



MINISTÉRIO PÚBLICO FEDERAL  
Procuradoria-Geral da República

Nº 116840/2016 PGR - RJMB

**Recurso Extraordinário com Agravo 855.012 - RJ -  
Eletrônico**

Relatora: Ministra **Cármem Lúcia**  
Agravante: Globosat Programadora Ltda.  
Agravado: Município do Rio de Janeiro

RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AÇÃO ANULATÓRIA. INCIDÊNCIA DE ISS. ALEGADA OFENSA AOS ARTS. 103-A E 156, III, DA CF. OFENSA REFLEXA À CF. IMPOSSIBILIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. CESSÃO DE DIREITO DE USO DE PROGRAMAÇÃO. ISS. INADEQUAÇÃO.

1. Não deve ser conhecido o recurso quanto à apontada violação aos arts. 103-A e 156, III, da CF, tendo em vista que, para a apreciação do pleito recursal, necessária seria a interpretação da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Decreto-Lei 406/68, Lei 691/84, Lei 1.194/87 e LC 116/2003) e o revolvimento de fatos e provas, providências incabíveis na via estreita do RE. Prejudicado o exame da repercussão geral quanto ao ponto, tendo em conta a impossibilidade de seguimento do apelo extremo, nos termos do art. 323, *caput*, do Regimento Interno do STF.

2. A cessão de direito de uso de programação, por não envolver qualquer esforço humano ou obrigação de fazer do cedente em favor do cessionário, não tem natureza jurídica de serviços, não se submetendo, portanto, ao ISS.

3. Parecer pelo desprovimento do agravo e, caso provido, opina, quanto ao mérito, pelo provimento do recurso extraordinário, para declarar-se a inconstitucionalidade da incidência de ISS sobre a cessão de direito de uso de programação.

Trata-se de agravo nos próprios autos, interposto na forma do art. 544 do antigo CPC, com a redação da Lei 12.322/10, contra decisão que inadmitiu o recurso extraordinário, considerando incidentes os enunciados das Súmulas 279 e 284 do STF (fls. 1096/1106).

Na origem, a ora recorrente ajuizou ação de repetição de indébito em face do Município do Rio de Janeiro, sustentando a não incidência de ISS sobre a cessão de direito de uso de programação.

Julgado improcedente seu pedido, recorreu à Corte Estadual, que negou provimento ao apelo em acórdão assim ementado (fls. 680/684):

Tributário. ISS sobre locação de bens móveis. Posição consolidada das 1ª e 2ª Turmas do STF, do STJ e do TJRJ a respeito da não incidência do ISS sobre locação de bens móveis. Cessão do direito de uso de programação televisiva mediante remuneração. Inocorrência de entrega de bem móvel a terceiro para seu uso e gozo mediante remuneração, conduta que caracteriza a locação de bem móvel. Os artigos 82 e 83 do CC estabelecem que bens são considerados móveis, não se incluindo, dentre eles, o direito de uso de programação. **Apelação desprovida.**

Opostos embargos declaratórios, o recurso foi desprovido, o que levou à interposição de recurso especial, no qual se alegou violação ao art. 535, II, do antigo CPC. Cassada a decisão que negou

seguimento aos aclaratórios, foi proferido novo acórdão, assim ementado (fls. 970/974):

Embargos Declaratórios. Omissão com relação à ofensa dos arts. 156, III da Constituição da República e 110 do CTN. Entendimento do Pleno do STF, inclusive em caso de repercussão geral, que o ISS incide sobre qualquer serviço consubstanciado em prestação de fazer. ***Recurso conhecido, negando-se provimento ao mesmo.***

Sobreveio o presente recurso extraordinário, no qual a empresa sustenta a repercussão geral da matéria e, no mérito, ofensa aos arts. 103-A e 156, III, da CF, ante o enunciado da Súmula Vinculante 31, pois a cessão de direito de uso de programação não caracterizaria obrigação de fazer para fins de incidência do ISS (fls. 1069/1086).

Inadmitido o recurso, sobreveio o presente agravo, no qual os agravantes defendem a satisfação dos pressupostos processuais para o processamento do recurso extraordinário (fls. 1137/1152).

Em síntese, os fatos de interesse.

Preliminarmente, verifica-se que o agravo é tempestivo, a parte é legítima, está devidamente representada nos autos e os fundamentos da decisão atacada foram impugnados. Por isso, deve ser admitido.

Conforme relatado, a empresa sustenta em seu recurso a repercussão geral da matéria e a ofensa aos arts. 103-A e 156, III, da CF.

Defende, em síntese, que (fls. 1083/1084):

[...] ao contrário do que decidiu o acórdão recorrido com apoio da sentença, na atividade de “ceder o uso de coisa, temporariamente e mediante contraprestação” – que equivale à definição de locação do art. 1.188 do CC/16 –, não há qualquer obrigação de fazer, mas simples obrigação de dar, como bem explicitou o Ministro Celso de Mello no julgamento, em sessão plenária, do RE nº 116.121-SP:

[...]

