



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 740.952 - RJ
(2015/0165252-8)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : HERALDO MOTTA PACCA E OUTRO(S)
AGRAVADO : BALASSIANO ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : THIAGO ABREU DOS SANTOS TOURINHO E OUTRO(S)

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ISS. INCORPORAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. ANÁLISE DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. ARTS. VIOLADOS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. SUPORTE FÁTICO DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não houve violação do art. 535, do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão recorrida, o que se pode constatar pela simples leitura do acórdão de origem que decidiu pela inexistência da hipótese de incidência do ISS.

2. Quanto à apontada violação do Código Tributário Municipal da Cidade do Rio de Janeiro (Lei Municipal 691/84), apesar de o agravante aduzir, não a apontou. Verifica que as razões do recurso especial se escoram na referida legislação local e, como cediço, a alegação de violação de lei municipal não desafia recurso especial. Incidência analógica da Súmula 280/STF que diz: "*Por ofensa a direito local, não cabe recurso extraordinário.*"

3. Por fim, ficou também decidido que os arts. 6º da Lei Complementar 116/2003 e 128 do CTN não foram objeto de debate pelo Tribunal *a quo*, que decidiu a causa em fundamentos calcados no suporte fático-probatório dos autos. Logo, não foi cumprido o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal do recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidindo, assim, a Súmula 211 do STJ. Precedentes.

4. Esclareça-se, por fim, que não configura contradição afirmar a falta de prequestionamento e afastar indicação de afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante, pois a tal não está obrigado.

Agravo regimental improvido.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

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)." Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes (Presidente), Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 15 de setembro de 2015(Data do Julgamento)

MINISTRO HUMBERTO MARTINS
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 740.952 - RJ
(2015/0165252-8)**

RELATOR : MINISTRO HUMBERTO MARTINS
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : HERALDO MOTTA PACCA E OUTRO(S)
AGRAVADO : BALASSIANO ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : THIAGO ABREU DOS SANTOS TOURINHO E OUTRO(S)

RELATÓRIO

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

Cuida-se de agravo regimental interposto pelo MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO contra decisão monocrática que negou provimento ao seu agravo em recurso especial nos termos da seguinte ementa (fl. 451, e-STJ):

"TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ISS. INCORPORAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. ANÁLISE DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. ARTS. VIOLADOS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. SUPORTE FÁTICO DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO".

Extrai-se dos autos que o recurso especial foi interposto, com fundamento no art. 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro assim ementado (fl. 336, e-STJ):

"DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. INCORPORAÇÃO DE IMÓVEIS. PARCELAMENTO. INTERESSE DE AGIR.

- A existência de parcelamento do crédito tributário sob discussão não retira da parte o interesse de agir, pois ainda que ele traga a rebote uma confissão de dívida, tal circunstância não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no tocante aos seus aspectos jurídicos e não fáticos, uma vez que esta decorre de lei. Recurso Repetitivo. Aplicação do 543-C do CPC.

- Promessa de cessão que não é instrumento para transferência de propriedade, motivo pelo qual esta permaneceu sob a titularidade da incorporadora até a efetivação da Escritura de Compra e Venda.

- Nesse contexto, incabível a tributação de ISS quando a construção se dá por incorporação direta em imóvel próprio. Precedentes do STJ.

APELAÇÃO A QUE SE DÁ PROVIMENTO".



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

No presente regimental, alega o agravante que seu recurso não esbarra no óbice da Súmula 280/STF, porquanto *"a menção ao art. 14 desse Codex deu-se apenas em caráter ilustrativo, para demonstrar que, em conformidade como disposto no art. 128, do CTN, na legislação municipal, há a norma desse art. 14, a permitir a responsabilidade do dono da obra ou do proprietário do imóvel, pelo recolhimento do ISS devido pelos subempreiteiros"* (fl. 467, e-STJ).

Aduz também que houve violação sim do art. 535 do CPC, pois o tribunal *a quo* deixou de *"manifestar-se sobre a incidência do art. 6º da Lei Complementar 116/2003"* (fl. 467, e-STJ).

Reitera, no mais, as razões do recurso especial.

Pugna pelo provimento do seu recurso, a fim de que o apelo especial seja apreciado e provido.

