



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 649.526 - MG (2014/0344931-9)

RELATOR : **MINISTRO BENEDITO GONÇALVES**
AGRAVANTE : **MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE**
PROCURADOR : **FELIPE MANTUANO PEREIRA E OUTRO(S) - MG105427**
AGRAVADO : **ANDAIMIX LOCAÇÃO E COMÉRCIO DE ANDAIMES E EQUIPAMENTOS LTDA - MICROEMPRESA**
ADVOGADOS : **FELIPE DOURADO LAGES E OUTRO(S) - MG110695N**
: **RODRIGO DOURADO DUARTE - MG120494**

EMENTA

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.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília (DF), 20 de abril de 2017(Data do Julgamento)

MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 649.526 - MG (2014/0344931-9)

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
PROCURADOR : FELIPE MANTUANO PEREIRA E OUTRO(S) - MG105427
AGRAVADO : ANDAIMIX LOCAÇÃO E COMÉRCIO DE ANDAIMES E EQUIPAMENTOS LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADOS : FELIPE DOURADO LAGES E OUTRO(S) - MG110695N
RODRIGO DOURADO DUARTE - MG120494

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Trata-se de agravo interno interposto contra decisão, assim ementada (fl. 271):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. VIOLAÇÃO DO ARTIGO 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. ACÓRDÃO RECORRIDO COM FUNDAMENTAÇÃO CONSTITUCIONAL. COMPETÊNCIA DO STF. AGRAVO NÃO PROVIDO.

O agravante reitera as razões do apelo especial atinentes à violação do artigo 535 do CPC/1973. Afirma que não há, no caso *sub examine*, qualquer discussão acerca da inconstitucionalidade do item 79 da lista anexa ao DL 406/68, mas sim, a incidência de ISS sobre a situação específica de atividade que envolve cessão de andaime, a qual possui alínea própria na LC 116/2003 (subitem 3.05).

Com impugnação.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 649.526 - MG (2014/0344931-9)

EMENTA

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.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): O presente recurso não merece êxito.

Com efeito, afasta-se a alegada 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. A tutela jurisdicional foi prestada de forma eficaz, não havendo razão para a anulação do acórdão proferido em sede de embargos de declaração.

Anote-se, por oportuno, que entendimento contrário ao interesse da parte e omissão no julgado são conceitos que não se confundem.

Quanto ao mérito, observa-se que o Tribunal de origem, firmado na jurisprudência do Supremo Tribunal Federal, compreendeu que não incide ISS sobre a atividade desenvolvida pela recorrida (locação de andaimes). A propósito, confira-se (fls. 132-139):

O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) tem como tato gerador a prestação, por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, dos serviços definidos em Lei Complementar, sendo a sua base de cálculo o preço do serviço, lançado por homologação.

Nos termos da Constituição Federal:

Art. 156 - Compete aos Municípios instituir imposto sobre:
(...)



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar;"

O DL nº 406 foi alterado pelo Decreto nº 834, de 08/9/1969, e pela LC 116/03, prevendo a incidência do ISS sobre "locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil" - (item 79).

A impetrante tem como objeto social "... a locação, instalação montagem e comercialização de bens móveis tais como andaimes, balancins e plataformas aéreas" (fls. 12), enquadrando-se sua atividade no item 79 do Decreto referido.

O Supremo Tribunal Federal, ao concluir o julgamento do Recurso Extraordinário 116.121/SP, de relatoria do Ministro Marco Aurélio, publicado no DJ de 25/05/2001, entendeu ser inconstitucional "a expressão "locação de bens móveis" constante do item 79 da lista de serviços a que se refere o DL 406/68 (redação da LC 56/87)". Neste sentido:

[...]

Em síntese: há de prevalecer a definição de cada instituto e somente a prestação de serviços, envolvido na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento, pelo que o Relator declarou a inconstitucionalidade dos dispositivos que preveem a incidência do ISS sobre locação de bens móveis - item 79 do Decreto Lei 406/68 na redação dada pela LC 56/87, tendo sido acompanhado pelos Ministros Celso de Mello, Sepúlveda Pertence, Sydney Sanches, Moreira Alves e Neri da Silveira, vencidos os Ministros Octavio Gallotti, Carlos Velloso, Ilmar Galvão, Nelson Jobim e Maurício Corrêa.

[...]

É verdade que, nos termos do artigo 156, III, da CF, são os Municípios livres para instituir o ISS, à exceção de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação. Entretanto, segundo preconiza o STF, não pode a lei municipal alterar o conceito de serviço, consagrado pelo CTN como sendo a prestação de uma atividade a terceiro, em regime de direito privado, com caráter econômico. E, em se tratando de atividade de locação de bens móveis, o elemento principal do contrato é a entrega do bem locado ao locatário, fato que se consubstancia em verdadeira obrigação de dar e não envolve nenhuma prestação de serviço, como ocorre nas obrigações de fazer. Assim sendo, segundo esta orientação, não pode o legislador alterar a definição dada pelo Direito Civil aos contratos de locação imprimindo-lhe efeitos econômicos, a fim de possibilitar a tributação deste fato pelo ISS, sob pena de ofensa ao princípio da tipicidade.

[...]

Da doutrina e precedentes citados pode-se concluir que na prestação de serviços deve prevalecer o *facere*, o esforço humano habitual, prestado a terceiro, mediante remuneração. Se prevalecer a obrigação de dar - como no caso da locação de máquinas e equipamentos para construção - não será caracterizada a prestação de serviços, mas sim operação diversa, não sujeita à incidência do ISS.

Segundo o Código Civil, na locação de coisas, "uma das partes se obriga a ceder à outra parte por tempo determinado, ou não, o uso e gozo de uma coisa não fungível, mediante certa retribuição" (antigo artigo 1.188), sendo exatamente esta a atividade desenvolvida pela recorrente, não havendo nenhum tipo de prestação de serviços.

Fica claro que se a atividade da impetrante é a locação de máquinas e equipamentos pesados, dentre eles, andaimes, necessários à construção civil, a montagem dos mesmos é consectário lógico da locação.

Assim, havendo o Supremo Tribunal Federal reconhecido a inconstitucionalidade do item 79 do Decreto Lei 406/68, com a redação dada pela LC



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

56/87, rendo-me a tal orientação do Pretório Excelso e dou provimento ao recurso para declarar a inexistência de relação jurídica tributária entre a impetrante e a Fazenda Municipal, no tocante a cobrança do ISSQN com fulcro no DL 406/68 - item 79 da lista de serviços anexa.

Conforme de observa, o acórdão recorrido dirimiu a controvérsia sob a ótica eminentemente constitucional, de competência do STF; fora, portanto, do âmbito de apreciação do recurso especial.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC/1973. NÃO OCORRÊNCIA. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. REDIRECIONAMENTO PARA SÓCIO E PRESCRIÇÃO. FALTA DE INDICAÇÃO DO DISPOSITIVO LEGAL VIOLADO. SÚMULA 284 DO STF. ISS SOBRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. MATÉRIA CONSTITUCIONAL.

1. O acolhimento de recurso especial por violação ao art. 535 do CPC pressupõe a demonstração de que a Corte de origem, mesmo depois de provocada mediante embargos de declaração, deixou de sanar vício de integração contido em seu julgado, o que não ocorreu na espécie.
2. A falta de indicação dos dispositivos de lei federal supostamente violados pelo acórdão recorrido revelam a deficiência da fundamentação recursal na parte relativa à responsabilidade do sócio e à prescrição para o redirecionamento, nos termos da Súmula 284 do STF.
3. A questão referente à validade da norma que elenca a locação de bens móveis (item 79 da LC n. 56/1987) como atividade passível de incidência do ISS é de natureza eminentemente constitucional, porquanto passa necessariamente pela interpretação do conceito de serviço de que trata o art. 156, III, da Carta Política, o que não é possível na via do recurso especial, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal para conhecer da matéria no âmbito da instância extraordinária.
4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido (REsp 1.124.866/MG, Rel. Min. Gurgel de Faria, Primeira Turma, DJe 27/10/2016).

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN. LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. INCONSTITUCIONALIDADE DECLARADA PELO STF. SÚMULA VINCULANTE 31. MATÉRIA INSUSCETÍVEL DE EXAME, EM SEDE DE RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE QUESTÃO INFRACONSTITUCIONAL. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO.

