AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1882928 - SP (2020/0165777-4)

RELATOR	:	**MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES**
AGRAVANTE	:	EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
ADVOGADOS	:	FERNANDO HENRIQUE SILVA VIEIRA E OUTRO(S) - DF017587
		GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP078566
		MARIA CANDIDA MARTINS ALPONTI - SP190058
		JORGE ALVES DIAS - SP127814
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	DÉBORA GRUBBA LOPES - SP282797

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ISS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO INDIRETO. COMPROVAÇÃO DO REPASSE. NECESSIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. REVERSÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. PROVIMENTO NEGADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação, pela sistemática dos recursos repetitivos, de que "*o ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto"* (REsp 1.131.476/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010 - Tema 398). Assim, possuindo natureza indireta, faz-se necessário comprovar a ausência de repasse do encargo financeiro do tributo ao tomador de serviços, à luz do que dispõe o art. 166 do CTN.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, após analisar o contexto fático dos autos, considerou necessária a comprovação de que a exação não teria sido repassada ao tomador dos serviços, reconhecendo, assim, a ilegitimidade ativa da ECT para a repetição de indébito.

3. Dissentir das conclusões adotadas implicaria, necessariamente, o reexame do contexto probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial consoante a Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 30/05/2023 a 05/06/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA37367952 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): PAULO SÉRGIO DOMINGUES Assinado em: 20/06/2023 18:44:02
Código de Controle do Documento: f7adb9d8-9667-4e90-9ac0-3e5cbf940be9

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 05 de junho de 2023.

Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES
Relator

Documento eletrônico VDA37367952 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): PAULO SÉRGIO DOMINGUES Assinado em: 20/06/2023 18:44:02
Código de Controle do Documento: f7adb9d8-9667-4e90-9ac0-3e5cbf940be9

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1882928 - SP (2020/0165777-4)

RELATOR	:	**MINISTRO PAULO SÉRGIO DOMINGUES**
AGRAVANTE	:	EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
ADVOGADOS	:	FERNANDO HENRIQUE SILVA VIEIRA E OUTRO(S) - DF017587
		GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP078566
		MARIA CANDIDA MARTINS ALPONTI - SP190058
		JORGE ALVES DIAS - SP127814
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	DÉBORA GRUBBA LOPES - SP282797

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ISS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO INDIRETO. COMPROVAÇÃO DO REPASSE. NECESSIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. REVERSÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 7/STJ. PROVIMENTO NEGADO.

1. O Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação, pela sistemática dos recursos repetitivos, de que "*o ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto"* (REsp 1.131.476/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 1º/2/2010 - Tema 398). Assim, possuindo natureza indireta, faz-se necessário comprovar a ausência de repasse do encargo financeiro do tributo ao tomador de serviços, à luz do que dispõe o art. 166 do CTN.

2. No caso concreto, o Tribunal de origem, após analisar o contexto fático dos autos, considerou necessária a comprovação de que a exação não teria sido repassada ao tomador dos serviços, reconhecendo, assim, a ilegitimidade ativa da ECT para a repetição de indébito.

3. Dissentir das conclusões adotadas implicaria, necessariamente, o reexame do contexto probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial consoante a Súmula 7/STJ.

4. Agravo interno a que se nega provimento.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto pela EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS contra decisão monocrática de relatoria do Ministro

Documento eletrônico VDA36920145 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): PAULO SÉRGIO DOMINGUES Assinado em: 24/05/2023 16:59:55
Código de Controle do Documento: f280038b-5f62-416f-a9ce-0646f80405d0

Manoel Erhardt (Desembargador Convocado do TRF da 5ª Região) assim ementada:

> TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO INDIRETO. COMPROVAÇÃO DO REPASSE. NECESSIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. REVERSÃO DO JULGADO. INVIABILIDADE. INCIDÊNCIA DO ÓBICE DA SÚMULA 07/STJ. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA A QUE SE NEGA PROVIMENTO (fls. 461/466).

Em suas razões, a parte agravante impugna a aplicação da Súmula 7/STJ, bem como reitera o fundamento de ser devida a restituição do ISS pago indevidamente à municipalidade. Aduz, para tanto, que *"goza de imunidade tributária e os preços são definidos de forma Poder Executivo Federal, partindo do pressuposto da imunidade tributária (art. 12 do Decreto-Lei509/69)"* (fl. 474).

Requer, ao final, a reconsideração da decisão agravada.

Impugnação apresentada (fls. 490/496).

É o relatório.

VOTO

A despeito das alegações da parte agravante, razão não lhe assiste, porquanto os argumentos trazidos no recurso não foram suficientes para infirmar a decisão agravada.

Como exposto na decisão agravada, o Superior Tribunal de Justiça firmou a orientação, pela sistemática dos recursos repetitivos, de que "*o ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto"* (REsp 1.131.476/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, DJe de 1º/2/2010 - Tema 398). Assim, possuindo natureza indireta, faz-se necessário comprovar a ausência de repasse do encargo financeiro do tributo ao tomador de serviços, à luz do que dispõe o art. 166 do CTN.

