

EDcl no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 381.829 - PR (2013/0260763-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : MUNICÍPIO DE CURITIBA
PROCURADOR : CRISTINA HATSCHBACH MACIEL E OUTRO(S) - PR015166
EMBARGADO : LOGGUEL LOCADORA DE EQUIPAMENTOS PARA CONSTRUCAO S.A
ADVOGADO : DAVID GONÇALVES DE ANDRADE SILVA - DF029006

DECISÃO

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. ACÓRDÃO RECORRIDO QUE TEVE POR BASE A INTERPRETAÇÃO DE NORMA CONSTITUCIONAL. NO PLANO INFRACONSTITUCIONAL, PREVALECE O ENTENDIMENTO DE QUE NÃO HOUVE FATO GERADOR, PORQUANTO, PARA SE ENTENDER DIVERSAMENTE, TER-SE-IA QUE REVISAR PROVAS, O QUE É DEFESO EM RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS ACOLHIDOS, SANANDO-SE O VÍCIO APONTADO PARA, SOB NOVO FUNDAMENTO, NEGAR-SE PROVIMENTO AO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL DO MUNICÍPIO DE CURITIBA/PR.

1. Trata-se de Embargos de Declaração opostos pelo MUNICÍPIO DE CURITIBA/PR contra decisão que negou provimento ao seu Agrado em Recurso Especial, nos termos da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISS SOBRE A LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. QUESTÃO DECIDIDA PELO TRIBUNAL DE ORIGEM COM FUNDAMENTO DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL E INFRACONSTITUCIONAL. NÃO INTERPOSIÇÃO DE RECURSO EXTRAORDINÁRIO. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 126/STJ. AGRADO DESPROVIDO, EM CONSONÂNCIA COM O PARECER DO MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL (fls. 164).

2. Em suas razões (fls. 583/594), a parte embargante afirma estar a decisão acima sumariada eivada de omissão, qual seja, a aplicação do óbice da Súmula 126/STJ, quando, em verdade, houve a interposição de Recurso Extraordinário.

3. Às fls. 608/609, a parte embargada apresentou impugnação, postulando pela manutenção do *decisum*.

4. É o breve relatório.

5. Assiste razão à parte embargante.

6. Observa-se que o caso não é de aplicação do óbice da Súmula 126/STJ, porquanto, a despeito da existência de fundamento constitucional no julgado impugnado, houve, de certo, a interposição do competente Recurso Extraordinário, consoante se constata às fls. 296/304. Por tal razão, acolhem-se os Embargos de Declaração, sanando-se o vício apontado, passando-se a novo juízo de admissibilidade.

7. Nas razões do Apelo Nobre (fls. 273/284), a parte recorrente alega violação dos arts. 156, III da CF e 1o. da LC 116/2003, além do item 3.05 da Lista Anexa à referida LC. Sustenta *que os serviços que foram prestados e tributados estão incluídos no item 3.05 da Lista e não são de mera locação, porquanto incluem serviços em que o prestador não se limita a dar temporariamente um objeto mas, sim, a realizar também uma atividade para esta entrega* (fls. 280). Dessa forma, acrescenta que, *o Município de Curitiba no presente caso enquadrrou e tributou os serviços prestados com base no item 3.05 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003, pois a atividade realizada ali perfeitamente se enquadra* (fls. 283).

8. Com contrarrazões (fls. 307/317), o recurso foi inadmitido na origem (fls. 351/352), o que ensejou a interposição do presente Agravo (fls. 368/378).

9. O Ministério Público Federal manifestou-se, às fls. 437/570, pelo não provimento do Agravo.

10. O Tribunal de origem decidiu a controvérsia sob os seguintes fundamentos:

No mérito, cinge-se a quaestio sobre a legalidade ou não da incidência do ISS sobre locação de bens móveis.

A cobrança do ISSQN sobre a locação de bens móveis é uma

obrigação de dar coisa, e não uma obrigação de fazer, já que apenas esta se refere a um serviço que permite a incidência do tributo.

