



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.028.031 - RJ (2007/0189704-4)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
AGRAVANTE : **A ALUGAMÁQUINAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA**
ADVOGADOS : **ALEXANDRE MIRANDA LIMA E OUTRO(S)**
ENOS DA SILVA ALVES E OUTRO(S)
RENATO SODERO UNGARETTI E OUTRO(S)
RIVADAVIA ALBERNAZ NETO E OUTRO(S)
AGRAVADO : **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **ANA MARIA DA SILVA BRITO E OUTRO(S)**

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONTRIBUINTE DE DIREITO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ENCARGO FINANCEIRO. CTN, ART. 166. NÃO COMPROVAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES.

1. Na ação de repetição de indébito, em se tratando de tributos indiretos, é indispensável a comprovação do não-repasse do encargo financeiro ao consumidor final (REsp 1131476, Min Luiz Fux, DJe 01.02.10, julgado pela 1ª Seção como representativo da controvérsia). 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 (REsp 969.472, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.10.07).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, decide a Egrégia PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.

Brasília, 18 de setembro de 2012

MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.028.031 - RJ (2007/0189704-4)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
AGRAVANTE : **A ALUGAMÁQUINAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA**
ADVOGADOS : **ALEXANDRE MIRANDA LIMA E OUTRO(S)**
 ENOS DA SILVA ALVES E OUTRO(S)
 RENATO SODERO UNGARETTI E OUTRO(S)
 RIVADAVIA ALBERNAZ NETO E OUTRO(S)
AGRAVADO : **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**
PROCURADOR : **ANA MARIA DA SILVA BRITO E OUTRO(S)**

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI:

Trata-se de agravo regimental interposto contra decisão cuja ementa é a seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONTRIBUINTE DE DIREITO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ENCARGO FINANCEIRO. CTN, ART. 166. NÃO COMPROVAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES.

1. Na ação de repetição de indébito, em se tratando de tributos indiretos, é indispensável a comprovação do não-repasse do encargo financeiro ao consumidor final (REsp 1131476, Min Luiz Fux, DJe 01.02.10, julgado pela 1ª Seção como representativo da controvérsia). 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 (REsp 969.472, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.10.07).

2. Recurso especial do Município do Rio de Janeiro provido em parte; recurso especial de Alugamáquinas Comércio e Serviços Ltda. a que se nega seguimento. (fl. 929)

Sustenta a agravante, em suma, que (a) é inadmissível "que os embargos infringentes possam surtir a prolação de decisão que implique a alteração de posicionamento já esposado e que não foi objeto de qualquer divergência" (fl. 940); (b) não há interesse recursal por parte do Município do Rio de Janeiro à consideração de que "restou evidentemente preservado o direito da Agravada em não ter que supostamente ressarcir o indébito tributário a quem hipoteticamente não tivesse direito a tanto" (fl. 940); (c) "não há que se falar em necessidade de comprovação da ausência de transferência do ônus financeiro, uma vez que a própria legislação do município em questão assim determinava" (fl. 941).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.028.031 - RJ (2007/0189704-4)

RELATOR : **MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI**
AGRAVANTE : A ALUGAMÁQUINAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : ALEXANDRE MIRANDA LIMA E OUTRO(S)
ENOS DA SILVA ALVES E OUTRO(S)
RENATO SODERO UNGARETTI E OUTRO(S)
RIVADAVIA ALBERNAZ NETO E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : ANA MARIA DA SILVA BRITO E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONTRIBUINTE DE DIREITO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ENCARGO FINANCEIRO. CTN, ART. 166. NÃO COMPROVAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. PRECEDENTES.

1. Na ação de repetição de indébito, em se tratando de tributos indiretos, é indispensável a comprovação do não-repasse do encargo financeiro ao consumidor final (REsp 1131476, Min Luiz Fux, DJe 01.02.10, julgado pela 1ª Seção como representativo da controvérsia). 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 (REsp 969.472, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.10.07).

2. Agravo regimental a que se nega provimento.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO TEORI ALBINO ZAVASCKI (Relator):

1. A decisão agravada é do seguinte teor, no que importa ao presente recurso:

3. Não ocorreu o alegado julgamento *extra petita*. A jurisprudência desta Corte é uníssona no sentido de que, em se tratando de embargos infringentes, o desacordo entre os votos vencedores e vencido é estabelecido pela conclusão dos votos, não havendo qualquer vinculação do Tribunal ou do recorrente aos fundamentos do acórdão recorrido. Neste sentido: REsp1.198.829, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 25.11.10; REsp 473.838/PB, 2ª T., Min. Herman Benjamin, DJe de 22/09/2009; REsp 1.032.251/RS, 1ª T., Min. Teori Albino Zavascki, DJe de 14/05/2008; REsp 1.095.840/TO, 3ª T., Min. Nancy Andrighi, DJe 15/09/2009; REsp 907.851/SP, 1ª T., Min. José Delgado, DJ de 23/08/2007; REsp 516.919/SE, 5ª T., Min. Felix Fischer, DJ de 06/10/2003. No caso, tendo havido divergência total (a maioria julgando procedente o pedido e o voto vencido julgando-o improcedente), abriu-se à parte vencida a faculdade de invocar, em embargos, todo e qualquer fundamento que pudesse conduzir a um juízo de improcedência, mesmo que não enfrentado pelo voto vencido. Lícito lhe era, assim, invocar a matéria de que trata o art. 166 do CTN.