No caso concreto, o Tribunal de origem, após analisar o contexto fático dos autos, considerou necessária a comprovação de que a exação não teria sido repassada ao tomador dos serviços, reconhecendo, assim, a ilegitimidade ativa da ECT para a repetição de indébito. Cito, a propósito, a fundamentação do acórdão recorrido:

> *A declaração emitida pelo tomador do serviço não é prova de que a agravante deixou de incluir o ISS no preço dos serviços prestados.*
>
> *Confirma que houve a retenção do ISS, apenas.*

Documento eletrônico VDA36920145 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): PAULO SÉRGIO DOMINGUES Assinado em: 24/05/2023 16:59:55
Código de Controle do Documento: f280038b-5f62-416f-a9ce-0646f80405d0

Ademais, o fato de os valores dos serviços serem tabelados pelo Ministério das Comunicações não comprova a ausência de repasse do encargo tributário ao tomador, porque não há presunção de que o ISS foi desconsiderado no valor final.

Em decorrência, não há legitimidade para o pedido de repetição de indébito tributário. A jurisprudência:

> *PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO. ARTIGO 1.021 DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL/15. EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELÉGRAFOS. PRETENDIDA REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO REFERENTE A ISS. TRIBUTO INDIRETO, A EXIGIR A PROVA DE QUE NÃO HOUVE REPASSE DO TRIBUTO AO TOMADOR DOS SERVIÇOS (OU A AUTORIZAÇÃO DELE PARA QUE O PRESTADOR BUSQUE A REPETIÇÃO). AUSENTE ESSA PROVA - QUE INCUMBIA AO AUTOR FAZER - RECONHECE-SE A ILEGITIMIDADE ATIVA DA EMPRESA PÚBLICA. INTELIGÊNCIA DO ART. 166 DO CTN EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ E DESTA CORTE REGIONAL. AGRAVO INTERNO IMPROVIDO.*
>
> *1. Conforme entendimento pacificado pelo STJ, sob o regime do art. 543- C, o ISS é espécie tributária que, a depender do caso concreto, pode se caracterizar como tributo direto ou indireto (REsp 1.131.476/RS, Re] Ministro Luiz Fux, DJe 1.2.2010). E, assumindo natureza indireta, é imprescindível que o contribuinte de direito demonstre que não repassou o encargo financeiro do tributo ao tomador de seus serviços ou que está autorizado por ele a pleitear a repetição, conforme estabelece o ar!. 166 do CTN.*
>
> *2. Cenário dos autos que não permite concluir pela ausência de translação do encargo económico -financeiro ao tomador dos serviços prestados pela ECT, na medida em que não há nada nos autos que efetivamente demonstre que a autora deixou de incluir o ISS no preço dos serviços prestados; ausência de qualquer prova, também, de que foi "autorizada" a buscar a repetição.*
>
> *3. Consoante jurisprudência remansosa desta Corte, o fato de os valores dos serviços prestados pela ECT serem tabelados pelo Ministério das Comunicações não tem o condão, por si só, de comprovar a ausência do repasse do encargo tributário ao tomador, pois não se pode presumir que referidos valores tenham desconsiderado, em sua composição, o ISS. Ademais, o STJ já decidiu que regra inserta no art. 166 do CTN incide mesmo em casos de preços controlados pelo Governo (EREsp1191469/AM, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/04/2016, DJe 17/05/2016).*
>
> *4. Agravo interno improvido.(TRF 3" Região, SEXTA TURMA, APELREEX - APELAÇÃO/REMESSA NECESSÁRIA - 1634390 - 0022079-69.2009.4.03.6100, Rel. DESEMBARGADOR FEDERAL JOHONSOM D1 SALVO, julgado em 25/08/2016, e-DJF3 Judicial 1 DATA:06/09/2016)*

Por estes fundamentos, nego provimento ao agravo interno (fls. 405/406).

O entendimento encartado está em conformidade com a jurisprudência do STJ, senão vejamos:

> PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ISS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. RAZÕES RECURSAIS. DEFICIÊNCIA. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO INDIRETO. ART. 166 DO CTN. INCIDÊNCIA.

Documento eletrônico VDA36920145 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): PAULO SÉRGIO DOMINGUES Assinado em: 24/05/2023 16:59:55
Código de Controle do Documento: f280038b-5f62-416f-a9ce-0646f80405d0

1. Consoante enuncia a Súmula 282 do STF, não se conhece de recurso especial quando não prequestionados os dispositivos tidos por violados.

2. É deficiente o recurso especial cujas razões estão dissociadas dos fundamentos adotados no acórdão recorrido. Inteligência da Súmula 284 do STF.

3. **A conformidade do acórdão recorrido com a jurisprudência desta Corte Superior, segundo a qual a repetição de indébito de ISS, quando recolhido como tributo indireto, está sujeita à satisfação da condição prevista no art. 166 do CTN,** enseja a aplicação do óbice de conhecimento estampado na Súmula 83 do STJ.

