



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.150.989 - RJ (2009/0145191-0)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : LINDE GASES LTDA
ADVOGADO : JAMIL ABID JÚNIOR E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOSÉ EDUARDO CAVALCANTE DE ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. EXIGIBILIDADE. ART. 166 DO CTN. RESP 1.131.476/RS SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA.

1. De acordo com o art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou quando for omitido ponto sobre o qual se devia pronunciar o juiz ou tribunal.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, mesmo com a interposição dos embargos de declaração, foi omissivo ao não analisar se os valores em questão foram, efetivamente, suportados pela recorrente. Desse modo, ao rejeitar os embargos declaratórios, deixando, contudo, de se pronunciar sobre a questão de fato neles suscitada, o Tribunal de origem acabou por violar o art. 535 do Código de Processo Civil.

3. Agravo regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos esses autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da SEGUNDA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas, o seguinte resultado de julgamento:

"A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 22 de março de 2011.

MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES , Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.150.989 - RJ (2009/0145191-0)

RELATOR : MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES
AGRAVANTE : LINDE GASES LTDA
ADVOGADO : JAMIL ABID JÚNIOR E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOSÉ EDUARDO CAVALCANTE DE ALBUQUERQUE E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator):

Trata-se de agravo regimental interposto por Linde Gases Ltda contra decisão que negou seguimento ao recurso especial, assim ementada (fl. 2944):

PROCESSUAL CIVIL. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. EXIGIBILIDADE. ART. 166 DO CTN. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA.

Nas razões recursais, o recorrente sustenta que a questão acerca do art. 166 do CTN nunca foi discutida nos autos, nem mesmo na interposição dos embargos de declaração, sendo apresentada somente no recurso especial, ausente, portanto, o prequestionamento.

Nesses termos, o agravante requer a reconsideração da decisão agravada ou que o feito seja submetido ao crivo da egrégia Segunda Turma.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.150.989 - RJ (2009/0145191-0)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. EXIGIBILIDADE. ART. 166 DO CTN. RESP 1.131.476/RS SUBMETIDO AO REGIME DO ART. 543-C DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC CONFIGURADA.

1. De acordo com o art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou quando for omitido ponto sobre o qual se devia pronunciar o juiz ou tribunal.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, mesmo com a interposição dos embargos de declaração, foi omissivo ao não analisar se os valores em questão foram, efetivamente, suportados pela recorrente. Desse modo, ao rejeitar os embargos declaratórios, deixando, contudo, de se pronunciar sobre a questão de fato neles suscitada, o Tribunal de origem acabou por violar o art. 535 do Código de Processo Civil.

3. Agravo regimental não provido.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES (Relator): O presente agravo regimental não merece lograr êxito.

Ao contrário do afirmado pelo recorrente, houve, sim, manifestação acerca da questão da comprovação do pagamento pelo Tribunal *a quo*. O que não ocorreu foi menção acerca de quem assumiu o encargo financeiro, daí a violação ao art. 535 do CPC.

Corroborando tal ponto, vejamos trechos dos votos proferidos pelo Tribunal de origem:

[...]

Por cautela, haverá a observância do prazo prescricional de 5 anos e não como constante do pedido inicial, de 10 (dez) anos, por ser este contrário à legislação vigente, e, com vistas à tese fazendária quanto à substituição tributária, os valores deverão ser aqueles comprovadamente pagos pela empresa autora, aqui recorrente.

[...] (fls. 2681)

[...]

Já em relação ao ponto seguinte, que versa sobre obscuridade acerca da diferença entre valores *comprovadamente pagos* com valores *comprovadamente recolhidos*, o mesmo é rechaçado, por ser óbvio que está a se dizer dos valores que foram recolhidos aos cofres do Município – e nada mais.

[...] (fls. 2714)

Com efeito, deduz-se das razões recursais que o agravante não trouxe elementos suficientes para infirmar a decisão agravada, que, de fato, deu a solução que melhor espelha a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

orientação jurisprudencial do STJ sobre a matéria.

Portanto, nenhuma censura merece o decisório ora recorrido, que deve ser mantido pelos seus próprios e jurídicos fundamentos, *in verbis*:

A Primeira Seção desta Corte, em 09/12/2009, no REsp 1.131.476/RS (ementa abaixo transcrita) submetido ao regime do art. 543- C do CPC, entendeu que, 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 acórdão restou assim ementado:

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. (REsp 1.131.476/RS,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Primeira Seção, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 01/02/2010)

De acordo com o art. 535 do Código de Processo Civil, os embargos declaratórios são cabíveis quando houver, na sentença ou no acórdão, obscuridade ou contradição, ou quando for omitido ponto sobre o qual se devia pronunciar o juiz ou tribunal.

No caso concreto, o Tribunal de origem, mesmo com a interposição dos embargos de declaração, foi omissivo ao não analisar se os valores em questão foram, efetivamente, suportados pela empresa Linde Gases Ltda. Tal ponto é de grande relevância para a demanda.

Desse modo, ao rejeitar os embargos declaratórios, deixando, contudo, de se pronunciar sobre a questão de fato neles suscitada, o Tribunal de origem acabou por violar o art. 535 do Código de Processo Civil.

À vista do exposto, dá-se provimento ao recurso especial do Município do Rio de Janeiro para decretar a nulidade do acórdão referente aos embargos declaratórios, determinando-se o retorno dos autos ao Tribunal de origem, a fim de que ali se proceda a um novo julgamento desses embargos, com pronunciamento sobre a questão de fato neles suscitada. Recurso especial da Linde Gases Ltda prejudicado.

Ante o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao agravo regimental.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0145191-0

**AgRg no
REsp 1.150.989 / RJ**

Números Origem: 20020011518847 200800125166 200813524096

PAUTA: 22/03/2011

JULGADO: 22/03/2011

Relator

Exmo. Sr. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **MARIA CAETANA CINTRA SANTOS**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOSÉ EDUARDO CAVALCANTE DE ALBUQUERQUE E OUTRO(S)
RECORRENTE : LINDE GASES LTDA
ADVOGADO : JAMIL ABID JÚNIOR E OUTRO(S)
RECORRIDO : OS MESMOS

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : LINDE GASES LTDA
ADVOGADO : JAMIL ABID JÚNIOR E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : JOSÉ EDUARDO CAVALCANTE DE ALBUQUERQUE 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 Sr. Ministro-Relator, sem destaque."

Os Srs. Ministros Cesar Asfor Rocha, Castro Meira, Humberto Martins (Presidente) e Herman Benjamin votaram com o Sr. Ministro Relator.