Em conformidade com o artigo 156, III, da Constituição Federal, os municípios têm competência para instituírem impostos sobre os serviços de qualquer natureza, a serem deferidos em Lei Complementar, desde que não excepcionados pelo artigo 155, 11, e respeitando a lista elaborada por lei complementar federal.

Incidente, portanto, o Decreto-Lei 406/68, cuja lista anexa de serviços foi atualizada pela Lei Complementar 56/87 e Lei Complementar 40/2001, que prevê como fato gerador do ISSQN a locação de bens móveis.

Nesse passo cinge-se a controvérsia em estabelecer o que é serviços de qualquer natureza e se pode ser incluída nesses serviços a "locação de bens móveis", constante no item 79 da lista de serviços do referido Decreto-Lei.

Prescreve o art. 110 do Código Tributário Nacional: "Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias."

Quando a Constituição Federal em seu artigo 156, III, se referiu a serviços de qualquer natureza, o fez acampando o sentido de serviço definido pelo Direito Privado.

Assim, o conceito de serviço, para estar compatível com a Constituição Federal, deve ser extraído do Direito Privado, já que é este o ramo do direito que trata do tema.

(...).

Portanto o legislador infraconstitucional, por meio de lei municipal ou lei complementar federal, em respeito à Constituição, não pode alterar, ampliar ou restringir conceito pela última açambarcado.

Ensina Pontes de Miranda, o conceito de serviço (Tratado de Direito Privado, t. XLVII, p. 3): "Do Direito Privado saca-se que serviço é sempre uma prestação de fazer, prestar atividade a outrem".

Dessa forma, é este o serviço que serve como fato gerador do ISSQN.

Ao contrário, no presente caso, a ora apelada desenvolve a atividade de locação de bens (cessão de andaimes, elevadores de obras, guinchos, mesas de serra, estruturas metálicas, coletores de entulhos, cestas e caçambas e outras estruturas de uso temporário), que se caracteriza pela obrigação de dar coisa, não realizando o fato gerador do referido imposto.

Entendimento análogo corrobora a jurisprudência do Colendo Supremo Tribunal Federal, no sentido da não incidência do ISSQN sobre a locação de bens móveis:

(...).

Conclui-se, vislumbrando que a atividade desenvolvida pela impetrante - locação de bens móveis (cessão de andaimes, elevadores de obras, guinchos, mesas de serra, estruturas metálicas, coletores de entulhos, cestas e caçambas e outras estruturas de uso temporário) não configura o serviço previsto no artigo 156, III, da Constituição Federal, não podendo, por isso, ser por Lei Complementar incluído como fato gerador do ISSQN (fls. 263/268).

11. Constatase que o acórdão recorrido, ao afastar a incidência do ISS na hipótese em comento, adotou entendimento baseado na interpretação do texto constitucional, bem como na aplicação da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, de sorte que refoge à competência desta Corte sua modificação, sob pena de usurpação da competência da Corte Suprema. Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS (ANDAIMES). VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF.

1. *Não há falar em violação do artigo 535, II, do CPC/1973, porquanto o acórdão recorrido manifestou-se de maneira clara e fundamentada a respeito das questões relevantes para a solução da controvérsia.*

2. *A questão atinente à incidência de ISS sobre a atividade desenvolvida pela recorrida (locação de andaimes) foi dirimida pelo Tribunal a quo com amparo no entendimento do Supremo Tribunal Federal acerca da matéria, o que revela a sua natureza constitucional, inviável de solução em recurso especial.*

3. *Agravo interno não provido (AgInt no AREsp.*

649.526/MG, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, DJe 4.54.2017).

12. Outrossim, no plano infraconstitucional o Tribunal de origem afirmou, expressamente, com base na análise da documentação acostada aos autos, que a situação revela que não houve o fato gerador do ISS. Veja-se, a propósito, os seguintes excertos do julgado:

(...), a exordial demonstra cabalmente que o seguimento explorado pela ora apelada é a locação de bens móveis, prestado dentro do Município de Curitiba, como comprova os documentos anexados às fls.25, contrato social às fls. 26/34, contratos de locação e notas fiscais às fls. 35/64.

