

10/03/2009

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 721.711-2 RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO
AGRAVANTE(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO(A/S) : GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA
AGRAVADO(A/S) : COMMAT COMÉRCIO DE MÁQUINAS LTDA
ADVOGADO(A/S) : IGOR FARIAS CRUZ LIMA E OUTRO(A/S)

E M E N T A: **IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) - LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS - INADMISSIBILIDADE**, EM TAL HIPÓTESE, **DA INCIDÊNCIA** DESSE TRIBUTU MUNICIPAL - **DISTINÇÃO NECESSÁRIA ENTRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS (OBRIGAÇÃO DE DAR OU DE ENTREGAR) E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (OBRIGAÇÃO DE FAZER) - IMPOSSIBILIDADE** DE A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL **ALTERAR A DEFINIÇÃO E O ALCANCE DE CONCEITOS** DE DIREITO PRIVADO (CTN, ART. 110) - **INCONSTITUCIONALIDADE** DO ITEM 79 DA ANTIGA LISTA DE SERVIÇOS **ANEXA** AO DECRETO-LEI Nº 406/68 - **PRECEDENTES** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL - **RECURSO IMPROVIDO**.

- Não se revela tributável, mediante ISS, a locação de bens móveis (que consubstancia obrigação de dar ou de entregar), eis que esse tributo municipal somente pode incidir sobre obrigações de fazer, a cuja matriz conceitual não se ajusta a figura contratual da locação de bens móveis. **Precedentes** (STF). **Doutrina**.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros do Supremo Tribunal Federal, em Segunda Turma, sob a Presidência da Ministra Ellen Gracie, na conformidade da ata de julgamentos e das notas taquigráficas, por unanimidade de votos, em negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau.

Brasília, 10 de março de 2009.



CELSO DE MELLO - RELATOR



10/03/2009

SEGUNDA TURMA

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 721.711-2 RIO DE JANEIRO

RELATOR : **MIN. CELSO DE MELLO**
AGRAVANTE(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
ADVOGADO(A/S) : GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA
AGRAVADO(A/S) : COMMAT COMÉRCIO DE MÁQUINAS LTDA
ADVOGADO(A/S) : IGOR FARIAS CRUZ LIMA E OUTRO(A/S)

R E L A T Ó R I O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Trata-se de recurso de agravo, tempestivamente interposto, contra decisão que negou provimento ao agravo de instrumento deduzido pela parte ora agravante (fls. 256/257).

Inconformada com esse ato decisório, a parte ora agravante interpõe o presente recurso, postulando o provimento do agravo de instrumento que deduziu (fls. 260/280).

Por não me convencer das razões expostas, submeto, à apreciação desta Colenda Turma, o presente recurso de agravo.

É o relatório.



AI 721.711-AgR / RJ

V O T O

O SENHOR MINISTRO CELSO DE MELLO - (Relator): Não assiste razão à parte ora recorrente, eis que a decisão agravada ajusta-se, com integral fidelidade, à diretriz jurisprudencial que o Supremo Tribunal Federal firmou na matéria em exame.

Cabe rememorar, na análise da presente causa, que a tributabilidade dos serviços de qualquer natureza, não compreendidos na esfera de competência impositiva das demais pessoas estatais, traduz prerrogativa que pertence aos Municípios, os quais, para esse efeito, ainda que em caráter residual (RICARDO LOBO TORRES, "Curso de Direito Financeiro e Tributário", p. 360, item n. 7.3, 9ª ed., 2002, Renovar), dispõem do poder de instituir o ISS relativamente aos serviços definidos em lei complementar editada pela União Federal (CF/69, art. 24, II; CF/88, art. 156, III).

A lista de serviços é taxativa (RTJ 89/281). O rol que nela se contém constitui "numerus clausus", embora admissível a sua interpretação compreensiva (RDA 118/155, Rel. Min. THOMPSON FLORES). O que se não pode aceitar - até como natural consectário do princípio constitucional da reserva de lei em matéria tributária - é a inovação do rol, para, nele, acrescentar-se, em sede normativa



AI 721.711-Agr / RJ

local, categoria de serviços **não prevista** na lista elaborada pela **União Federal**.

A **controvérsia** suscitada na presente causa - **que reside** na discussão **em torno** da tributabilidade, ou não, **mediante ISS**, da locação de bens móveis - **consiste** em saber **se se revela juridicamente lícita**, para efeito tributário, **a qualificação** das obrigações fundadas no negócio contratual **da locação de bens** como atividade caracterizadora de prestação de serviços, **para fins** de incidência **do mencionado** tributo municipal.

