



Número: **0877125-19.2020.8.14.0301**

Classe: **APELAÇÃO CÍVEL**

Órgão julgador colegiado: **2ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargador LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO**

Última distribuição : **17/10/2022**

Valor da causa: **R\$ 581.977,07**

Processo referência: **0877125-19.2020.8.14.0301**

Assuntos: **ISS/ Imposto sobre Serviços**

Nível de Sigilo: **0 (Público)**

Justiça gratuita? **NÃO**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes	Advogados
PERFIL ENGENHARIA LTDA (APELANTE)	JOSE VICTOR FAYAL ALMEIDA (ADVOGADO)
MUNICIPIO DE BELEM (APELADO)	

Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
22585663	09/10/2024 19:06	Decisão	Decisão

PROCESSO Nº 0877125-19.2020.8.14.0301

ÓRGÃO JULGADOR: 2.ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO

RECURSO: APELAÇÃO CÍVEL

COMARCA: BELÉM (1.ª VARA DE EXECUÇÃO FISCAL)

APELANTE/APELADO: MUNICÍPIO DE BELÉM

PROCURADOR(A) MUNICIPAL: CAMILA MIRANDA DE FIGUEIREDO - OAB/PA 11.185

APELANTE/APELADO: PERFIL ENGENHARIA LTDA

ADVOGADO(A): CAMILA MIRANDA DE FIGUEIREDO – OAB/PA 11185

PROCURADOR DE JUSTIÇA: ESTEVAM ALVES SAMPAIO FILHO

RELATOR: DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÕES CÍVEIS. ISSQN. DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS FORNECIDOS PELO PRESTADOR. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. LC Nº 116/2003. IMPOSSIBILIDADE DE RESTITUIÇÃO. NÃO COMPROVAÇÃO DO ENCARGO. RECURSOS IMPROVIDOS.

I. CASO EM EXAME

1. Apelações cíveis interpostas contra sentença que julgou parcialmente procedente o pedido de dedução do valor dos materiais fornecidos pela empresa autora, durante a prestação de serviços de construção civil, da base de cálculo do ISS, conforme LC nº 116/2003. A sentença negou o pedido de repetição de indébito feito pela autora.

II. QUESTÕES EM DISCUSSÃO

2. Duas questões estão em discussão: (i) saber se o ISS incide sobre o valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços de construção civil e se é cabível a dedução desses valores da base de cálculo; e (ii) saber se há direito à repetição de indébito do ISS recolhido, na hipótese de retenção do imposto na fonte pelo tomador do serviço.

III. RAZÕES DE DECIDIR

3. Sobre a dedução do valor dos materiais, a LC nº 116/2003, art. 7º, § 2º, I, autoriza a exclusão dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços de construção civil da base de cálculo do ISS, confirmando o acerto da sentença que reconheceu o direito à dedução. A legislação municipal não pode afastar a aplicação da norma federal.

4. Quanto à repetição de indébito, a sentença foi correta ao indeferir o pedido. Não houve comprovação de que a empresa arcou com o encargo do tributo, uma vez que o ISS foi retido na fonte pelo tomador do serviço, em conformidade com a legislação municipal. A ausência de prova quanto ao repasse do ônus impede o reconhecimento do direito à repetição de indébito, conforme entendimento do STJ.

IV. DISPOSITIVO E TESE

5. Apelações conhecidas e desprovidas.

"Tese de julgamento: 1. O valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços de construção civil deve ser deduzido da base de cálculo do ISS, conforme a LC nº 116/2003. 2. A repetição de indébito não é cabível quando o contribuinte não comprova que arcou com o encargo financeiro do tributo retido na fonte."



"Dispositivos relevantes citados: CF/1988, art. 146, III; LC nº 116/2003, art. 7º, § 2º, I; CTN, art. 166."

"Jurisprudência relevante citada: STF, RE 603.497, Rel. Min. Rosa Weber, j. 29.06.2020; STJ, REsp 1.131.476/RS, Rel. Min. Luiz Fux, j. 09.12.2009."

DECISÃO MONOCRÁTICA

Trata-se de **APELAÇÕES CÍVEIS** interpostas por **MUNICÍPIO DE BELÉM E PERFIL ENGENHARIA LTDA** contra sentença proferida pelo Juízo da 1.ª Vara de Execução Fiscal de Belém, nos autos de Ação Declaratória de Repetição de Indébito, que julgou parcialmente procedente o pedido autoral.