Dispensada a oitiva da agravada.

É, no essencial, o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgRg no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 740.952 - RJ
(2015/0165252-8)**

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INEXISTÊNCIA. ISS. INCORPORAÇÃO. NÃO OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. ANÁLISE DE LEI LOCAL. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 280/STF. ARTS. VIOLADOS. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. SUPORTE FÁTICO DOS AUTOS. REVISÃO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ.

1. Não houve violação do art. 535, do CPC, porquanto a prestação jurisdicional foi dada na medida da pretensão recorrida, o que se pode constatar pela simples leitura do acórdão de origem que decidiu pela inexistência da hipótese de incidência do ISS.

2. Quanto à apontada violação do Código Tributário Municipal da Cidade do Rio de Janeiro (Lei Municipal 691/84), apesar de o agravante aduzir, não a apontou. Verifica que as razões do recurso especial se escoram na referida legislação local e, como cediço, a alegação de violação de lei municipal não desafia recurso especial. Incidência analógica da Súmula 280/STF que diz: "*Por ofensa a direito local, não cabe recurso extraordinário.*"

3. Por fim, ficou também decidido que os arts. 6º da Lei Complementar 116/2003 e 128 do CTN não foram objeto de debate pelo Tribunal *a quo*, que decidiu a causa em fundamentos calcados no suporte fático-probatório dos autos. Logo, não foi cumprido o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal do recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidindo, assim, a Súmula 211 do STJ. Precedentes.

4. Esclareça-se, por fim, que não configura contradição afirmar a falta de prequestionamento e afastar indicação de afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante, pois a tal não está obrigado.

Agravo regimental improvido.

VOTO

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



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Em que pese o esforço contido nas razões de agravo regimental, não prospera a pretensão recursal de reforma da decisão prolatada.

Conforme consignado na análise monocrática, no recurso especial, o recorrente aduz que o Tribunal de origem não se manifestou sobre a falta de credibilidade da *"assertiva desenvolvida pela autora de ter construído para si própria, fazendo necessário o retorno dos autos ao Tribunal a quo para que enfrente esse questão jurídica ou, no mérito, o provimento do presente."* Também aduz que a Corte de origem foi omissa quanto à questão da preclusão lógica *"uma vez que, em momento algum, a Autora questionou a validade do parcelamento por ela celebrado com o este Município, reconhecendo a legitimidade desse mesmo crédito tributário"* (fl. 378, e-STJ).

Ocorre que o Tribunal de origem, ao contrário do alegado, se manifestou, tanto no julgamento da apelação, quanto no julgamento dos embargos, sobre os dois pontos que o recorrente considera omissos.

Senão, vejamos excerto do acórdão que julgou a apelação (fls. 339/340, e-STJ):

"(...) Impõe-se, de início, refutar a arguição de impossibilidade jurídica do pedido, ao fundamento de preclusão lógica, pois ainda que o pedido de parcelamento traga a rebote uma confissão de dívida, tal circunstância não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no tocante aos seus aspectos jurídicos, uma vez que esta decorre de lei.

E essa é a hipótese dos autos, onde se discute a ocorrência do fato gerador definido em lei.

Assim, incide sobre a hipótese dos autos o julgado proferido, em sede de recurso repetitivo, no REsp n. 1.133.027/SP, relator p/ acórdão Min.

Mauro Campbell, onde se assentou entendimento no sentido de que 'a confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos. Quanto aos aspectos fáticos sobre os quais incide a norma tributária, a regra é que não se pode rever judicialmente a confissão da dívida efetuada com o escopo de obter parcelamento de débitos tributários. No entanto, como na situação presente, a matéria de fato constante de confissão de dívida pode ser invalidada quando ocorre defeito causador de nulidade do ato jurídico (v.g. erro, dolo, simulação e fraude)'.

No tocante ao mérito, vê-se que a Nota de Lançamento que deu azo à cobrança do ISS, índice 58, refere-se ao período de 18/07/2003 a 05/07/2005.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Alega o apelado, no entanto, que durante esse lapso temporal a apelante celebrou promessa de cessão posteriormente convertida em compra e venda para terceiro, motivo pelo qual entende ser devido o ISS.