Tenho para mim, Senhores Ministros, **na mesma linha** do entendimento de AIRES FERNANDINO BARRETO ("Revista de Direito Tributário", vol. 38/192) e de CLÉBER GIARDINO ("Revista de Direito Tributário", vol. 38/196), **que a qualificação** da "locação de bens móveis" **como serviço**, para efeito de tributação municipal **mediante ISS**, **nada mais significará**, caso permitida, **senão** o inadmissível reconhecimento da possibilidade de **arbitrária manipulação**, por lei complementar, **da repartição constitucional** de competências impositivas, **eis que o ISS somente pode incidir sobre obrigações de fazer**, a cuja matriz conceitual **não se ajusta** a figura contratual da locação de bens móveis.



AI 721.711-AgR / RJ

Cabe advertir, neste ponto, que a locação de bens móveis não se identifica nem se qualifica, para efeitos constitucionais, como serviço, pois esse negócio jurídico - considerados os elementos essenciais que lhe compõem a estrutura material - não envolve a prática de atos que consubstanciem um "praestare" ou um "facere".

Na realidade, a locação de bens móveis configura verdadeira obrigação de dar, como resulta claro do art. 565 do vigente Código Civil (que reproduz idêntica disposição contida no art. 1.188 do Código Civil de 1916): "Na locação de coisas, uma das partes se obriga a ceder à outra, por tempo determinado ou não, o uso e gozo de coisa não fungível, mediante certa retribuição" (grifei).

Esse entendimento - que identifica, na figura contratual da locação de bens móveis, a presença de uma típica obrigação de dar, fundada na cessão de coisa não fungível - encontra apoio em autorizado magistério doutrinário (SILVIO RODRIGUES, "Direito Civil", vol. 3/219-221, itens ns. 96/98, 28ª ed., 2002, Saraiva; CAIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, "Instituições de Direito Civil", vol. III/178-185, item n. 238, 10ª ed., 2002, Forense; SÍLVIO DE SALVO VENOSA, "Direito Civil", vol. 3/150, item n. 7.2,



AI 721.711-AgR / RJ

5ª ed., 2005, Atlas; ORLANDO GOMES, "Contratos", p. 328, 330/332 e 335, itens ns. 209/210 e 214, 7ª ed., 1979, Forense, v.g.).

Insista-se, portanto, na asserção de que, para efeito de configuração do contrato de locação de coisas ("locatio rerum", que se distingue, juridicamente, da "locatio operarum" e da "locatio operis faciendi"), a entrega de coisa não fungível constitui, nos termos de nosso vigente estatuto civil (art. 565 c/c o art. 566, I), um dos "essentialia negotii", como acentua MARIA HELENA DINIZ ("Curso de Direito Civil Brasileiro", vol. 3/244-245, 18ª ed., 2003, Saraiva):

"A entrega da coisa locada é o principal dever do locador, por ser ela um meio indispensável para a fruição do uso e gozo do bem, o que constitui elemento essencial do contrato de locação. Sem tal entrega, a locação não se efetiva." (grifei)

O fato irrecusável é um só, Senhores Ministros: a Constituição, quando atribui competência impositiva ao Município para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência das outras pessoas políticas, exige que só se alcancem, mediante incidência do ISS, os atos e fatos que se possam qualificar, juridicamente, como serviços.



AI 721.711-AgR / RJ

Cumpre assinalar, por necessário, **especialmente** em face das considerações expostas, que a legislação tributária emanada de qualquer das pessoas políticas **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, para definir ou limitar competências tributárias.

Veja-se, pois, que, **para efeito** de definição e de identificação do conteúdo e do alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, o **Código Tributário Nacional**, em seu art. 110, "**faz prevalecer** o império do Direito Privado - Civil ou Comercial (...)" (ALIOMAR BALEEIRO, "**Direito Tributário Brasileiro**", p. 687, item n. 2, **atualizado** pela Professora MISABEL ABREU MACHADO DERZI, 11ª ed., 2003, Forense - **grifei**), **razão pela qual** esta Suprema Corte, para fins jurídico-tributários, **não pode recusar**, ao instituto da **locação de bens móveis**, a definição que lhe é dada pelo **Código Civil** (art. 565), **sob pena de prestigiar**, no tema, a **interpretação econômica** do direito tributário, **em detrimento do postulado da tipicidade**, que representa, no contexto de nosso sistema normativo, **projeção natural e necessária** do princípio constitucional da reserva absoluta de lei, **consoante adverte o magistério da doutrina** (GILBERTO DE ULHÔA CANTO, "in" **Caderno de Pesquisas Tributárias** n° 13/493, 1989, Resenha Tributária; GABRIEL



AI 721.711-AgR / RJ

LACERDA TROIANELLI, "O ISS sobre a Locação de Bens Móveis", "in" **Revista Dialética de Direito Tributário**, vol. 28/7-11, 8-9).

