



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.434.438 - ES (2013/0350475-2)

RELATOR : **MINISTRO OG FERNANDES**
RECORRENTE : MUNICÍPIO DE VITÓRIA
PROCURADOR : SANDRO VIEIRA DE MORAES E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRANS-OVERSEAS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : ANDREZA VETTORE SARETTA E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA COMBINADO COM A REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PEDIDO PROCEDENTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO FINANCEIRO (ART. 166 DO CTN). QUESTÃO NÃO ENFRENTADA NA ORIGEM. OFENSA AO ART. 535 DO CPC. ACOLHIMENTO.

1. Nos tributos indiretos, quando há transferência do encargo financeiro, o pleito de restituição exige a prova relativa à inexistência do repasse da exação, nos termos do art. 166 do CTN.
2. Ademais, "não se pode relegar à liquidação a referida prova, já que diz respeito a fato à legitimidade da parte e à própria procedência do pedido formulado na demanda, temas que, portanto, devem necessariamente ficar exauridos na fase cognitiva" (AgRg no REsp 1028031/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18/9/2012, DJe 25/9/2012).
3. O Tribunal de origem, embora instado, não se manifestou de forma fundamentada sobre a questão alegada.
4. A fundamentação, para ser idônea, não pode partir de afirmações desacompanhadas de provas, mormente quando a parte aponta expressamente documento que indicaria conclusão contrária.
5. Em casos tais, é imprescindível que o órgão judiciário esclareça os motivos pelos quais a prova não pode ser aceita, sob pena do livre convencimento não ser motivado.
6. Recurso especial 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, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator. Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques (Presidente), Assusete Magalhães, Humberto Martins e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator. Brasília, 25 de fevereiro de 2014(Data do Julgamento).

Ministro Mauro Campbell Marques
Presidente



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Ministro Og Fernandes
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.434.438 - ES (2013/0350475-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Trata-se de recurso especial interposto pelo Município de Vitória contra acórdão oriundo do Tribunal de Justiça do Espírito Santo assim ementado:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. NULIDADE DA SENTENÇA. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOCORRÊNCIA. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INDEFERIMENTO. LIVRE CONVENCIMENTO MOTIVADO. REPETIÇÃO INDÉBITO. PRESCRIÇÃO. PRAZO DECENAL. ISSQN. TAXATIVIDADE DA LISTA DE SERVIÇOS. SERVIÇOS DE AGENCIAMENTO MARÍTIMO. PERÍODO ANTERIOR À VIGÊNCIA DA LC 116/03. ILEGALIDADE DA EXIGÊNCIA.

1. A necessidade de produção de provas está submetida ao princípio do livre convencimento do juiz. Precedente do STJ.

2. O pedido de restituição do indébito tributário relativo aos pagamentos efetuados em momento anterior à vigência da Lei Complementar nº 118/05, submete a contagem da prescrição à sistemática pretérita, computando-se o prazo de 10 (dez) anos a partir do fato imponible (tese dos "cinco mais cinco"). Precedentes do STJ. 3. A lista de serviços anexa ao DL 406/68, alterada pelo DL 834/69 e pela LC 56/87 é taxativa e não admite interpretação extensiva ou análoga, estando excluídas as hipóteses de incidência não elencadas no texto legal. Precedentes do STF.

4. A cobrança de ISSQN sobre as atividades de empresas que exercem funções de agenciamento marítimo é indevida no período anterior à vigência da LC nº 116/03 quando, então, a hipótese de incidência restou expressamente prevista na lista de serviços. Precedentes do STJ.

Os embargos de declaração opostos na sequência foram rejeitados.

Com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional, o recorrente indica ofensa ao art. 535 do Código de Processo Civil, ao argumento de que o Tribunal se recusou a sanar questão essencial ligada à própria procedência do pedido.

Nesse passo, sustenta que "o v. Acórdão de Embargos de Declaração não enfrenta a alegação do Município de Vitória de que o laudo pericial, em realidade, não tratou da questão atinente ao repasse do ônus financeiro do imposto aos clientes, assim como não apreciou os documentos indicados nos embargos (notas fiscais) que demonstram cabalmente que o referido imposto foi sim repassado aos clientes da



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

recorrida" (e-STJ, fl. 351).

Requer seja anulado o acórdão dos aclaratórios proferido pela Segunda Câmara Cível.

Contrarrazões apresentadas às e-STJ, fls. 358/375.