Contudo, o que há nos autos é a cópia da Escritura Pública de Compra e Venda de fls. 89 e seguintes (índice 93), celebrada em 02/08/2005, por intermédio da qual a apelante transfere a propriedade para o Banco Opportunity S.A.

Houve, de fato, uma cessão prévia, retificada na aludida escritura para constar a Compra e Venda.

Ocorre, porém, que promessa de cessão não constitui instrumento hábil para transferência de propriedade.

Nesse contexto, até 02/08/2005 a apelante ainda detinha propriedade do imóvel sobre o qual realizou edificação.

Conclui-se, portanto, que a construção foi realizada em imóvel próprio e, como bem ressaltado na sentença recorrida, '... o Superior Tribunal de Justiça já asseverou que não é cabível a incidência do ISS sobre incorporação direta em imóvel próprio. No Recurso Especial nº 922.956, que teve como relator o Ministro Teori Albino Zavascki, julgado em 22/06/2010, a 1ª Turma do STJ afastou a cobrança do ISS na incorporação imobiliária direta: quando a incorporação e a construção são feitas pela mesma pessoa, em imóvel do próprio. O STJ reconheceu que não há nenhuma prestação de serviço.' "

Vê-se, assim, que omissão não houve. Ocorre, na verdade, que a questão não foi decidida conforme objetivava o recorrente, uma vez que foi aplicado entendimento diverso.

Ressalte-se, ainda, que cabe ao magistrado decidir a questão de acordo com o seu livre convencimento, utilizando-se dos fatos, provas, jurisprudência, aspectos pertinentes ao tema e da legislação que entender aplicável ao caso concreto, o que ocorreu no caso vertente.

Nessa linha de raciocínio, o disposto no art. 131 do Código de Processo Civil:

"Art. 131. O juiz apreciará livremente a prova, atendendo aos fatos e circunstâncias constantes dos autos, ainda que não alegados pelas partes; mas deverá indicar, na sentença, os motivos que lhe formaram o convencimento".

Quanto à aponta violação do Código Tributário Municipal da Cidade do Rio de Janeiro (Lei Municipal 691/84), apesar de o agravante aduzir, não a apontou.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Verifica que as razões do recurso especial se escoram na referida legislação local e, como cediço, a alegação de violação de lei municipal não desafia recurso especial.

Incidência analógica da Súmula 280/STF que diz que, *"por ofensa a direito local, não cabe recurso extraordinário"*.

Por fim, ficou também decidido que os arts. 6º da Lei Complementar 116/2003 e 128 do CTN não foram objeto de debate pelo Tribunal *a quo*, que decidiu a causa em fundamentos calcados no suporte fático-probatório dos autos.

Logo, não foi cumprido o indispensável exame da questão pela decisão atacada, apto a viabilizar a pretensão recursal do recorrente, a despeito da oposição dos embargos de declaração. Incidindo, assim, a Súmula 211 do STJ, que dispõe: *"Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo"*.

Oportuno consignar que esta Corte não considera suficiente, para fins de prequestionamento, que a matéria tenha sido suscitada pelas partes, mas sim que a respeito tenha havido debate no acórdão recorrido.

Esclareça-se, por fim, que não configura contradição afirmar a falta de prequestionamento e afastar indicação de afronta ao art. 535 do Código de Processo Civil, uma vez que é perfeitamente possível o julgado se encontrar devidamente fundamentado sem, no entanto, ter decidido a causa à luz dos preceitos jurídicos desejados pela postulante, pois a tal não está obrigado.

Nesse sentido, os recentes julgados:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC. NÃO OCORRÊNCIA. TERMO A QUO DO PRAZO DE 30 (TRINTA) DIAS NO QUAL O CONTRIBUINTE FICA ISENTO DA MULTA DE OFÍCIO NA FORMA DO § 2º DO ART. 63 DA LEI N. 9.430/96. PUBLICAÇÃO DA DECISÃO QUE REVOGA A LIMINAR PARA CONSIDERAR DEVIDO O TRIBUTO, INDEPENDENTEMENTE DA OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. EFICÁCIA IMEDIATA E EX TUNC DA REVOGAÇÃO DA LIMINAR. PRECEDENTE.