Na origem, a Perfil Engenharia Ltda. buscou a dedução do valor dos materiais utilizados nas obras de construção civil da base de cálculo do ISSQN, com a conseqüente repetição de indébito referente ao período de dezembro de 2015 a dezembro de 2020, e valores pagos durante o curso da demanda, alegando que tais materiais foram adquiridos de terceiros e deveriam ser deduzidos conforme a legislação vigente (Lei Complementar nº 116/2003 e Código Tributário do Município de Belém).

O juízo a quo julgou procedente em parte o pleito da apelante, reconhecendo o direito à dedução dos materiais adquiridos de terceiros para a prestação dos serviços, mas indeferiu o pedido de repetição de indébito, sob o fundamento de que o ISSQN seria um tributo indireto e, portanto, caberia ao contribuinte de direito comprovar que suportou o ônus financeiro, o que não foi demonstrado pela apelante.

O Município de Belém apelou da sentença, questionando parte da decisão que autorizou a dedução dos materiais adquiridos de terceiros, incorporados nas obras, da base de cálculo do ISSQN.

Alegou que a legislação municipal (Decreto Municipal nº 64.674/2010) condiciona tal dedução à utilização de materiais produzidos pelo prestador de serviço e documentados por notas fiscais de saída, o que não teria sido cumprido pela Perfil Engenharia Ltda, uma vez que a empresa não comprovou a regularidade fiscal necessária para a dedução pretendida e, portanto, não teria direito a tal benefício tributário.

Assim, pleiteou a reforma da sentença para que fosse reconhecida a validade da regra municipal que impede a dedução dos materiais adquiridos de terceiros, mantendo-se a cobrança do ISSQN sobre o valor total dos serviços prestados pela empresa.

Inconformada, a Perfil Engenharia Ltda. interpôs apelação, alegando, entre outras coisas, erro material na sentença e contradição no que se refere à negativa do pedido de repetição de indébito.

Defendeu que as provas apresentadas, como notas fiscais de serviços e de aquisição de materiais, comprovariam que a empresa suportou o ônus do ISSQN e, portanto, teria direito à restituição dos valores pagos indevidamente.

A apelante também pleiteou a realização de perícia técnica contábil para apurar o montante devido a título de ISSQN, conforme os valores efetivamente deduzíveis.

Assevera que a necessidade de instauração do incidente de assunção de competência, tendo em mira a existência de interesse público no objeto do presente recurso, bem como é conveniente a prevenção de divergência entre turmas do Tribunal de Justiça do Estado do Pará (TJ/PA), uma vez que a repetição do indébito de ISSQN em benefício do Apelante (prestador de serviço/construtora/empreiteiro), especificamente sobre a incidência indevida do imposto municipal sobre materiais adquiridos de terceiros (pela Apelante) e empregados nas obras de construção civil (executados pela Apelante), uma vez que versa sobre a jurisprudência do STF (RE 603.497) e do STJ (amplamente juntada e demonstrada a importância da extensão dos materiais passíveis de dedução), caracterizando a questão de direito relevante, bem como inexistir vários processos que versam sobre o presente caso.

Assim, requer o provimento do recurso a fim de declarar a Instauração do Incidente de Assunção de Competência (IAC); procedente o pedido de saneamento do processo com produção de provas; realização de perícia contábil na fase de saneamento do processo; procedente o direito a repetição de indébito do ISSQN retido e recolhido a maior e condenação o Município de Belém/PA (apelado) ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios sucumbenciais.



Em suas contrarrazões ao recurso do Município de Belém, a Perfil Engenharia Ltda. defendeu a manutenção da sentença no que tange ao reconhecimento de seu direito à dedução dos materiais adquiridos de terceiros, argumentando que tal entendimento é amparado pela legislação federal e pela jurisprudência, inclusive do Supremo Tribunal Federal e do Superior Tribunal de Justiça.

A empresa reafirmou que os materiais adquiridos e utilizados nas obras foram efetivamente incorporados a elas e, portanto, devem ser excluídos da base de cálculo do ISSQN.

Por outro lado, o Município de Belém, em suas contrarrazões ao recurso da Perfil Engenharia Ltda., argumentou que a sentença deveria ser mantida no tocante à improcedência do pedido de repetição de indébito, sob o fundamento de que o ISSQN é um tributo indireto.

O município alegou que a empresa não comprovou que assumiu o ônus financeiro do imposto, conforme exige o art. 166 do Código Tributário Nacional, e, portanto, não teria direito à restituição dos valores pagos.

