



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.303.543 - RJ (2010/0170845-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : CRISCO EMPREENDIMENTOS S A
ADVOGADO : Nanci Gama e outro(s)
EMBARGADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

EMENTA

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO, PROCESSUAL CIVIL E PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ISSQN. ATIVIDADES EQUIPARADAS PELA AUTORIDADE FISCAL À LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, QUANDO DA AUTUAÇÃO. MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO ADOTADO PELO FISCO NO LANÇAMENTO PELO JUDICIÁRIO, PARA INCLUIR AS ATIVIDADES DA EMPRESA EM OUTRO ITEM DA LISTA DE SERVIÇOS. ERRO DE DIREITO. INADMISSIBILIDADE. ARTS. 142 E 146 DO CTN. APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 31/STF. CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO APENAS QUANTO À COBRANÇA DE ISSQN E MULTA DECORRENTES DAS ATIVIDADES EQUIPARADAS À LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA QUESTÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DE CRISCO EMPREENDIMENTOS S/A REJEITADOS.

1. É da tradição mais respeitável dos estudos de processo que o recurso de Embargos de Declaração, desafiado contra decisão judicial monocrática ou colegiada, se subordina, invencivelmente, à presença de pelo menos um destes requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, querendo isso dizer que, se a decisão embargada não contiver uma dessas falhas, o recurso não deve ser conhecido e, se conhecido, deve ser desprovido.

2. Não se presta este recurso *sui generis* à finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido; no caso, da leitura da extensa peça recursal, observa-se claramente ser esse o intuito da embargante.

3. Vê-se que a nulidade parcial do auto de infração decorreu do convencimento desta Turma de que algumas atividades ali descritas foram equiparadas à de locação de bens móveis pela Autoridade Fiscal; dessa forma, em razão da decisão do STF sobre a inexistência de serviço nesse caso, concluiu-se que não poderia haver alteração do auto infracional pelo Judiciário, nada obstante as tarefas ali consignadas não correspondessem, exatamente, à de locação de bens móveis.

4. Asseverou-se, por outro lado, que a discussão em torno do conceito de serviço para fins de incidência do ISS é de cunho eminentemente constitucional (art. 156, inciso III, da CF), descabendo a esta Corte, por meio da via recursal eleita, tal apreciação, sob pena de usurpação da competência conferida, tão-somente, ao STF.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

5. Embargos de Declaração de Crisco Empreendimentos S/A rejeitados.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, rejeitar os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.

Brasília/DF, 16 de agosto de 2012 (Data do Julgamento).

NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
MINISTRO RELATOR



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.303.543 - RJ (2010/0170845-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : CRISCO EMPREENDIMENTOS S A
ADVOGADO : Nanci Gama e outro(s)
EMBARGADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA E OUTRO(S)

RELATÓRIO

1. CRISCO EMPREENDIMENTOS S/A opõe Embargos Declaratórios ao acórdão que proveu parcialmente o seu Recurso Especial, pelos fundamentos assim ementados:

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO, PROCESSUAL CIVIL E PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. ART. 535 DO CPC. AUSÊNCIA DE CONTRADIÇÃO OU OMISSÃO. ARTS. 594 DO CC E 110 DO CTN. OFENSA NÃO DEMONSTRADA. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ISSQN. TRANSMISSÃO TELEVISIVA, LICENCIAMENTO DE PRODUTOS E PROPAGANDA ESTÁTICA. DIREITO DE USO E EXPLORAÇÃO DE IMAGEM DE CLUBE DE FUTEBOL, COM O QUAL A RECORRENTE FIRMARA CONTRATOS DE LICENÇA PARA USO DE MARCA E DE EXPLORAÇÃO DE ESPAÇOS PUBLICITÁRIOS. ATIVIDADES EQUIPARADAS PELA AUTORIDADE FISCAL À LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, QUANDO DO AUTUAÇÃO. MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO ADOTADO PELO FISCO NO LANÇAMENTO PELO JUDICIÁRIO, PARA INCLUIR AS ATIVIDADES DA EMPRESA EM OUTRO ITEM DA LISTA DE SERVIÇOS. ERRO DE DIREITO. INADMISSIBILIDADE. ARTS. 142 E 146 DO CTN. APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 31/STF. RECURSO ESPECIAL PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESSA PARTE, PARCIALMENTE PROVIDO, PARA CANCELAR O AUTO DE INFRAÇÃO APENAS QUANTO À COBRANÇA DE ISSQN E MULTA DECORRENTES DAS ATIVIDADES EQUIPARADAS À LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, SEM PREJUÍZO DA RENOVAÇÃO DA AUTUAÇÃO, EM FORMA REGULAR, SE FOR O CASO.

1. Ausentes a contradição ou a omissão alegadas, porque o acórdão impugnado solveu a controvérsia integralmente, não se reconhece qualquer maltrato ao art. 535, incisos I e II do CPC.

2. A ora recorrente propôs ação objetivando a anulação de lançamento tributário efetuado pelo Município do Rio de Janeiro para a



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

cobrança de ISSQN, mais multa por descumprimento de obrigação acessória (não emissão de notas fiscais), sobre atividades de licenciamento de produtos e propaganda estática, ambas equiparadas à locação de bens móveis, conforme legislação tributária municipal.

3. *Essas atividades eram decorrentes de contrato de licenciamento com clube de futebol, por meio do qual foi assegurado à empresa, mediante remuneração, o direito exclusivo de utilizar e explorar, no território brasileiro e no exterior, os direitos à denominação e ao símbolo do licenciante, às marcas registradas ou pendentes de registro em seu nome, bem como o direito ao saldo positivo de parcela das receitas das vendas de ingressos e bilheteria cabíveis ao licenciamento, além do direito de explorar a imagem do clube e de seu patrimônio para todos os fins comerciais lícitos, incluindo, exibição fotográfica, reprodução audiovisual, fixação, transmissão e retransmissão junto ao público de quaisquer atividades desportivas, eventos ou espetáculos de que participasse o licenciante.*

4. *O Tribunal Estadual assentou que os bens disponibilizados onerosamente em favor de terceiros pela apelante no desempenho de seu mister pertencem a outrem (o clube de futebol); por isso, mostra-se equivocado o entendimento de que tal relação consubstancia uma locação e não um serviço; aduziu, ainda, que a atividade desempenhada pela apelante configuraria efetivamente a prestação de serviço exigida para o fim de incidência do ISS, a uma, porque é prestada a terceiros, a duas, porque se relaciona com bens que não são da sua propriedade.*

5. *Compete privativamente à autoridade administrativa fiscal verificar tanto a ocorrência da hipótese de incidência, ou seja, a descrição legislativa de acontecimento ou situação que pode desencadear o nascimento de uma obrigação tributária, como o fato impositivo, ou o fato gerador concreto, ou seja, aquele emergente da situação singular e que se subsume à hipótese de incidência, nos exatos termos do art. 142 do CTN.*

6. *No caso concreto, o que se constata é que a autoridade administrativa reconheceu o fato gerador concreto para fins de incidência do ISSQN como sendo uma locação de bens móveis, embora, essa não seja a real atividade desenvolvida pela empresa, como bem captaram o Julgador Singular e o Tribunal Estadual; todavia, não cabe ao Judiciário substituir a Autoridade Fiscal, para dar outra qualificação jurídica aos fatos por ela já analisados, corrigindo, dessa forma, típico erro de direito do lançamento, pois isso afronta o princípio da legalidade, do qual o princípio da tipicidade fechada é corolário, bem como o da segurança jurídica.*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

7. A Primeira Seção desta Corte encampou a Súmula 227/TFR, segundo a qual a mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento: REsp. 1.130.545/RJ, Rel. Min. LUIZ FUX, DJe 22/02/2011, julgado sob o regime do art. 543-C do CPC.

8. Se a Autoridade Fiscal enquadrou a atividade da recorrente como locação de bens móveis, e o STF já decidiu que sobre ela não incide ISS (Súmula Vinculante 31), mostra-se ilegal a modificação judicial desse critério jurídico, para fins de validar o lançamento efetuado.

9. Ante o exposto, conhece-se parcialmente do recurso e, nessa parte, dá-se-lhe parcial provimento para julgar parcialmente procedente o pedido da ação anulatória, cancelando-se as cobranças descritas nos itens I a VI do auto de infração, que remanesce, no entanto, quanto ao mais, sem prejuízo de novo lançamento, de forma regular, se for o caso.

10. Tendo em vista a sucumbência recíproca, determina-se a compensação, por igual, das despesas e dos honorários advocatícios (fls. 656/658).

2. Aduz que, ao manter o auto de infração quanto à cobrança de ISS sobre a transmissão televisiva, o acórdão embargado incorreu em omissão, assim, caracterizada:

7. O v. acórdão embargado reconheceu que os contratos celebrados entre a ora Embargante e o CLUB DE REGATAS VASCO DA GAMA previam, dentre outros, o direito da primeira de explorar a imagem do CLUB/licenciante. incluindo a reprodução audiovisual (que é a transmissão televisiva).

8. É de se mencionar, nesse ponto, que é totalmente indevida a diferenciação que o acórdão proferido pelo Tribunal de origem fez no que se refere às figuras do CLUB/licenciante e da ora Embargante/licenciada nos contratos que analisou. Ambos são partes - cada um em seu lado - dos mesmos contratos de cessão/licenciamento de direitos, não se podendo admitir que, com relação ao CLUB, se entenda pela cessão e pela inexistência de serviço, e, relativamente à Embargante, se entenda que se trata de intermediação e existência de serviço. O objeto contratado é um só - licença/cessão de direitos concernentes à marca, produtos, imagem e áreas localizadas na sede do CLUB figurando o CLUB e a Embargante nas posições de contratante e contratado. Nada além.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

9. Sabendo-se que a transmissão televisiva trata-se de uma cessão de uso de imagem (obrigação de dar) e os Municípios, nos termos do inciso III do artigo 156 da Constituição Federal ("CF"), somente podem tributar serviços (obrigação de fazer), tem-se que não há como autorizar a incidência do ISS sobre aquela.

10. Note-se que não é porque a fiscalização enquadrou uma cessão em um item da lista de serviço que aquela pode ter sua natureza de obrigação de dar alterada. A locação de bens móveis constava da lista de serviços até o item que a previa ser vetado pelo Exmo. Sr. Presidente da República quando da edição da Lei Complementar 116/2003. Em outras palavras, não é porque um negócio jurídico está previsto na lista municipal que ele se torna um serviço.

11. Afinal, que obrigação de fazer poderia estar incluída na possibilidade de se usar a imagem dos jogadores do CLUB em eventos desportivos?

12. Com a devida licença, o v. acórdão embargado não considerou que a cessão do direito de imagem (transmissão televisiva) não se trata de obrigação de fazer, de modo que os motivos que acarretaram o reconhecimento pelo STF da impossibilidade de se tributar a locação de bens móveis pelo ISS amoldam-se perfeitamente à transmissão televisiva, uma vez que não se pode tributar por referido imposto nenhuma outra obrigação que não seja a de fazer.

13. Ressalte-se que a norma pedagógica contida no artigo 110 Código Tributário Nacional impede a lei tributária de alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado utilizados expressa ou implicitamente pela CF na delimitação da competência tributária dos entes federados, no caso, a prestação de serviços pelos municípios (fls. 663/665).