Vê-se, pois, que ao validar a incidência de ISS sobre cessão de direito de uso de programação, o Tribunal *a quo* ofendeu o art. 103-A da CF, ao negar aplicação à Súmula Vinculante nº 31, e o art. 156, III, da CF/88.

No mérito, o agravo não comporta provimento.

A apreciação do pleito recursal demandaria a interpretação da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Leis 691/84 e 1.194/87, do Município do Rio de Janeiro, Decreto-Lei 406/68, e LC 116/2003), o que inviabiliza o processamento do RE, por tratar-se de eventual ofensa indireta à CF. Além disso, haveria necessidade de reexame de fatos e provas, o que também é inviável na via estreita do RE, a teor do enunciado 279 da Súmula do STF. Nesse sentido são os seguintes julgados dessa Suprema Corte:

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. TRIBUTÁRIO. 1. Incidência de Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN. **Contrato de cessão**

**de direito de uso de imagem. Interpretação de normas infraconstitucionais. Ofensa constitucional indireta.** 2. Natureza jurídica do contrato: necessidade de reexame de fatos e provas. Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental ao qual se nega provimento. (ARE 688.978 AgR, Rel. Min. Cármen Lúcia, DJ 18/9/12)

AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM RESTITUIÇÃO DE TRIBUTO. PRODUÇÃO DE FILMES E VÍDEOS PUBLICITÁRIOS. INCIDÊNCIA, OU NÃO, DE ISS. LEI COMPLEMENTAR N. 116/2003. A REPERCUSSÃO GERAL NÃO DISPENSA O PREENCHIMENTO DOS DEMAIS REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DOS RECURSOS. ART. 323 DO RISTF C.C. ART. 102, III, § 3º, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. CONTROVÉRSIA INFRACONSTITUCIONAL. OFENSA REFLEXA. REEXAME DE FATOS E PROVAS. SÚMULA N. 279 DO STF. INVIABILIDADE DO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. 1. A repercussão geral pressupõe recurso admissível sob o crivo dos demais requisitos constitucionais e processuais de admissibilidade (art. 323 do RISTF). 2. Consectariamente, se o recurso é inadmissível por outro motivo, não há como se pretender seja reconhecida “a repercussão geral das questões constitucionais discutidas no caso” (art. 102, III, § 3º, da CF). 3. Entendimento diverso do adotado pela Corte de origem, como deseja o recorrente, quanto à ausência, ou não, de subsunção do suporte fático dos autos aos critérios definidos na hipótese normativa que rege a incidência do ISS, implicaria, necessariamente, na análise da legislação infraconstitucional que disciplina a espécie (LC n. 116/2003), bem como no reexame do contexto fático-probatório engendrado nos autos. Por isso, além de eventual ofensa à Constituição ocorrer de forma indireta, incide, no caso, o Enunciado da Súmula n. 279 do Supremo Tribunal Federal, que interdita a esta Corte, em sede de recurso extraordinário, sindicarem matéria fática. (...) 4. *In casu*, o acórdão recorrido assentou: “apelação cível. ação declaratória cumulada com restituição de tributo. ISS. produção de filmes e vídeos publicitários. atividade sujeita ao item 13 da Lista Anexa à lei complementar nº 116/2003. improcedência. - Os serviços tributáveis exclusivamente pelo Município, por intermédio do ISS,

acham-se relacionados em lista cuja taxatividade, constituindo natural consequência do princípio da legalidade tributária, tem sido reconhecida tanto pela doutrina, como pela jurisprudência. - Irrelevância, no caso, do veto presidencial ao item 13.01 da Lista Anexa à LC nº 116/2003, porque permanece sob a incidência do ISS, a produção de filmes e vídeos, sob encomenda de terceiros, conforme item 13 da mesma lista. - Redação idêntica ao item 65 da Lista prevista no DL nº 406/68, cuja legalidade e constitucionalidade foi declarada pela jurisprudência do STJ e do STF - Apelação desprovida. Voto vencido.” 5. Agravo regimental interposto visando à não-tributação da atividade de produção de filmes e vídeos publicitários, editados por encomenda de terceiros, ante o fato de o Presidente da República apôr veto ao projeto de Lei Complementar nº 116/2003, no ponto que se dispôs sobre a matéria. Pretensão insubsistente, dado que a “atividade de produção, para terceiros, de filmes e vídeos publicitários”, desenvolvida pela agravante e tem como destinatário consumidor final, hipótese fática jurídica de incidência tributária prevista na Lista Anexa ao Decreto-lei nº 406/68, item 65. Logo, não há falar em ausência de legislação autorizadora da obrigação. 6. Agravo regimental não provido. (AI 823414 AgR, Rel. Min. Luiz Fux, DJ 29/5/13).

Prejudicada a análise do requisito da repercussão geral, ante a impossibilidade de seguimento do apelo extremo, nos termos do art. 323, *caput*, do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal, com a redação da Emenda Regimental 21, de 30/4/2007.

De todo modo, caso assim não se entenda – o que se admite apenas a título de argumentação –, vê-se que as razões do recurso merecem prosperar.

Como relatado, a recorrente sustenta que a Corte Estadual teria se equivocado ao manter a exigência do ISS sobre a cessão de

direito de uso de programação (transmissão televisiva), uma vez que tal cessão não configuraria serviço, não servindo como fato gerador do imposto. Requer, portanto, a reforma do acórdão recorrido para que seja reconhecida a impossibilidade de o ISS incidir sobre a atividade de cessão de direito de uso de programação.

Como sabido, essa Suprema Corte entende que “*é inconstitucional a incidência do imposto sobre serviços de qualquer natureza - ISS sobre operações de locação de bens móveis*” (Súmula Vinculante 31/STF). No caso, interpretando-se o fato como cessão de direito, a mesma orientação apontada na SV 31 é aplicável.

A cessão de direito consiste na transferência, onerosa ou gratuita, de algum direito do cedente para o cessionário, por prazo determinado ou não, sendo, assim, uma alienação ou mero empréstimo de direitos pertencentes ao cedente para o cessionário. Segundo Maria Helena Diniz, cessão é a “*transferência negocial, a título gratuito ou oneroso, de um direito, de um dever, de uma ação ou de um complexo de direitos, deveres e bens, com conteúdo predominantemente obrigatório, de modo que o adquirente (cessionário) exerça posição jurídica idêntica a do antecessor (cedente)*”<sup>1</sup>.

O Imposto Sobre Serviços tem como hipótese de incidência constitucional (art. 156, CF): “*os serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.*” E o conceito do vocábulo ‘serviços’ utilizado na definição da competência

<sup>1</sup> DINIZ, Maria Helena. Dicionário Jurídico, vol.1. São Paulo: Saraiva, 1998, p. 56.

tributária, em conformidade com o artigo 110 do CTN, provém do direito privado, devendo ser interpretado como uma obrigação de fazer em que o prestador realiza alguma atividade mediante esforço físico ou intelectual. Pontes de Miranda, inclusive, conceitua serviços como obrigação de fazer: *“serviço é qualquer prestação de fazer (...) servir é prestar atividade a outrem; é prestar qualquer atividade que possa se considerar ‘locação de serviços’. Trata-se de dívida de fazer, que o locador assume. O serviço é a sua prestação”*<sup>2</sup>.

A cessão de direito de uso de programação, por não envolver qualquer esforço humano ou obrigação de fazer do cedente em favor do cessionário, **não** tem natureza jurídica de serviços, não se submetendo, portanto, ao imposto sobre serviços - ISS. Na cessão de direito não há qualquer trabalho físico ou intelectual do cedente para o cessionário que caracterize uma prestação de serviço.

O Pleno do Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 116.121-3/SP, reconheceu que a locação de bens móveis, que envolve cessão de uso, não constitui serviço. Vale transcrever trecho do voto do Ministro Celso de Melo proferido no RE em questão, confirmando que a cessão do direito de uso constitui obrigação de dar e não de fazer, não podendo ser considerada serviço:

“Cabe advertir, neste ponto, que a locação de bens móveis não se identifica e nem se qualifica, para efeitos constitucionais, como serviço, pois negócio jurídico – considerados os elementos essen-

---

2 MIRANDA, Francisco Cavalcante Pontes de. Tratado de Direito Privado, tomo XLVII, Rio de Janeiro: Borsoi, 1958, p.3.

ciais que lhe compõem a estrutura material – não envolve a prática de atos que consubstanciam em *prestare* ou um *facere*.

Na realidade, a locação de bens móveis configura verdadeira obrigação de dar, como resulta claro do art. 1188 do Código Civil. 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. 3/209-211, itens ns. 88/90, 23 a. ed., 199, Saraiva; CÁIO MÁRIO DA SILVA PEREIRA, “Instituições de Direito Civil”, vol. III/250 – 254, item n. 238, 5ª. ed., 1981, Forense; ORLANDO GOMES, “Contratos”, p. 328, 330/332 e 335, itens ns. 209/210 e 214, 7ª. ed., 1979, Forense, v.g).”

A cessão de direitos de uso de programação igualmente não se enquadra no conceito de serviço do Direito Privado, não estando, portanto, submetida à incidência do ISS.

Ante o exposto, opina a PROCURADORIA-GERAL DA REPÚBLICA pelo desprovimento do agravo e, caso provido, pelo provimento do recurso extraordinário, para declarar-se a inconstitucionalidade da incidência de ISS sobre a cessão de direito de uso de programação.

Brasília (DF), 20 de junho de 2016.

**Rodrigo Janot Monteiro de Barros**  
Procurador-Geral da República