(...).

Ao contrário, no presente caso, a ora apelada desenvolve a atividade de locação de bens (cessão de andaimes, elevadores de obras, guinchos, mesas de serra, estruturas metálicas, coletores de entulhos, cestas e caçambas e outras estruturas de uso temporário), que se caracteriza pela obrigação de dar coisa, não realizando o fato gerador do referido imposto.

(...).

Ademais, a alegação de que a empresa apelada prestaria serviços correlacionados à locação, tais como a montagem e desmontagem das estruturas, havendo, no caso, indubitável prestação de serviços, fato gerador do ISS, também não merece prosperar.

(...).

Desde a inicial a impetrante ora apelada defende que a prestação de serviços relacionados ao uso dos bens cedidos não descaracterizaria a cessão simples, principalmente porque a obrigação de entregar e manter os bens em perfeito estado de uso seria decorrente de lei (fls. 264/268).

13. Dessa forma, para se alcançar entendimento contrário ao firmado pela Corte local somente novo e acurado exame do acervo probatório da causa possibilitaria perquirir se o caso é de prestação de serviço passível de sujeição ao ISS, o que é, contudo, defeso em Recurso Especial. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. SOCIEDADE QUE EXERCE ATIVIDADE MISTA DE LOCAÇÃO E PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO.

INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. O Supremo Tribunal Federal já se manifestou sobre o tema, afirmando que "a Súmula Vinculante 31, que assenta a inconstitucionalidade da incidência do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS nas operações de locação de bens móveis, somente pode ser aplicada em relações contratuais complexas se a locação de bens móveis estiver claramente segmentada da prestação de serviços, seja no que diz com o seu objeto, seja no que concerne ao valor específico da contrapartida financeira" Rcl 14.290/ AgR/DF, Rel. Ministra Rosa Weber, Tribunal Pleno, DJe 20/6/2014.

2. O Tribunal de origem, soberano na análise das provas, afirmou que a sociedade recorrida exerce atividade mista de locação de maquinário e prestação de serviço, pelo que o imposto somente deve incidir sobre esta última atividade.

3. Para afastar o entendimento a que chegou a Corte a quo, de modo a albergar as peculiaridades do caso e verificar se toda a atividade desenvolvida pela recorrida consiste em prestação de serviço, como sustentado neste recurso especial, é necessário o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, o que se mostra inviável em recurso especial, por óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja recurso especial". Precedente: AgInt no REsp 1.587.631/MG, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 7/11/2016.

4. Recurso especial não conhecido (REsp. 1.631.000/ES, Rel. Min. OG FERNANDES, DJe 5.12.2017).

2 2 2

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OBJETO SOCIAL DO CONTRATO DA EMPRESA. CONTRATO DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. NÃO INCIDÊNCIA DO ISSQN. REEXAME DO CONTEXTO FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ. APRECIÇÃO DE CLÁUSULAS CONTRATUAIS. SÚMULA 5/STJ.

1. No caso dos autos, a Corte local expressamente consignou que, pela análise do contrato social da empresa e dos contratos de locação firmados, os valores recebidos pela ora recorrida pelo fornecimento dos objetos dos contratos são totalmente destacados para a locação de bens móveis, razão pela qual não ocorre a incidência do ISSQN.

2. A pretensão recursal necessariamente demanda incursão no contexto fático-probatório dos autos e apreciação de

cláusulas contratuais, o que é obstado pelo teor das Súmulas 5/STJ ("A simples interpretação de cláusula contratual não enseja recurso especial") e 7/STJ ("A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial").

3. *Recurso Especial não conhecido* (REsp. 1.676.519/MG, Rel. Min. HERMAN BENJAMIN, DJe 10.10.2017).

14. Ante o exposto, acolhem-se os Embargos de Declaração para sanar o vício apontado, e, sob fundamento diverso, negar provimento ao agravo em Recurso Especial do Município de Curitiba/PR.

15. Publique-se.

16. Intimações necessárias.

Brasília/DF, 18 de fevereiro de 2019.

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR