

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1709307 - SP (2016/0337611-5)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADORE : MARCOS BRANDÃO WHITAKER E OUTRO(S) -
S SP086999
FÁBIO WU - SP282807
AGRAVADO : EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E
TELEGRAFOS
ADVOGADO : MARIA ALICE DE OLIVEIRA RIBAS E OUTRO(S) -
SP246330

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ISS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PROVA DO REPASSE. ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

1. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem de que restou comprovado não ter havido o repasse do tributo ao contribuinte de fato, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.
2. O Tribunal *a quo* decidiu a controvérsia à luz de fundamentos prevalentemente constitucionais (imunidade tributária da ECT), matéria insuscetível de ser examinada em sede de recurso especial.
3. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 10 de agosto de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Sérgio Kukina
Relator

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.709.307 - SP (2016/0337611-5)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADORE : MARCOS BRANDÃO WHITAKER E OUTRO(S) - SP086999
S
FÁBIO WU - SP282807
AGRAVADO : EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
ADVOGADO : MARIA ALICE DE OLIVEIRA RIBAS E OUTRO(S) -
SP246330

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo interno manejado pelo **Município de São Paulo** desafiando decisão que não conheceu do apelo nobre, sob os argumentos de que: (I) para se chegar à conclusão pretendida pelo recorrente de que houve o repasse do tributo (ISS) ao contribuinte de fato, seria necessário revolver o quadro fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta instância superior, ante o óbice da Súmula 7/STJ; e (II) o Tribunal de origem decidiu a controvérsia à luz de fundamentos prevalentemente constitucionais (imunidade tributária da ECT), matéria insuscetível de ser examinada em sede de recurso especial.

O agravante, em suas razões, sustenta que: (i) *"Em relação ao fundamento constitucional (imunidade tributária da ECT), o Município informa que interpôs recurso extraordinário contra o v. acórdão, não podendo o fundamento constitucional utilizado pelo v. acórdão recorrido ser óbice ao conhecimento do recurso especial"* (fl. 937); e (ii) *"consoante restou demonstrado na peça de recurso especial, a questão controvertida não envolve o simples reexame de matéria fática, não sendo o caso de aplicação da Súmula nº 7/STJ"* (fl. 937), e que *"É fato incontroverso ter a Agravada realizado o recolhimento do ISS [...] Estabelecida essa premissa fática, o que se discute no recurso especial é a correta interpretação do artigo 166, do CTN, na medida em que a Agravante entende que o pagamento do tributo realizado pela Agravada não seria suficiente para preencher os requisitos previstos nesse artigo"* (fl. 937). Defende, ainda, que *"O recurso especial impugnou a violação ao artigo 166, do CTN cometida pelo v. acórdão recorrido, que contrariou o entendimento fixado por este C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial repetitivo nº 1.131.476"* (fl. 937).

Superior Tribunal de Justiça

Impugnação às fls. 943/955.

É O RELATÓRIO.

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.709.307 - SP (2016/0337611-5)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADORE : MARCOS BRANDÃO WHITAKER E OUTRO(S) - SP086999
S
FÁBIO WU - SP282807
AGRAVADO : EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
ADVOGADO : MARIA ALICE DE OLIVEIRA RIBAS E OUTRO(S) -
SP246330

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSO CIVIL. ISS. REPETIÇÃO DO INDÉBITO. PROVA DO REPASSE. ACÓRDÃO RECORRIDO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA 7/STJ. FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL.

1. A alteração das conclusões adotadas pela Corte de origem de que restou comprovado não ter havido o repasse do tributo ao contribuinte de fato, tal como colocada a questão nas razões recursais, demandaria, necessariamente, novo exame do acervo fático-probatório constante dos autos, providência vedada em recurso especial, conforme o óbice previsto na Súmula 7/STJ.

2. O Tribunal *a quo* decidiu a controvérsia à luz de fundamentos prevalentemente constitucionais (imunidade tributária da ECT), matéria insuscetível de ser examinada em sede de recurso especial.

3. Agravo interno não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

*Trata-se de recurso especial fundado no CPC/73, manejado pelo **Município de São Paulo**, com base no art. 105, III, a, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal Regional Federal da 3ª Região, assim ementado (fls. 796/797):*

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. ECT. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. IMUNIDADE TRIBUTÁRIA RECÍPROCA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS.

1. Conforme entendimento pacificado pelo E. Supremo Tribunal Federal "As empresas públicas prestadoras de serviço público distinguem-se das que exercem atividade econômica. A Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos é prestadora de serviço público de prestação obrigatória e exclusiva do Estado, motivo por que está abrangida pela imunidade tributária recíproca: C.F., art. 22, X; C.F., art. 150, VI, a. Precedentes do STF: RE 424.227/SC, 407.099/RS, 354.897/RS, 356.122/RS e 398.630/SP, Ministro Carlos Velloso, 2ª Turma." (RE 424.227/SC, Relator Ministro CARLOS VELLOSO, Segunda Turma, v.u., j. em 24/08/2004, DJ de 10/09/2004).

2. A autora carreou aos autos as competentes guias de recolhimento e demais planilhas - fls. 27 e ss., falecendo, à míngua de fundamento legal, a argumentação alinhada pela Municipalidade, acerca da ausência de comprovação de que não tenha repassado o referido encargo ao contribuinte de fato, nos termos do disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional (nesse exato conduto, REsp 1.036.406/RJ, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, decisão de 19/03/2014, DJe 26/03/2014, e AI 1.087.605/RJ, Relator Ministro LUIZ FUX, decisão de 04/05/2009, DJe 18/05/2009).

3. In casu, tratando-se de recolhimentos efetuados a contar de 18/07/2008 - não alcançados pelo lustro prescricional: ação ajuizada em 18/07/2013 -, aplica-se a taxa SELIC a partir do recolhimento indevido, compreendidos correção monetária e juros de mora, excluída a cumulação com quaisquer outros índices de correção e juros.

Superior Tribunal de Justiça

4. Honorários advocatícios fixados em 5% sobre o valor atribuído à causa, nos termos do artigo 20, § 4º, do CPC e seguindo entendimento da Turma julgadora.
5. Apelação da Empresa Brasileira de Correios e Telégrafos a que se dá parcial provimento.
6. Apelação da Prefeitura Municipal de São Paulo e remessa oficial a que se nega provimento.

Não foram opostos embargos declaratórios.

A parte recorrente aponta violação ao art. 166 do CTN. Sustenta, em resumo, que, "ao autorizar a repetição de indébito tributário com base na mera constatação de que foi o autor quem recolheu o ISS incidente sobre suas atividades, o v. acórdão recorrido acabou por contrariar o disposto no artigo 166 do CTN. [...] Portanto, a partir deste dispositivo legal, para que pudesse o Tribunal a quo reconhecer eventual direito da Autora à restituição do imposto deveria apurar se o contribuinte: a) deixou de transferir o encargo financeiro do tributo aos tomadores de seus serviços; ou b) tendo transferido o encargo a seus tomadores, deles obteve autorização expressa para pleitear a restituição. Contudo, ao julgar a controvérsia entre as partes, o v. acórdão recorrido, no lugar de identificar quem efetivamente assumiu o encargo do tributo (contribuinte de fato), limitou-se a apontar o responsável pelo recolhimento do imposto ao Município (contribuinte de direito). Como resultado desta equivocada solução, acabou por violar o disposto no artigo 166 do CTN" (fls. 807/808).

Contrarrazões apresentadas às fls. 832/844.

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

Registre-se, de logo, que o acórdão recorrido foi publicado na vigência do CPC/73; por isso, no exame dos pressupostos de admissibilidade do recurso, será observada a diretriz contida no Enunciado Administrativo n. 2/STJ, aprovado pelo Plenário do STJ na Sessão de 9 de março de 2016 (Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/73 - relativos a decisões publicadas até 17 de março de 2016 - devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, com as interpretações dadas, até então, pela jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça).

A irrisignação não merece prosperar.

A jurisprudência pacificada do Superior Tribunal de Justiça é no sentido de que "ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto" (**REsp 1.131.476/RS**, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/02/2010).

Assim, para se definir a natureza do tributo, é necessário examinar se a exação foi repassada para o valor cobrado pelos serviços prestados. Nesse sentido, o seguinte precedente da Primeira Turma do STJ:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS.

REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO QUE, NO CASO, TOMA A FEIÇÃO DE TRIBUTO INDIRETO. ART. 166 DO CTN. INCIDÊNCIA. VERIFICAÇÃO ACERCA DO NÃO REPASSE DA EXAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. O Imposto Sobre Serviço - ISS, consoante a jurisprudência desta Corte, pode assumir a natureza de tributo direto ou indireto (REsp 1.131.476/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 01/02/2010, submetido ao rito do art. 543-C do CPC), classificação essa que dependerá de análise, caso a caso, de existência de vinculação entre o valor auferido pelos serviços prestados e o tributo devido.