3. É o que havia de relevante para relatar.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

EDcl no RECURSO ESPECIAL Nº 1.303.543 - RJ (2010/0170845-3)

RELATOR : MINISTRO NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO
EMBARGANTE : CRISCO EMPREENDIMENTOS S A
ADVOGADO : Nanci Gama e outro(s)
EMBARGADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA e outro(s)

VOTO

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO, PROCESSUAL CIVIL E PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ISSQN. ATIVIDADES EQUIPARADAS PELA AUTORIDADE FISCAL À LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, QUANDO DA AUTUAÇÃO. MODIFICAÇÃO DO CRITÉRIO JURÍDICO ADOTADO PELO FISCO NO LANÇAMENTO PELO JUDICIÁRIO, PARA INCLUIR AS ATIVIDADES DA EMPRESA EM OUTRO ITEM DA LISTA DE SERVIÇOS. ERRO DE DIREITO. INADMISSIBILIDADE. ARTS. 142 E 146 DO CTN. APLICABILIDADE DA SÚMULA VINCULANTE 31/STF. CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO APENAS QUANTO À COBRANÇA DE ISSQN E MULTA DECORRENTES DAS ATIVIDADES EQUIPARADAS À LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. AUSÊNCIA DE OMISSÃO. PRETENSÃO DE REDISCUSSÃO DA QUESTÃO. EMBARGOS DECLARATÓRIOS DE CRISCO EMPREENDIMENTOS S/A REJEITADOS.

1. *É da tradição mais respeitável dos estudos de processo que o recurso de Embargos de Declaração, desafiado contra decisão judicial monocrática ou colegiada, se subordina, invencivelmente, à presença de pelo menos um destes requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, querendo isso dizer que, se a decisão embargada não contiver uma dessas falhas, o recurso não deve ser conhecido e, se conhecido, deve ser desprovido.*

2. *Não se presta este recurso sui generis à finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido; no caso, da leitura da extensa peça recursal, observa-se claramente ser esse o intuito da embargante.*

3. *Vê-se que a nulidade parcial do auto de infração decorreu do convencimento desta Turma de que algumas atividades ali descritas foram equiparadas à de locação de bens móveis pela Autoridade Fiscal;*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

dessa forma, em razão da decisão do STF sobre a inexistência de serviço nesse caso, concluiu-se que não poderia haver alteração do auto infracional pelo Judiciário, nada obstante as tarefas ali consignadas não correspondessem, exatamente, à de locação de bens móveis.

4. *Asseverou-se, por outro lado, que a discussão em torno do conceito de serviço para fins de incidência do ISS é de cunho eminentemente constitucional (art. 156, inciso III, da CF), descabendo a esta Corte, por meio da via recursal eleita, tal apreciação, sob pena de usurpação da competência conferida, tão-somente, ao STF.*

5. *Embargos de Declaração de Crisco Empreendimentos S/A rejeitados.*

1. A suposta omissão, em verdade, não ocorreu. No ponto, as alegações repetem aquelas externadas no Recurso Especial e foram suficientemente esclarecidas por ocasião do seu julgamento, denotando o intuito revisional da pretensão, incabível, como cediço, por meio de Embargos.

2. Vê-se que a nulidade parcial do auto de infração decorreu do convencimento desta Turma de que algumas atividades ali descritas *foram equiparadas à de locação de bens móveis*; dessa forma, em razão da decisão do STF sobre a inexistência de serviço nesse caso, concluiu-se que não poderia haver alteração do auto infracional pelo Judiciário, nada obstante as tarefas ali consignadas não correspondessem, exatamente, à de locação de bens móveis.

3. Asseverou-se, por outro lado, que a discussão em torno do conceito de serviço para fins de incidência do ISS é de cunho eminentemente constitucional (art. 156, inciso III, da CF), descabendo a esta Corte, por meio da via recursal eleita, tal apreciação, sob pena de usurpação da competência conferida, tão-somente, ao STF.