- I. Decidida a controvérsia, referente à incidência de ISSQN sobre locação de bens móveis, no sentido da inconstitucionalidade da cobrança, de acordo com a Súmula Vinculante 31/STF, inexistente questão infraconstitucional remanescente, a ser dirimida na via do Recurso Especial.
- II. Na forma da jurisprudência, "o Tribunal de origem, ao decidir a controvérsia, o fez com suporte em dispositivos e princípios constitucionais, em especial reconhecendo ao advogado o direito constitucional de liberdade profissional. Nessas circunstâncias, o recurso especial é inviável, sob pena de usurpação da competência reservada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal. Precedentes"



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(STJ, AgRg no AREsp 678.896/SP, Rel. Ministro OG FERNANDES, SEGUNDA TURMA, DJe de 07/10/2015).

III. Agravo Regimental improvido (AgRg no AREsp 798.900/RJ, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 17/3/2016).

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. LOCAÇÃO DE BEM MÓVEL (CESSÃO DE ANDAIMES. PALCOS, COBERTURAS E OUTRAS ESTRUTURAS DE USO TEMPORÁRIO). PRETENSÃO DE ANÁLISE DE MATÉRIA CONSTITUCIONAL. STF. DECLARAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ITEM 79 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA AO DL 406/68. MATÉRIA DE ÍNDOLE CONSTITUCIONAL. INCOMPETÊNCIA DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA.

1. A expressão "locação de bens móveis", constante do item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-Lei 406/68, na redação dada pela Lei Complementar 56/87, foi, incidentalmente, declarada inconstitucional pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal, verbis: "a terminologia constitucional do imposto sobre serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo a contrato de locação de bem móvel. Em direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprios, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável" (RE 116.121/SP, Relator para o acórdão Ministro Marco Aurélio, Relator originário Ministro Octávio Gallotti, julgado em 11.10.2000, publicado no DJ de 25.05.2001).

2. A matéria debatida, tendo em vista sua índole eminentemente constitucional, revela-se de competência do STF e conjura a incompetência imediata do STJ para a análise de recurso que contenha essa antinomia como essência, em face da repartição constitucional que fixa os lindes entre esta E. Corte e a Corte Suprema. (Precedentes das Turmas de Direito Público: AgRg no Ag 964.097/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 01/04/2008, DJe 24/04/2008; AgRg no Ag 890.881/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/09/2007, DJ 08/02/2008 p. 650; AgRg no REsp 785.148/MG, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/03/2007, DJ 09/04/2007 p. 231 ; REsp 656358/RJ, Relator Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, DJ de 15.08.2005; e REsp 631547/MG, Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, DJ de 05.08.2004).

3. O *thema iudicandum* - "incidência de ISSQN sobre a locação de bens móveis" - foi solucionado pelo Tribunal local à luz do entendimento do STF sobre a matéria, o que torna insindicável o exame da controvérsia em sede de recurso especial.

4. Agravo regimental desprovido (AgRg no REsp 1.133.337/MG, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJe 19/2/2010).

Ante o exposto, **nego provimento** ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2014/0344931-9 **AgInt no**
PROCESSO ELETRÔNICO AREsp 649.526 / MG

Números Origem: 10024102042116001 10024102042116004 10024102042116005 10024102042116006
2042116292010

PAUTA: 20/04/2017

JULGADO: 20/04/2017

Relator

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. DILTON CARLOS EDUARDO FRANÇA

Secretária

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
PROCURADOR : FELIPE MANTUANO PEREIRA E OUTRO(S) - MG105427
AGRAVADO : ANDAIMIX LOCAÇÃO E COMÉRCIO DE ANDAIMES E EQUIPAMENTOS
LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADOS : FELIPE DOURADO LAGES E OUTRO(S) - MG110695N
RODRIGO DOURADO DUARTE - MG120494

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE
PROCURADOR : FELIPE MANTUANO PEREIRA E OUTRO(S) - MG105427
AGRAVADO : ANDAIMIX LOCAÇÃO E COMÉRCIO DE ANDAIMES E EQUIPAMENTOS
LTDA - MICROEMPRESA
ADVOGADOS : FELIPE DOURADO LAGES E OUTRO(S) - MG110695N
RODRIGO DOURADO DUARTE - MG120494

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 interno, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina (Presidente), Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Napoleão Nunes Maia Filho votaram com o Sr. Ministro Relator.