

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

INCONSTITUCIONALIDADE DE LEI

Recurso REsp 905.536/
Tribunal STJ
Relator José Delgado

INCONSTITUCIONALIDADE DA INCIDÊNCIA — REPETIÇÃO DO INDÉBITO - PRESCRIÇÃO DECENAL

RESUMO

- Revelam os autos que L.L.F.E. LTDA. ajuizou ação declaratória c/c repetição de indébito em face do Município de Belo Horizonte, batendo-se contra a cobrança de ISS nas operações de locação de bens móveis. - O Magistrado da causa reconheceu a inconstitucionalidade da exação e condenou a Municipalidade à repetição do indébito desde agosto de 1998 até abril de 2003. - Pois bem. - Enfrentando o cerne da controvérsia, relativamente à incidência de ISSQN sobre locação de bens móveis, reputava devido referenciado tributo, não vislumbrando eiva de inconstitucionalidade no item nº 79 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-Lei nº 406/68, com a redação dada pela Lei Complementar nº 56/87. - Com efeito, entendia que a locação de bens móveis implicava a venda de um bem imaterial, consistente justamente no serviço, e como tal podia perfeitamente ser tributado pelo ISSQN, sem qualquer violação ao artigo 156, III, da CR. - Isso porque, conforme sustentei em outros julgados, na locação de bens móveis prepondera a utilização de um serviço, e não o uso e gozo da coisa. "Mutatis mutandis", a atividade econômica desenvolvida pela sociedade empresária, em casos tais, é precipuamente a oferta do serviço de locar bens móveis. - Pois bem. - O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, em sua nova composição, vem reiteradamente decidindo pela impossibilidade de incidência de ISSQN na locação de bens móveis (RE-AgR 446003/ PR, RE-AgR 464477/MG, AI-AgR 543317/RJ, AI-AgR 551336/RJ). - Tais decisões corroboram o entendimento já assentado no Recurso Extraordinário nº 116.121/SP, oportunidade em que foi declarada a inconstitucionalidade da expressão 'locação de bens móveis', constante do item 79 da Lista de Serviços a que se refere o Decreto nº 406/68, na redação dada pela Lei Complementar nº 56/87. - O argumento utilizado pelo Pretório Excelso é o de que a locação de bens móveis não se caracteriza como serviço, e sim verdadeira obrigação de dar, o que impede a incidência do ISSQN. A título de ilustração, trago à baila excerto do voto proferido pelo e. Min. CELSO DE MELLO no julgamento do RE-AgR 446003 / PR (DJ 04/08/2006), que bem elucida a controvérsia instaurada nestes autos: "(...) 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.'" - Num cenário como o que se apresenta, desde então me ombreei às decisões da Corte Suprema, de modo a reconhecer a inconstitucionalidade da incidência do ISSQN sobre locação de bens móveis. - Assim sendo, entendo que merece confirmação a sentença na parte em que reconheceu a inconstitucionalidade da cobrança do ISSQN nas operações de locação de bens móveis. - Quanto ao percentual de juros e aos índices de correção monetária, bem como em relação aos termos iniciais de incidência dos referidos encargos, o decisum também se encontra irretocável. - Lado outro, não corroboro da tese perfilhada pelo MUNICÍPIO e acolhida pelo Julgador singular, relativamente ao cômputo do prazo prescricional de 5 (cinco) anos para o pleito de repetição de indébito em apreço. - Explico. - Como sabido, o

ISS é tributo apurado e recolhido pelo próprio sujeito passivo, sendo que a homologação, ato privativo da Administração Fazendária, ocorre posteriormente, de forma expressa ou de forma tácita, em conformidade com o artigo 150, 'caput' e parágrafo 4º, do CTN, "verbis": "Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa. (omissis) § 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se hom

EMENTA

Na esteira de recentes julgados do Excelso Pretório, padece de inconstitucionalidade o item 79 do Decreto-Lei 406/68, que prevê a incidência do ISSQN sobre locação de bens móveis. - O prazo prescricional para a repetição/compensação dos tributos sujeitos a lançamento por homologação começa a fluir decorridos 5 (cinco) anos da ocorrência do fato gerador, acrescidos de mais um quinquênio computado do termo final do prazo atribuído ao Fisco para realizar a homologação. (REsp 905.536/DF, DJ 26/06/2007, Rel. Des. José Delgado)