2. No caso concreto, conforme as premissas fáticas delineadas pelas instâncias ordinárias, o ISS tomou a feição de tributo indireto, já que seu recolhimento guarda relação com cada nota fiscal emitida, possibilitando, dessa forma, a transferência do encargo financeiro, razão por que a sua restituição exige a prova relativa à inexistência do repasse da exação, nos termos do art. 166 do CTN.

3. A revisão do entendimento adotado pelo acórdão recorrido de que o valor do imposto foi efetivamente considerado na formação do preço praticado pela recorrente exige o reexame do conjunto fático-probatório dos autos, o que é inviável no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ.

4. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp 396.796/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 30/10/2013)

Na hipótese ora em exame, a Corte de origem, ao examinar a questão, registrou o seguinte (fl. 793):

Acresça-se, a propósito, que a autora carrou aos autos as competentes guias de recolhimento e demais planilhas - fls. 27/31 -, falecendo, à míngua de fundamento legal, a argumentação alinhada pela Municipalidade, acerca da ausência de comprovação de que não tenha repassado o referido encargo ao contribuinte de fato, nos termos do disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional (nesse exato conduto, REsp 1.036.406/RJ, Relator Ministro SÉRGIO KUKINA, decisão de 19/03/2014, DJe 26/03/2014, e AI 1.087.605/RJ, Relator Ministro LUIZ FUX, decisão de 04/05/2009, DJe 18/05/2009).

Diante disso, para se chegar à conclusão pretendida pelo ora recorrente de que não houve o repasse do tributo ao contribuinte de fato, seria necessário revolver o quadro fático-probatório dos autos, o que é vedado nesta instância superior, ante o óbice da Súmula 7/STJ. Além disso, verifica-se que o Tribunal de origem decidiu a

Superior Tribunal de Justiça

controvérsia à luz de fundamentos prevalentemente constitucionais (imunidade tributária da ECT), matéria insuscetível de ser examinada em sede de recurso especial.

ANTE O EXPOSTO, não conheço do recurso especial.
Publique-se.

Não prospera a alegação da agravante de que o "acórdão recorrido [...] contrariou o entendimento fixado por este C. Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial repetitivo nº 1.131.476" (fl. 937).

Isso porque, como mesmo assinalado no *decisum* ora alvejado, no aludido recurso especial representativo da controvérsia, firmou-se posicionamento no sentido de que o "ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto" e que, para fins de repetição do indébito, na "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" (REsp 1.131.476/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010).

No caso, como anotado alhures, o Tribunal *a quo* pautou-se na linha do entendimento consolidado no STJ sobre o tema, tanto que aferiu a comprovação do repasse (ou não) ao contribuinte de fato.

Ocorre que, diferentemente do que almejado pela agravante, a Corte de origem, soberana na análise do acervo fático-probatório dos autos, registrou que "*a autora carrou aos autos as competentes guias de recolhimento e demais planilhas - fls. 27/31 -, falecendo, à míngua de fundamento legal, a argumentação alinhada pela Municipalidade, acerca da ausência de comprovação de que não tenha repassado o referido encargo ao contribuinte de fato*" (fl. 793).

Essa a porção do julgado inviável de se reformar na estreita sede especial, ante o óbice sumular 7/STJ.

Lado outro, o acórdão recorrido, de fato, decidiu a controvérsia à luz de fundamentos prevalentemente constitucionais (imunidade tributária da ECT) - cf fls. 792/793, matéria insuscetível de ser examinada em sede de recurso especial.

ANTE O EXPOSTO, nega-se provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no REsp 1.709.307 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2016/0337611-5

Número de Origem:

201361000126600 00126608320134036100 126608320134036100 2087844

Sessão Virtual de 04/08/2020 a 10/08/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADOR : MARCOS BRANDÃO WHITAKER E OUTRO(S) - SP086999

RECORRIDO : EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS

ADVOGADO : MARIA ALICE DE OLIVEIRA RIBAS E OUTRO(S) - SP246330

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ISS - IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

PROCURADORES : MARCOS BRANDÃO WHITAKER E OUTRO(S) - SP086999

FÁBIO WU - SP282807

AGRAVADO : EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS

ADVOGADO : MARIA ALICE DE OLIVEIRA RIBAS E OUTRO(S) - SP246330

TERMO

A Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Napoleão Nunes Maia Filho, Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Brasília, 10 de agosto de 2020