O município também destacou que a prova pericial requerida pela apelante seria desnecessária, pois as notas fiscais apresentadas não seriam suficientes para comprovar o pagamento indevido do tributo, visto que a empresa não teria demonstrado que arcou diretamente com o encargo financeiro.

O recurso foi recebido apenas no efeito devolutivo.

O Ministério Público de 2.º grau não emitiu parecer.

É o relatório.

DECIDO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço do recurso de apelação interposto e da análise verifico que comporta julgamento monocrático.

A controvérsia diz respeito à sentença que julgou parcialmente procedente a ação, tão somente, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a Autora e suas filiais a recolher o ISS sobre o valor dos materiais utilizados na prestação dos serviços listados nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços da LC nº 116/03, realizados no Município de Belém, ainda que os materiais sejam adquiridos de terceiros, afastando-se a aplicação do art. art. 5º, § 1º, do DM nº 64.674/10.

RECURSO DO MUNICÍPIO DE BELÉM

No que tange ao pleito de reforma da sentença, sob argumento de existência de legislação municipal que permite dedução, desde que haja obrigação acessória, anoto que restou consignado na sentença a existência de incorreto lançamento por arbitramento, assistindo razão ao direito da parte apelada em proceder à redução da base de cálculo do ISSQN.

Isso porque, a Lei Complementar n.º 116/2003 estabelece as normas gerais acerca do ISS, em seu art. 7º, §2º, I, determinando a dedução da base de cálculo de referido imposto dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista, nos quais se incluem os serviços de construção civil prestados pela ora autora, assim descrito:

Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Quando os serviços descritos pelo subitem 3.04 da lista anexa forem prestados no território de mais de um Município, a base de cálculo será proporcional, conforme o caso, à extensão da ferrovia, rodovia, dutos e condutos de qualquer natureza, cabos de qualquer natureza, ou ao número de postes, existentes em cada Município.

§ 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;



(7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS

7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas,

pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).”

A Instrução Normativa nº 002/2005- SEFIN assim define:

I - Na prestação dos serviços mencionados nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços prevista no art. 21 da Lei Municipal nº 7.056/77 c/c o art. 35, alínea a, da mesma lei, **a base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN é o preço dos serviços deduzido da parcela de 50% (cinquenta por cento), correspondente aos valores dos materiais neles empregados e das subempreitadas executadas no Município e já tributadas pelo mesmo imposto.**

Nessa perspectiva, na linha dos diplomas legais expostos, dessume-se que a sentença se encontra escoreita, uma vez que levou em conta que base de cálculo do ISSQN é somente o valor do serviço, pelo que quando houver fornecimento de mercadorias juntamente com a prestação do serviço, o ISS não incidirá sobre o valor das mercadorias fornecidas (materiais), eis que já alcançadas pela tributação do ICMS.

Vale trazer a lume entendimento do Supremo Tribunal Federal que, em repercussão geral, tema 247, definiu:

EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. MATERIAL EMPREGADO. DEDUÇÃO. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, “A”, DO DL 406/1968. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO DESTOA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, reafirmada na decisão agravada, circunscreve-se a asseverar recepcionado, pela Carta de 1988, o art. 9º, § 2º, “a”, do DL 406/1968, sem, contudo, estabelecer interpretação sobre o seu alcance nem analisar sua subsistência frente à legislação que lhe sucedeu – em especial, a LC 116/2003 -, tarefas de competência do Superior Tribunal de Justiça. **2. No caso, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, objeto do recurso extraordinário, não destoou da jurisprudência desta Suprema Corte, porque, sem contrariar a premissa de que o art. 9º, § 2º, “a”, do DL 406/1968 foi recepcionado pela atual ordem constitucional, e considerada, ainda, a superveniência do art. 7º, § 2º, I, da LC 116/2003, restringiu-se a delimitar a interpretação dos referidos preceitos infraconstitucionais, para concluir pela ausência, na espécie, dos requisitos para a dedução, da base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de materiais utilizados no fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil.** 3. Agravo interno conhecido e parcialmente provido, para, reafirmada a tese da recepção do art. 9º, § 2º, do DL 406/1968 pela Carta de 1988, assentar que sua aplicação ao caso concreto não enseja reforma do acórdão do STJ, uma vez que aquela Corte Superior, à luz do estatuído no art. 105, III, da Constituição da República, sem negar a premissa da recepção do referido dispositivo legal, limitou-se a fixar-lhe o respectivo alcance.