4. No que pertine à aplicação do art. 166 do CTN, o entendimento predominante no STJ é o de ser indispensável a comprovação do não-repasse do valor do tributo indireto ao consumidor final ou, na hipótese de ter havido a repasse, a comprovação de estar por ele autorizado a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pleitear a restituição. Trata-se de pressuposto probatório para que o demandante possa legitimar-se ativamente e obter êxito em demanda objetivando a restituição de tributo indireto. Nesse sentido, entre muitos, o REsp 1131476, Min Luiz Fux, DJe 01.02.10, julgado pela 1ª Seção como representativo da controvérsia, com a seguinte ementa:

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.

Essa jurisprudência, aliada à Súmula 546/STF, traduz, na verdade, o que de modo expresse dispõe o próprio texto normativo (art. 166 do CTN).

No caso, está equivocado o acórdão recorrido ao considerar que essa matéria probatória comporta análise "*in status assertionis*", ou seja, basta a afirmação da autora de "que não houve a transferência do ônus financeiro para o destinatário final" (fl. 49), ficando a correspondente prova para a fase de liquidação. Com efeito, não se pode relegar à liquidação a prova de um fato que diz respeito à legitimidade da parte e à própria procedência do pedido formulado na demanda, temas que, portanto, devem necessariamente ficar exauridos na fase cognitiva. A manter-se a tese do acórdão recorrido, ter-se-ia configurada típica sentença condicional, ensejando a possibilidade de, não provado o fato na liquidação, ter-se de reabrir a fase cognitiva, para, em verdadeiro juízo rescisório superveniente, reconhecer a ilegitimidade ativa e a improcedência do pedido formulado na demanda. Esse é o entendimento do STJ, adotado em situações análogas (v.g.: REsp 969.472, 1ª Turma, Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 08.10.07).

Registre-se, todavia, que a aplicação do art. 166 do CTN está restrita ao pedido de restituição de indébito (que supõe tributo já pago), que, portanto, deve ser desacolhido. Fica,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

todavia, mantida a decisão de procedência do pedido cumulado na demanda, relativo ao provimento jurisdicional que inibe a exigibilidade do tributo ainda não recolhido ao Fisco. Quanto a esse pedido, ainda que por outro fundamento, nega-se provimento ao recurso.

5. Denegado o pedido de repetição de indébito, fica prejudicada a análise da matéria recursal relativa ao prazo prescricional, bem como ao índice de juros moratórios devidos.

O agravo regimental não traz qualquer subsídio apto a alterar esses fundamentos, razão pela qual deve ser mantido incólume o entendimento da decisão agravada.

2. Por fim, registre-se ser incontroversa a existência de interesse recursal do Município do Rio de Janeiro quanto ao pedido de reconhecimento da impossibilidade de se remeter a comprovação do repasse tributário à fase de liquidação.

3. Diante do exposto, nego provimento ao agravo regimental. É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2007/0189704-4

AgRg no
REsp 1.028.031 / RJ

Números Origem: 200600500321 200713604046 200713706586 20212007

EM MESA

JULGADO: 18/09/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **TEORI ALBINO ZAVASCKI**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : A ALUGAMÁQUINAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : ENOS DA SILVA ALVES E OUTRO(S)
RENATO SODERO UNGARETTI E OUTRO(S)
RIVADAVIA ALBERNAZ NETO E OUTRO(S)
ALEXANDRE MIRANDA LIMA E OUTRO(S)
RECORRENTE : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : ANA MARIA DA SILVA BRITO E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : A ALUGAMÁQUINAS COMÉRCIO E SERVIÇOS LTDA
ADVOGADOS : ENOS DA SILVA ALVES E OUTRO(S)
RENATO SODERO UNGARETTI E OUTRO(S)
RIVADAVIA ALBERNAZ NETO E OUTRO(S)
ALEXANDRE MIRANDA LIMA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : ANA MARIA DA SILVA BRITO E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA 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.

Os Srs. Ministros Arnaldo Esteves Lima (Presidente), Napoleão Nunes Maia Filho e Benedito Gonçalves votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Ari Pargendler.