A pretensão jurídica ora deduzida pelo Município recorrente - **que considera** juridicamente qualificável, **como serviço**, a locação de bens móveis - **não se revela acolhível**, eis que, **mais do que conflitar** com o que prescreve o art. 110 do Código Tributário Nacional, **mostra-se em desarmonia** com a Lei Fundamental, que, **em matéria tributária**, instituiu clara e rígida repartição constitucional de competências impositivas.

Na realidade, a postulação recursal em causa não tem o beneplácito do entendimento **que o Plenário** desta Suprema Corte firmou no julgamento do RE 116.121/SP, Rel. p/ o acórdão Min. MARCO AURÉLIO (RTJ 178/1265), **quando** definiu, **nos mesmos** termos ora expostos **neste** voto, a controvérsia em análise, **proferindo**, então, decisão consubstanciada em acórdão assim ementado:

"TRIBUTO - FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. **Conflita** com a Lei Maior dispositivo **que imponha o tributo** considerado contrato de locação de bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprio,




AI 721.711-AgR / RJ

descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável - artigo 110 do Código Tributário Nacional." (grifei)

Cumprе ressaltar, por necessário, que essa orientação vem sendo observada em julgamentos - monocráticos e colegiados - proferidos no âmbito desta Corte (AI 485.707-AgR/DF, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - AI 551.336-AgR/RJ, Rel. Min. ELLEN GRACIE - RE 425.281/RO, Rel. Min. CARLOS VELLOSO - RE 452.591-AgR/DF, Rel. Min. EROS GRAU - RE 455.613-AgR/MG, Rel. Min. RICARDO LEWANDOWSKI - RE 465.143-AgR/RJ, Rel. Min. JOAQUIM BARBOSA - RE 465.817-AgR/MG, Rel. Min. CARLOS BRITTO):

"IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS (ISS) - LOCAÇÃO DE VEÍCULO AUTOMOTOR - **INADMISSIBILIDADE** DA INCIDÊNCIA DESSE TRIBUTU MUNICIPAL - **DISTINÇÃO** ENTRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS (OBRIGAÇÃO DE DAR OU DE ENTREGAR) E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS (OBRIGAÇÃO DE FAZER) - **IMPOSSIBILIDADE** DE A LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA MUNICIPAL **ALTERAR** A DEFINIÇÃO E O ALCANCE **DE CONCEITOS** DE DIREITO PRIVADO (CTN, ART. 110) - **INCONSTITUCIONALIDADE** DO ITEM 79 DA **ANTIGA** LISTA DE SERVIÇOS **ANEXA** AO DECRETO-LEI Nº 406/68 - **PRECEDENTES** DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL (...)." (AC 661-QO/MG, Rel. Min. CELSO DE MELLO)

"1. RECURSO. Extraordinário. **Inadmissibilidade**. Imposto Sobre Serviços (ISS). Incidência sobre locação de bens móveis. **Inconstitucionalidade**. **Controle difuso**. Efeito 'ex nunc'. **Impossibilidade**. Não se aplica o efeito 'ex nunc' a declaração de inconstitucionalidade em processo de controle difuso." (AI 589.958-AgR/RJ, Rel. Min. CEZAR PELUSO - grifei)



AI 721.711-AgR / RJ

"Agravamento regimental em recurso extraordinário. 2. Tributário. ISS. Incidência sobre locação de bens móveis. Impossibilidade. Precedentes. 3. Declaração de efeitos meramente prospectivos. Ausência de risco à segurança jurídica ou excepcional interesse social. 4. Agravamento regimental a que se nega provimento." (RE 490.277-AgR/RJ, Rel. Min. GILMAR MENDES - grifei)

Sendo assim, e tendo em consideração as razões expostas, nego provimento ao presente recurso de agravo, mantendo, em consequência, por seus próprios fundamentos, a decisão ora recorrida.

É o meu voto.



SEGUNDA TURMA

EXTRATO DE ATA

AG.REG.NO AGRAVO DE INSTRUMENTO 721.711-2

PROCED. : RIO DE JANEIRO

RELATOR : MIN. CELSO DE MELLO

AGTE.(S) : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

ADV.(A/S) : GUSTAVO DA GAMA VITAL DE OLIVEIRA

AGDO.(A/S) : COMMAT COMÉRCIO DE MÁQUINAS LTDA

ADV.(A/S) : IGOR FARIAS CRUZ LIMA E OUTRO (A/S)

Decisão: A Turma, à unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Relator. Ausentes, justificadamente, neste julgamento, os Senhores Ministros Joaquim Barbosa e Eros Grau. **2ª Turma**, 10.03.2009.

Presidência da Senhora Ministra Ellen Gracie. Presentes à sessão os Senhores Ministros Celso de Mello, Cezar Peluso e Joaquim Barbosa. Ausente, justificadamente, o Senhor Ministro Eros Grau.

Subprocurador-Geral da República, Dr. Francisco Adalberto Nóbrega.

Carlos Alberto Cantanhede
Coordenador