4. Com efeito, consignou o voto condutor do acórdão impugnado o seguinte, no que interessa:

7. *Aos Municípios, a Constituição conferiu a competência para*



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

a cobrança do ISSQN, desde que não compreendidos no art. 155, II da Carta Magna, estando fora do seu âmbito, portanto, as operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior (art. 155, II, e 156, III da CF/88).

8. Para sofrer a incidência do ISS, o serviço deve estar incluído na lista de serviços que acompanha a Lei Complementar; em outras palavras, a competência tributária dos Municípios atribuída pela CF está limitada à Lista de Serviços que, em Lei complementar, define quais as hipóteses de incidência.

9. Essa lista, segundo a jurisprudência desta Corte e também do STF, é taxativa, ou seja, não admite a utilização da analogia para estabelecer obrigação tributária não prevista em Lei, admitindo-se, no entanto, a interpretação extensiva da cada item, para o fim de alcançar os serviços prestados sob nomenclaturas diferentes, mas que correspondam em sua substância àqueles listados expressamente. A questão restou pacificada nesta Corte, por meio de recurso submetido ao rito do art. 543-C do CPC, conforme se depreende da seguinte ementa:

TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS BANCÁRIOS. ISS. LISTA DE SERVIÇOS. TAXATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA.

1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres.

2. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (REsp. 1.111.234/PR, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 08.10.2009).

10. Nesse mesmo julgamento restou assentado que o exame de compatibilidade dos serviços efetivamente prestados com aqueles previstos abstratamente na referida Lista deve ser levado a termo pelas instâncias de origem, sendo inviável de ser analisado em sede de Recurso Especial, nos termos da Súmula 7/STJ.

11. Registre-se, ainda, que a Primeira Seção deste STJ possui entendimento tranquilo de que a discussão em torno do conceito de serviço para fins de incidência do ISS é de cunho eminentemente constitucional (art. 156, inciso III, da Constituição Federal), descabendo a esta Corte, por meio da via recursal eleita, tal apreciação, sob pena de usurpação da competência conferida, tão-somente, ao Supremo Tribunal Federal (AgRg



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

no REsp. 1.191.465/ES, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, DJe 10.03.2011).

12. Assim, saber se a atividade desenvolvida pela recorrente de uso e exploração de produtos, marcas, imagem e espaços físicos e transmissão televisiva constitui serviço para fins de incidência do ISS é tarefa a ser descortinada pelo Colendo STF.

13. De qualquer forma, a questão que interessa ao caso concreto é outra e diz com o malferimento dos arts. 128 do CPC e 142 do CTN. Segundo a ora recorrente, o Tribunal a quo desconsiderou o enquadramento legal conferido pela própria autoridade fiscal às suas atividades, qual seja, de equipararem-se à de locação de bens móveis, cuja incidência do ISS já fora afastada definitivamente pelo colendo STF, que editou a Súmula Vinculante 31, segundo a qual é inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS - sobre operações de locação de bens móveis.

14. Afirma, ainda, que o Judiciário não pode substituir lançamento realizado, para reenquadrar as atividades da recorrente em outro item da lista de serviços, como se autoridade fiscal fosse. Aduz que, ao não se ater ao lançamento efetuado e afirmar que a cobrança seria correta, porque a recorrente presta serviços de intermediação e agenciamento de marcas e produtos e não de locação de bens móveis, não se tem dúvidas de que o acórdão recorrido pretendeu substituir o lançamento, fundamentando a exigência em item diverso do indicado pelo Recorrido, em afronta ao art. 142 do CTN, que determina que a atividade de lançamento compete privativamente à autoridade administrativa.

15. Nesse ponto, penso que a insurgência merece acolhimento.

16. Como visto, à exceção do item VII do auto de infração, todas as demais atividades foram equiparadas à locação de bens móveis; nesse contexto, a pergunta que deve ser respondida é a seguinte: pode o Judiciário corrigir o lançamento feito pela autoridade fiscal competente, de forma definitiva, para dar outro enquadramento jurídico ao fato gerador?