4. Agravo interno não provido. (AgInt no REsp n. 1.922.342/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 14/2/2022, DJe de 18/2/2022 - sem destaques no original.)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ISS. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL DE ADVOGADO. TRATAMENTO PRIVILEGIADO PREVISTO NO ART. 9º, § 3º, DO DECRETO-LEI 406/68. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. RECOLHIMENTO DO TRIBUTO BASEADO NOS SERVIÇOS PRESTADOS. APLICAÇÃO DA REGRA CONTIDA NO ART. 166 DO CTN. PRECEDENTES.

1. A Primeira Seção do STJ, no julgamento do REsp 1.131.476/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, 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.

2. Nos termos da jurisprudência dominante do STJ, 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.

3. Hipótese em que o recolhimento do ISS levou em consideração os serviços prestados, de modo que era possível o repasse do valor do tributo ao tomador do serviço. Logo, **a repetição do tributo pago indevidamente sujeita-se à regra prevista no art. 166 do CTN, ou seja, é necessária a comprovação de que não houve repasse do referido encargo. Considerando que não houve tal comprovação, não é possível a repetição.** Precedente: EREsp 873.616/PR, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 13/12/2010, DJe 1º/02/2011.

Agravo interno improvido. (AgInt no AREsp n. 925.202/RN, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/8/2016, DJe de 31/8/2016 - sem destaques no original.)

Além disso, dissentir das conclusões adotadas pela Corte de origem implicaria, necessariamente, o reexame do contexto fático-probatório dos autos, o que é vedado em recurso especial conforme a Súmula 7/STJ. A propósito:

TRIBUTÁRIO. ISS. CASO CONCRETO. TRIBUTO INDIRETO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. CONTRIBUINTE DE DIREITO. ART. 166, CTN. REQUISITOS. DEMONSTRAÇÃO. AUSÊNCIA.

1. Esta Corte Superior firmou, no julgamento do REsp 1.131.476/RS (repetitivo), a orientação segundo a qual "o ISS é espécie tributária que admite a sua dicotomização como tributo direto ou indireto, consoante o caso concreto", a

Documento eletrônico VDA36920145 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): PAULO SÉRGIO DOMINGUES Assinado em: 24/05/2023 16:59:55
Código de Controle do Documento: f280038b-5f62-416f-a9ce-0646f80405d0

depender da base de cálculo aplicada.

2. "Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la" (CTN) .

3. Hipótese em que o Tribunal a quo expressamente reconheceu a natureza indireta do ISSQN cobrado com base no preço do serviço praticado pelo contribuinte (ad valorem) e exigiu os requisitos do art. 166 do CTN para a repetição de indébito de tributo, cujo encargo econômico teria sido assumido pelo tomador de serviços, segundo as provas dos autos.

4. Nesse contexto, o conhecimento do recurso especial encontra óbice nas Súmulas 7 e 83 do STJ, pois a Corte de origem, além de ter decidido atenta ao conjunto fático-probatório, fê-lo em conformidade com pacífico entendimento jurisprudencial deste Tribunal Superior.

5. Agravo interno desprovido. (AgInt no REsp 1.788.940/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 30/03/2020, DJe 03/04/2020.)

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É o voto.

Documento eletrônico VDA36920145 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): PAULO SÉRGIO DOMINGUES Assinado em: 24/05/2023 16:59:55
Código de Controle do Documento: f280038b-5f62-416f-a9ce-0646f80405d0

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

AgInt no REsp 1.882.928 / SP

Número Registro: 2020/0165777-4 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
00040173920134036100 201361000040170

Sessão Virtual de 30/05/2023 a 05/06/2023

Relator do AgInt
Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
ADVOGADOS	:	FERNANDO HENRIQUE SILVA VIEIRA E OUTRO(S) - DF017587
		GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP078566
		MARIA CANDIDA MARTINS ALPONTI - SP190058
		JORGE ALVES DIAS - SP127814
RECORRIDO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	DÉBORA GRUBBA LOPES - SP282797

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ISS/ IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	:	EMPRESA BRASILEIRA DE CORREIOS E TELEGRAFOS
ADVOGADOS	:	FERNANDO HENRIQUE SILVA VIEIRA E OUTRO(S) - DF017587
		GLORIETE APARECIDA CARDOSO - SP078566
		MARIA CANDIDA MARTINS ALPONTI - SP190058
		JORGE ALVES DIAS - SP127814
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO	:	DÉBORA GRUBBA LOPES - SP282797

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 30/05/2023 a 05/06/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Documento eletrônico VDA37145570 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 06/06/2023 00:08:02
Código de Controle do Documento: e7366937-a67d-4ee2-b0c3-a2764612bd4b

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Gurgel de Faria votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 06 de junho de 2023

Documento eletrônico VDA37145570 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 06/06/2023 00:08:02
Código de Controle do Documento: e7366937-a67d-4ee2-b0c3-a2764612bd4b