da parte autora a prova da não repercussão, ou, na hipótese de ter esta transferido o encargo a terceiro, de estar autorizada por este a recebê-los.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

A propósito, a ementa do referido julgado:

"TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ART.543-C, DO CPC. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO.PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. EXIGIBILIDADE, IN CASU. ART. 166 DO CTN.

1. O ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto.

2. A pretensão repetitória de valores indevidamente recolhidos a título de ISS incidente sobre a locação de bens móveis (cilindros, máquinas e equipamentos utilizados para acondicionamento dos gases vendidos), hipótese em que o tributo assume natureza indireta, reclama da parte autora a prova da não repercussão, ou, na hipótese de ter a mesma transferido o encargo a terceiro, de estar autorizada por este a recebê-los, o que não ocorreu in casu, consoante dessume-se do seguinte excerto da sentença, in verbis: 'Com efeito, embora pudesse o autor ter efetuado a prova necessária, que lhe foi facultada, deixou de demonstrar que absorveu o impacto financeiro decorrente do pagamento indevido do ISS sobre a operação de locação de móveis, ou que está autorizado a demandar em nome de quem o fez. Omitiu prova de que tenha deixado de repassar o encargo aos seus clientes ou que tenha autorização destes para buscar a repetição, conforme exigência expressa inscrita no art. 166 do CTN.'

3. Precedentes: REsp 1009518/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 21/08/2009; AgRg no AgRg no REsp 947.702/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 04/08/2009, DJe 17/08/2009; AgRg no REsp 1006862/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 26/08/2008, DJe 18/09/2008; REsp 989.634/PR, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/06/2008, DJe 10/11/2008; AgRg no REsp n.º 968.582/SC, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, DJU de 18/10/2007; AgRg no Ag n.º 692.583/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJU de 14/11/2005; REsp n.º 657.707/RJ, Rel. Min. JOSÉ DELGADO, DJU de 16/11/2004).

4. Recurso especial desprovido. Acórdão submetido ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/2008."

(REsp 1.131.476/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9.12.2009, DJe 1º.2.2010.)

O Tribunal de origem, ao analisar a matéria, entendeu de forma contrária, merecendo reforma o acórdão regional quanto a este ponto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Assim, cabe ao contribuinte o ônus da prova. Retornam-se os autos para apreciação quanto ao cumprimento pelo contribuinte das exigências do art. 166 do CTN.

Dessa forma, sem argumento capaz de modificar a decisão monocrática, mantenho-a em seus próprios e jurídicos fundamentos.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É como penso. É como voto.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0015408-2 **AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 139.612 / MG

Números Origem: 05813410420088130024 10024080581341 10024080581341002 201200154082 80581341

PAUTA: 03/05/2012

JULGADO: 03/05/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **ANTÔNIO AUGUSTO BRANDÃO DE ARAS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
PROCURADOR : FLÁVIO COUTO BERNARDES E OUTRO(S)
AGRAVADO : ITATIAIA PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS LTDA
ADVOGADO : SILVÉRIO DIAS MACIEL

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
PROCURADOR : FLÁVIO COUTO BERNARDES E OUTRO(S)
AGRAVADO : ITATIAIA PARTICIPAÇÕES E NEGÓCIOS LTDA
ADVOGADO : SILVÉRIO DIAS MACIEL

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 regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque e em bloco."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin (Presidente), Mauro Campbell Marques, Cesar Asfor Rocha e Castro Meira votaram com o Sr. Ministro Relator.