A decisão de e-STJ, fl. 464 reconheceu a impropriedade do julgamento monocrático e determinou a conversão dos autos em recurso especial.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

RECURSO ESPECIAL Nº 1.434.438 - ES (2013/0350475-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO OG FERNANDES (Relator): Desde a apelação (a sentença declarou a inexistência de relação jurídico-tributária sobre o recolhimento de ISS, com determinação de repetição de indébito), o Município de Vitória busca a manifestação do Tribunal *a quo* sobre a ausência de repasse pela sociedade empresária do encargo financeiro a que alude o art. 166 do CTN.

Julgado o apelo, o acórdão apenas esclareceu que "as notas fiscais apresentadas pela Autora demonstram o efeito recolhimento de ISSQN sobre os serviços de agenciamento marítimo prestados pela empresa, no período em questão, o que autoriza a determinação de repetição de indébito" (e-STJ, fl. 320).

Nos embargos opostos, o ente público voltou a repisar que "a questão atinente ao encargo financeiro do imposto não foi objeto de prova pericial" e que "existem documentos fiscais nos autos que demonstram o repasse do imposto ao cliente" (e-STJ, fls. 324/325).

Entretanto, os embargos foram rejeitados, ao fundamento de que "eventual discussão acerca do *quantum debeatur* deverá ser aferida na fase de cumprimento de sentença" (e-STJ, fl. 342).

Assiste razão ao recorrente.

Nos tributos indiretos, quando há transferência do encargo financeiro, o pleito de restituição exige a prova relativa à inexistência do repasse da exação, nos termos do art. 166 do CTN.

Ademais, "não se pode relegar à liquidação a referida prova, já que diz respeito a fato à legitimidade da parte e à própria procedência do pedido formulado na demanda, temas que, portanto, devem necessariamente ficar exauridos na fase cognitiva" (AgRg no REsp 1028031/RJ, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 18/9/2012, DJe 25/9/2012).

O Tribunal de origem, embora instado, não se manifestou de forma fundamentada sobre a questão alegada.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Realmente, a fundamentação, para ser idônea, não pode partir de afirmações desacompanhadas de provas, mormente quando a parte aponta expressamente documento que indicaria conclusão contrária.

Em casos tais, é imprescindível que o órgão judiciário esclareça os motivos pelos quais a prova não pode ser aceita, sob pena do livre convencimento não ser motivado.

Deficiente a prestação jurisdicional sobre questão relevante ao deslinde da controvérsia, os autos devem retornar à origem para complementação do julgado.

Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ISS - AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO - APRECIÇÃO APENAS DA LEGITIMIDADE PARA A AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO - OMISSÃO - NULIDADE - - REPERCUSSÃO JURÍDICA DO TRIBUTO - INEXISTÊNCIA - LEGITIMIDADE DO CONTRIBUINTE DE DIREITO.

1. É omissa o acórdão que deixa de se pronunciar sobre questão jurídica relevante, a exemplo da legitimidade ativa da recorrente para a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária.

2. O ISS pode ser classificado como tributo sujeito à imposição direta ou indireta a depender das circunstâncias fáticas.

Precedentes.

3. Na hipótese, restou comprovado por prova pericial a ausência de destaque do tributo na nota fiscal da prestação de serviço, de modo que se afasta a restrição contida no art. 166 do CTN quando o prestador não repassou o tributo no preço do serviço, assumindo o seu encargo financeiro.

4. Recurso especial provido para anular o acórdão dos embargos de declaração, e determinar à Corte de origem que aprecie a pretensão declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária.

(REsp 1009518/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 6/8/2009, DJe 21/8/2009)

Ante o exposto, dou provimento ao recurso especial para anular o acórdão dos embargos de declaração e determinar que outro seja proferido, sanando fundamentadamente a omissão apontada.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2013/0350475-2 **PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.434.438 / ES**

Números Origem: 00170575820038080024 024030170575 02403017057520130080 24030170575

PAUTA: 25/02/2014

JULGADO: 25/02/2014

Relator

Exmo. Sr. Ministro **OG FERNANDES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. CARLOS EDUARDO DE OLIVEIRA VASCONCELOS

Secretária

Bela. VALÉRIA ALVIM DUSI

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE VITÓRIA
PROCURADOR : SANDRO VIEIRA DE MORAES E OUTRO(S)
RECORRIDO : TRANS-OVERSEAS DO BRASIL LTDA
ADVOGADO : ANDREZA VETTORE SARETTA E OUTRO(S)

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

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, deu provimento ao recurso, nos termos do voto do(a) Sr(a). Ministro(a)-Relator(a)."

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