(RE 603497 AgR-segundo, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29-06-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020)

Na mesma direção, este Tribunal de Justiça proferiu julgamento:

REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ISS. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO CIVIL. APLICAÇÃO DA LEI COMPLEMENTAR N.º 116/2003. MATÉRIA PACIFICADA PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE N.º 603.497, COM REPERCUSSÃO GERAL, RECONHECENDO A POSSIBILIDADE DA DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ISS DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL.

Preliminar de Nulidade da Sentença por Cerceamento de Defesa: não configura cerceamento de defesa o julgamento antecipado da lide, quando a controvérsia gira em torno de matéria essencialmente de direito estando o feito suficientemente comprovado documentalmente. Preliminar rejeitada.



No mérito. Tendo em vista a documentação juntada, entendo que a empresa apelada conseguiu sim demonstrar por meio de documentação, entre as quais, relação de notas fiscais de materiais que compõem o serviço, guias de ISS e comprovantes de pagamento, resposta da Secretaria de Finanças de Anapu, pedidos administrativos de redução da base de cálculo (ID Num. 10401156), que os produtos foram usados na obra e assim teriam direito a repetição de indébito aceita pelo juízo sentenciante.

Por fim, no que se refere a condenação ao pagamento de custas processuais. Impossibilidade. Isenção da Fazenda Pública.

Recurso conhecido, e parcialmente provido, à unanimidade.

(TJPA – APELAÇÃO / REMESSA NECESSÁRIA – Nº 0004482-08.2017.8.14.0138 – Relator(a): EZILDA PASTANA MUTRAN – 1ª Turma de Direito Público – Julgado em 16/10/2023)

Presente essa moldura, pelos documentos colacionados aos autos I) CNPJ, Contrato Social e alterações contratuais (IDs ns. 21986522 e 21986523); II) NFs de Prestação de Serviços (IDs n. 21986527 a 21986534); e III) NFs de aquisição de materiais (IDs n. 21986535 a 21988024), pelo que, conforme destacado na sentença as notas específicas de atendimento a dedução do imposto, bem como pelo objeto social, dentre outros, a construção de edifícios, inclui-se no item “7.02” da lista de serviços da LC nº 116/03.

Releva pontuar, como bem consignado pelo juízo, que o descumprimento de obrigações tributárias acessórias não constitui fato gerador do ISS, assim, apesar de a conduta poder ser sancionada pela administração, inclusive com aplicação de multa punitiva, não pode o fisco cobrar o imposto sobre serviços sem a devida apuração do montante efetivamente devido.

Presente essa moldura, não obstante o Município de Belém possuir legislação específica traçando parâmetros para a dedução dos valores referentes a insumos adquiridos de terceiros, o descumprimento de tal obrigação pelo Autor não poderia impedir a revisão judicial do lançamento, com as deduções devidas, notadamente porque a cobrança de impostos deve sempre obedecer ao estado de fato das coisas e não a mera aparência.

Assim, não evidencio razões para a modificação da sentença impugnada.

RECURSO DA PARTE AUTORA

No que tange a insurgência da empresa quanto ao indeferimento do pedido de repetição de indébito, observo que não há reparos a proceder na sentença guerreada.

Isso porque, restou fundamentado na sentença que, na hipótese de retenção do ISS na fonte, em cumprimento à substituição tributária prevista na legislação municipal, configura-se a tributação indireta, que não garante ao contribuinte de direito (prestador do serviço) a restituição dos valores pagos, a menos que comprove efetivamente ter assumido o encargo.

Descreveu que, no Município de Belém, a LM nº 7.056/77 estabelece, em seu art. 48, III, que em relação aos serviços indicados no item “7.02” da lista de serviços o ISS será devido no local da execução da obra, sendo que a mesma Lei, em seu art. 29, I, dispõe que os Estados-membros são responsáveis pela retenção na fonte e recolhimento do ISS devido no Município de Belém. Assim, o Estado do Pará estava legalmente obrigado a promover a retenção do ISS devido pela Autora em razão dos serviços de construção civil e congêneres prestados em Belém.

Por seu turno, restou colacionado aos autos que se se trata de hipótese de tributação indireta, levando em conta que nas NFs de prestação de serviço constam que o ISS foi calculado sobre o valor total do serviço e que foi integralmente retido pelo Estado do Pará, ou seja, o tomador dos serviços, ao promover o pagamento da contraprestação, destacou e efetuou a retenção do ISS em favor do ente público tributante, de forma que os valores recebidos pela Autora pela prestação dos seus serviços consistem na diferença entre a quantia expressa na nota fiscal e os tributos pagos.