1. Primeiramente, cumpre afastar a alegada ofensa ao art. 535 do CPC, eis que o Tribunal de origem se manifestou de forma clara e fundamentada sobre as questões postas à sua apreciação, ainda que de forma contrária à pretensão da ora recorrente, não havendo que se falar em omissão. É cediço que o julgador não precisa enfrentar, um a um, os argumentos das partes, desde que a fundamentação do decisor seja suficiente para por fim à lide, tal qual ocorreu na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

hipótese em tela. Por outro lado, para que ocorra o prequestionamento de dispositivo de lei federal não é necessária a sua manifestação expressa no acórdão recorrido, desde que o tema nele inscrito tenha sido debatido no julgado.

(...)

6. Recurso especial parcialmente provido para considerar devida a multa de ofício na hipótese."

(REsp 1.239.589/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 14/4/2011, DJe 28/4/2011.)

"AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. SERVIDOR PÚBLICO. REAJUSTE DE 28,86%. ARTIGOS 535 E 458 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL. OMISSÃO E AUSÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. INOCORRÊNCIA. LIMITAÇÃO. MEDIDA PROVISÓRIA Nº 2.131/2000.

1. Decididas efetiva e inequivocamente as questões suscitadas, não há falar em violação do artigo 535 do Código de Processo Civil, à ausência de omissão, contradição ou obscuridade a ser suprida ou dirimida, eis que os embargos de declaração não se destinam ao prequestionamento explícito.

(...)

4. Agravo regimental improvido."

(AgRg no Ag 1.364.663/RS, Rel. Ministro HAMILTON CARVALHIDO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 12/4/2011, DJe 26/4/2011.)

"PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. OMISSÃO. INEXISTÊNCIA. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 282/STF.

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

2. Não se conhece de Recurso Especial quanto a matéria não especificamente enfrentada pelo Tribunal de origem, dada a ausência de prequestionamento. Incidência, por analogia, da Súmula 282/STF.

3. Inexiste contradição em afastar a alegada violação do art. 535 do CPC e, ao mesmo tempo, não conhecer do mérito da demanda por ausência de prequestionamento, desde que o acórdão recorrido esteja adequadamente fundamentado.

4. Embargos de Declaração rejeitados."

(EDcl no AgRg no Ag 1.345.585/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 7/4/2011, DJe 25/4/2011.)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO OU OBSCURIDADE NÃO EXISTENTES. PRETENSÃO DE REJULGAMENTO. DESCABIMENTO.

1. Nos termos do art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos de declaração destinam-se apenas a suprir omissão, a afastar obscuridade, a eliminar contradição ou a sanar erro material existente no julgado e, excepcionalmente, a atribuir-lhe efeitos infringentes quando algum desses vícios for reconhecido, hipóteses que não se verificam na espécie.

2. Pretende a parte embargante, sob a alegação de que há omissão e contradição na decisão embargada, o rejulgamento da causa, o que não se afigura possível.

3. O reconhecimento da ausência de violação ao art. 535, inciso II, do CPC concomitantemente à aplicação da Súmula 211/STJ não configura contradição, porquanto decorre da inaplicabilidade, nesta Corte, do chamado prequestionamento ficto. Precedentes.

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO DESACOLHIDOS."

(EDcl no AgRg no REsp 685.267/MG, Rel. Ministro PAULO DE TARSO SANSEVERINO, TERCEIRA TURMA, julgado em 1/3/2011, DJe 16/3/2011.)

Ante o exposto, não tendo a agravante trazido argumento capaz de infirmar a decisão agravada, 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: 2015/0165252-8

AgRg no
AREsp 740.952 / RJ

Números Origem: 02042670920128190001 201524557658 5022892171242

PAUTA: 15/09/2015

JULGADO: 15/09/2015

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro OG FERNANDES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. NICOLAO DINO DE CASTRO E COSTA NETO

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : HERALDO MOTTA PACCA E OUTRO(S)
AGRAVADO : BALASSIANO ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : THIAGO ABREU DOS SANTOS TOURINHO E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : HERALDO MOTTA PACCA E OUTRO(S)
AGRAVADO : BALASSIANO ENGENHARIA LTDA
ADVOGADO : THIAGO ABREU DOS SANTOS TOURINHO 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)."

Os Srs. Ministros Herman Benjamin, Og Fernandes (Presidente), Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.