17. Diz o art. 142 do CTN:

Art. 142 - Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

18. *Vê-se que a autoridade administrativa deve verificar, privativamente, tanto a ocorrência da hipótese de incidência, ou seja, a descrição legislativa de acontecimento ou situação que pode desencadear o nascimento de uma obrigação tributária, como o fato imponível, ou o fato gerador concreto, ou seja, aquele emergente da situação singular e que se subsume à hipótese de incidência (ROQUE ANTÔNIO CARAZZA, O fato gerador da obrigação tributária, Tratado de Direito Tributário, vol. 2, São Paulo, Editora Saraiva, 2011, pág. 118/119).*

19. *Compete-lhe exclusivamente tipificar essa realidade ou fenômeno ocorrido concretamente de forma a verificar se ele se subsume fielmente aos elementos da hipótese de incidência.*

20. *É por meio desse ato administrativo singular (embora muitas vezes precedido de um procedimento preparatório) que a obrigação tributária se materializa e passa a ser exigível o crédito ali consignado.*

21. *Assim, retornando ao caso concreto, o que se constata é que a autoridade administrativa reconheceu o fato gerador concreto para fins de incidência do ISSQN como sendo uma locação de bens móveis, embora, essa não seja a real atividade desenvolvida pela empresa, como bem captaram o Julgador Singular e o Tribunal Estadual; todavia, não cabe ao Judiciário substituir a Autoridade Fiscal, para dar outra qualificação jurídica aos fatos por ela já analisados, corrigindo, dessa forma, típico erro de direito do lançamento, pois isso quebra o princípio da legalidade, do qual o princípio da tipicidade fechada é corolário, bem como o princípio da segurança jurídica.*

(...).

25. *Assim, se a Autoridade Fiscal enquadrou a atividade da recorrente como locação de bens móveis, e o STF já decidiu que sobre ela não incide ISS (Súmula Vinculante 31), mostra-se ilegal a modificação judicial desse critério jurídico, para fins de validar o lançamento efetuado (fls. 646/653).*

5. . É da tradição mais respeitável dos estudos de processo que o recurso de Embargos de Declaração, desafiado contra decisão judicial monocrática ou colegiada, se subordina, invencivelmente, à presença de pelo menos um destes



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

requisitos: (a) obscuridade, (b) contradição ou (c) omissão, querendo isso dizer que, se a decisão embargada não contiver uma dessas falhas, o recurso não deve ser conhecido e, se conhecido, deve ser desprovido; não se presta este recurso *sui generis* à finalidade de sustentar eventual incorreção do decisum hostilizado ou propiciar novo exame da própria questão de direito material, de modo a viabilizar, em sede processual inadequada, a desconstituição de ato judicial regularmente proferido.

6. Ante o exposto, rejeitam-se os Embargos de Declaração.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2010/0170845-3 **PROCESSO ELETRÔNICO** **EDcl no**
REsp 1.303.543 / RJ

Números Origem: 188566320078190001 20070010180725 200800132130 200913518674
201013705638

EM MESA

JULGADO: 16/08/2012

Relator

Exmo. Sr. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **ARNALDO ESTEVES LIMA**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **DENISE VINCI TULIO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : CRISCO EMPREENDIMENTOS S A
ADVOGADO : Nanci Gama e outro(s)
RECORRIDO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA e outro(s)

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

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO

EMBARGANTE : CRISCO EMPREENDIMENTOS S A
ADVOGADO : Nanci Gama e outro(s)
EMBARGADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADOR : GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA e outro(s)

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, rejeitou os embargos de declaração, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Teori Albino Zavascki e Arnaldo Esteves Lima (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Ausente, justificadamente, o Sr. Ministro Francisco Falcão.