Destacou o magistrado que, embora ter sido oportunizada a empresa a produção de prova necessária, quando da intimação para réplica, esta deixou de demonstrar que absorveu o impacto financeiro decorrente do pagamento indevido do ISS sobre os valores dos insumos incorporados às obras ou que tenha sido expressamente autorizada pelo tomador do serviço (Estado do Pará) a promover a restituição, sendo evidenciado, ainda, que não basta a simples juntada de notas fiscais para o cumprimento dessa mister.



Nesse sentido, vale reforçar o entendimento do Superior Tribunal de Justiça sobre o recolhimento de ISS, descrevendo como espécie tributária que admite dicotomização como tributo direto ou indireto, a depender do caso concreto e, somente quando assume feição indireta, exige do contribuinte comprovar que não transferiu o ônus financeiro ao contribuinte de fato.

Neste sentido, assim restou ementado o julgamento do Recurso Especial nº 1.131.476/RS, julgado na sistemática dos recursos repetitivos:

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 n. 1.131.476/RS, relator Ministro Luiz Fux, Primeira Seção, julgado em 9/12/2009, DJe de 1/2/2010.)

Na mesma direção:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. ISS. ÔNUS DA PROVA. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. TRIBUTO INDIRETO. COMPROVAÇÃO DO REPASSE. NECESSIDADE. LEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. O dispositivo de lei tido por violado, art. 373 do CPC, não foi objeto de apreciação pelo Tribunal de origem. A ausência de enfrentamento pela Corte a quo da matéria impugnada, objeto do recurso excepcional, impede o acesso à instância especial, porquanto não preenchido o requisito constitucional do prequestionamento.

Incidência da Súmula 211/STJ.

2. O Superior Tribunal de Justiça firmou 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.

3. No caso concreto, o Tribunal de origem 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, o que demonstra



conformidade com a jurisprudência do STJ.

4. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp n. 1.976.244/SP, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Primeira Turma, julgado em 5/6/2023, DJe de 22/6/2023.)

Vale trazer a lume, ainda, decisão deste Tribunal de Justiça sobre esse tema:

RECURSO ESPECIAL EM APELAÇÃO CÍVEL. JUÍZO DE RETRATAÇÃO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) INCIDENTES SOBRE LOCAÇÃO DE VEÍCULOS. INEXISTÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE ASSUNÇÃO DO ENCARGO FINANCEIRO DO TRIBUTO. ADEQUAÇÃO DO ACÓRDÃO À ORIENTAÇÃO FIRMADA PELO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA (STJ) NO JULGAMENTO DO RECURSO ESPECIAL Nº 1.131.476 (TEMA 398). DECISÃO REFORMADA PARA AFASTAR A CONDENAÇÃO DO MUNICÍPIO DE BELÉM À RESTITUIÇÃO DO TRIBUTO CITADO EM FAVOR DA EMPRESA RECORRIDA. APELAÇÃO DO MUNICÍPIO DE BELÉM PROVIDA. APELAÇÃO DA EMPRESA AUTORA PREJUDICADA RELATIVAMENTE AO MÉRITO. DECISÃO UNÂNIME.

(TJ-PA - AC: 00258529820018140301 BELÉM, Relator: ROBERTO GONCALVES DE MOURA, Data de Julgamento: 17/12/2018, 1ª TURMA DE DIREITO PÚBLICO, Data de Publicação: 19/12/2018)

Diante desse quadro, não evidencio elementos para a modificação da sentença guerreada.

No que pertine ao pleito de instauração de incidente de assunção de competência, verifico que o pleito não merece subsistir. A uma, porque a rejeição da tese de repetição de indébito foi fundamentada na ausência de comprovação de prova pertinente para sustentar esse pleito, apesar de oportunizada manifestação para esse fim quando da intimação para réplica. A duas, porque não se evidencia, de plano, a divergência dentro dos órgãos do mesmo tribunal. A três, não ocorrência de relevante questão de direito.

Releva pontuar que o pleito de repetição de indébito não foi acolhido em razão da insuficiência de provas apresentadas pela ora apelante, ou seja, não se desincumbiu de demonstrar que deveria ser restituída de valor pago a maior, conforme consolidação entendimento jurisprudencial, já destacado.

Ante o exposto, **CONHEÇO e NEGÓ PROVIMENTO** às apelações, nos termos da fundamentação.

Após o decurso do prazo recursal sem qualquer manifestação, certifique-se o trânsito em julgado.

Publique-se. Intime-se.

Belém, 09 de outubro de 2024.

DES. LUIZ GONZAGA DA COSTA NETO

RELATOR

