



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 176.338 - SP (2012/0095902-3)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : SERVTECNICA AUTOMAÇÃO LTDA
ADVOGADO : LUIZ OTÁVIO PINHEIRO BITTENCOURT E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DÉBORA GRUBBA LOPES E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. TRIBUTO INDIRETO. ART. 166 DO CTN. AUSÊNCIA DE OMISSÃO.

1. A questão principal debatida no Recurso Especial diz respeito à incidência da regra relativa à legitimidade para pleitear repetição de indébito tributário (art. 166 do CTN), no tocante ao ISS.

2. Na decisão agravada, foi adotada a fundamentação do REsp 1.131.476/RS, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao regime do art. 543-C do CPC. A agravante reitera que o Tribunal de origem violou o art. 535, II, do CPC, por não ter examinado a natureza jurídica do ISS.

3. A análise do inteiro teor do acórdão recorrido revela que a jurisdição foi prestada de forma integral e motivada, motivo pelo qual não se constata quaisquer dos vícios previstos no art. 535 do CPC. O Tribunal *a quo* se manifestou expressamente no sentido de que, na hipótese dos autos, o ISS assume a feição de tributo indireto: "Portanto, tratando-se de tributo indireto, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional e das Súmulas 71 e 546 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a autora não tem direito à repetição postulada" (fl. 234).

4. A Primeira Seção do STJ definiu, sob o regime do art. 543-C do CPC, que o ISS é espécie tributária que, a depender do caso concreto, pode se caracterizar como tributo direto ou indireto (REsp 1.131.476/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, DJe 1.2.2010).

5. No caso dos autos, o fato gerador é a locação de bens móveis e se enquadra perfeitamente nessa orientação. Aplicável, portanto, a regra do art. 166 do CTN.

6. Agravo Regimental 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 regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Castro Meira.

Brasília, 13 de novembro de 2012(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 176.338 - SP (2012/0095902-3)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : SERVTECNICA AUTOMAÇÃO LTDA
ADVOGADO : LUIZ OTÁVIO PINHEIRO BITTENCOURT E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DÉBORA GRUBBA LOPES E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Regimental contra decisão que conheceu do Agravo para negar seguimento a Recurso Especial interposto contra acórdão assim ementado:

ACÇÃO DECLARATÓRIA C.C PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO E PRECEDIDA DE MEDIDA CAUTELAR – ISS – Locação de bens móveis – Máquinas e equipamentos para escritório – Atividades que não envolvem prestação de serviço – Tributação descabida – Repetição, porém, indevida – Súmulas 71 e 546 do E. STF – Sentença reformada em parte – Sucumbência partilhada – Apelo da municipalidade e recurso oficial parcialmente providos (fl. 228).

A questão principal diz respeito à incidência da regra relativa à legitimidade para pleitear a repetição do indébito tributário (art. 166 do CTN), no tocante ao ISS.

Na decisão agravada, foi aplicada a fundamentação do REsp 1.131.476/RS, Rel. Min. Luiz Fux, submetido ao regime do art. 543-C do CPC.

A agravante reitera que o Tribunal *a quo* violou o art. 535, II, do CPC, por não ter analisado a natureza jurídica do ISS.

Requer a reconsideração do *decisum* ou a submissão do feito à Turma (fls. 468-474).

É o **relatório**.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 176.338 - SP (2012/0095902-3)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 29.10.2012.

A irrisignação não merece acolhida.

Conforme assentado na decisão agravada, não há falar em omissão no acórdão recorrido, especialmente no que concerne à análise da natureza jurídica do ISS, como pressuposto para a conclusão acerca da incidência do art. 166 do CTN.

O Tribunal *a quo* se manifestou expressamente no sentido de que, na hipótese dos autos, o ISS assume a feição de tributo indireto:

"Portanto, tratando-se de tributo indireto, nos termos do art. 166 do Código Tributário Nacional e das Súmulas 71 e 546 do Egrégio Supremo Tribunal Federal, a autora não tem direito à repetição postulada" (fl. 234).

A análise do inteiro teor do acórdão recorrido revela que a jurisdição foi prestada de forma integral e motivada, motivo pelo qual não se constata a presença de quaisquer dos vícios previstos no art. 535 do CPC.

Acrescente-se que o art. 145, § 1º, da Constituição Federal – fundamento da alegada omissão – somente foi suscitado nos Embargos de Declaração, e não previamente nas contrarrazões de Apelação apresentadas pela agravante. Desse modo, não vislumbro a existência do dever de o Tribunal *a quo* se manifestar sobre tal dispositivo.

Reitero que não houve ofensa ao art. 166 do CTN, porquanto se encontra pacificado o entendimento de que o ISS é espécie tributária que, a depender do caso concreto, pode se caracterizar como tributo direto ou indireto:

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.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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 deduz-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 1131476/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 01/02/2010).

Nesse precedente, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, a Primeira Seção do STJ assentou que, na hipótese de incidência do ISS sobre locação de bens móveis, o tributo possui natureza indireta, atraindo a aplicação do art. 166 do CTN.

Tal conclusão decorre do entendimento de que, nos casos em que a base de cálculo do tributo é o preço do serviço, a exação assume feição indireta, permitindo transferir o ônus financeiro ao contribuinte de fato (EResp 873.616/PR, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 1º/2/2011).

No caso dos autos, o fato gerador é a locação de bens móveis e se enquadra perfeitamente nessa orientação. Aplicável, portanto, a regra do art. 166 do CTN.

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

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2012/0095902-3

AgRg no
AREsp 176.338 / SP

Números Origem: 13423115 1560053020261864 1648053020261864 261862002 53020247632 53020261864
8331935700 8331935901 92471185420088260000 994081440726

PAUTA: 13/11/2012

JULGADO: 13/11/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. ELIZETA MARIA DE PAIVA RAMOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : SERVTECNICA AUTOMAÇÃO LTDA
ADVOGADO : LUIZ OTÁVIO PINHEIRO BITTENCOURT E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DÉBORA GRUBBA LOPES E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SERVTECNICA AUTOMAÇÃO LTDA
ADVOGADO : LUIZ OTÁVIO PINHEIRO BITTENCOURT E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
PROCURADOR : DÉBORA GRUBBA LOPES 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, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a), sem destaque e em bloco."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Diva Malerbi (Desembargadora convocada TRF 3a. Região) e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Castro Meira.