



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

**APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA. ISS. ATIVIDADE DE PRODUÇÃO, PARA TERCEIROS, DE FITAS E FILMES CINEMATOGRAFÍCOS. NÃO INCIDÊNCIA. ITEM 13.01 DA LISTA ANEXA À LC 116/03. VETO PELO PRESIDENTE DA REPÚBLICA. IMPOSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. NÃO EQUIPARAÇÃO AO SERVIÇO DE CINEMATOGRAFIA. RESTITUIÇÃO. CABIMENTO. ATENDIMENTO DO DISPOSTO NO ART. 166 DO CTN.**

I) O Superior Tribunal de Justiça possui o entendimento de que, a partir da vigência da Lei Complementar 116/03, em face de veto presidencial em relação ao item 13.01, não mais existe previsão legal que ampare a incidência do ISS sobre a atividade de produção, gravação e distribuição de filmes, seja destinada ao comércio em geral ou ao atendimento de encomenda específica de terceiro, até mesmo porque o item vetado não fazia tal distinção.

II) Os demais itens da lista anexa à LC n. 116/2003 também não autorizam a tributação pelo ISSQN do serviço de produção de filmes/vídeos por encomenda, porquanto essa atividade não se equipara aos serviços de cinematografia.

III) Cabível a restituição do ISS indevidamente pago, respeitada a prescrição quinquenal, porquanto devidamente comprovada a ausência de repasse do



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

encargo aos clientes, conforme afirmado pelo perito.  
Exigência do art. 166 do CTN cumprida.

**APELO PROVIDO. UNÂNIME.**

APELAÇÃO CÍVEL

22ª CÂMARA CÍVEL

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-  
92.2018.8.21.7000)

PORTO ALEGRE

DETOUR FILMES LTDA – EPP,

APELANTE;

MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE,

APELADO.

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes da Vigésima Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em dar provimento ao apelo.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além do signatário (Presidente), os eminentes Senhores **DES.<sup>a</sup> MARILENE BONZANINI E DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA.**

Porto Alegre, 11 de abril de 2019.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH,

PRESIDENTE E RELATOR.



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

## RELATÓRIO

### **DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE E RELATOR)**

Trata-se de recurso de apelação interposto por DETOUR FILMES LTDA – EPP, porquanto inconformada com a sentença que, nos autos da ação ordinária ajuizada em face do MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, julgou improcedente o pedido, nos termos do art. 487, inc. I, do NCPC, condenando a parte autora ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da causa, atualizado pelo IPCA-E.

Em suas razões recursais, a apelante realiza um breve relato dos fatos. Alega que, cumprindo com o que determina o art. 333 do CPC, fez prova do seu direito, juntando aos autos inúmeras notas fiscais emitidas, contatos de clientes e comprovantes de recolhimento de ISS, além da produção de prova pericial contábil. Cita trechos das respostas do perito. Ressalta que o objeto de tributação do ISS é a atividade de produção desempenhada pela autora (atividade-fim), a qual necessita de etapas intermediárias e imprescindíveis à realização como um todo, não sendo possível juridicamente a sua segregação para fins de cobrança individualizada de ISS. Sustenta que as receitas auferidas sobre as quais



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

o apelado vem exigindo indevidamente o recolhimento do ISS decorrem do desenvolvimento da atividade de produção, para terceiros, de filmes e vídeos, atividade expressamente prevista no vetado item 13.01 da lista anexa à LC 116/03. Discorre sobre a inexigibilidade do ISS sobre a atividade de produção de filmes. Acrescenta que restou comprovado que arcou com o ônus financeiro ocasionado pelo tributo, nos termos do art. 166 do CTN, sendo cabida a restituição. Postula o provimento do recurso.

Foram apresentadas contrarrazões às fls. 649/654.

Neste grau de jurisdição, o Ministério Público manifesta-se pelo desprovimento do apelo.

Vieram os autos conclusos.

É o relatório.

#### VOTOS

#### **DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH (PRESIDENTE E RELATOR)**

Eminentes colegas.

Inicialmente, recebo o presente recurso, porquanto cabível e tempestivo, preenchendo os requisitos previstos nos arts. 1.003, § 5º e 1.010 do novo CPC.



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

Passo a decidir.

No presente caso, a autora pretende o reconhecimento de inexistência da relação jurídico-tributária que a obrigue ao recolhimento do ISS sobre a atividade de produção, para terceiros, de fitas e filmes cinematográficos, por entender que se enquadram no citado subitem 13.01 da lista anexa à LC nº 116/03.

Já o Município entende que os serviços prestados pela empresa se enquadram nos subitens 13.02, 13.03 e 17.06 da lista de serviços anexa à LC nº 116/2003.

Pois bem.

Segundo a Constituição Federal, compete aos Municípios instituir impostos sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar (art. 156, III).

O Supremo Tribunal Federal tem decidido, reiteradamente, que os serviços exclusivamente tributáveis pelos Municípios, por intermédio do ISS, acham-se



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

relacionados em lista cuja taxatividade constitui natural consequência do princípio da legalidade.

Na lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/03, encontram-se os seguintes itens:

***13** – Serviços relativos a fonografia, fotografia, cinematografia e reprografia.*

***13.01** – (VETADO)*

***13.02** – Fonografia ou gravação de sons, inclusive trucagem, dublagem, mixagem e congêneres.*

***13.03** – Fotografia e cinematografia, inclusive revelação, ampliação, cópia, reprodução, trucagem e congêneres;*

***17.06** – Propaganda e publicidade, inclusive promoção de vendas, planejamento de campanhas ou sistemas de publicidade, elaboração de desenhos, textos e demais materiais publicitários.*

O item 13.01, o qual foi vetado pelo Presidente da República, possuía a seguinte redação:

***13.01** – Produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, video-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres.*



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

O referido item foi vetado pelo Presidente da República, através da MENSAGEM Nº 362, de 31 de julho de 2003, sob o seguinte argumento:

*O item 13.01 da mesma Lista de serviços mencionada no item anterior coloca no campo de incidência do imposto gravação e distribuição de filmes. Ocorre que o STF, no julgamento dos RREE 179.560-SP, 194.705-SP e 196.856-SP, cujo relator foi o Ministro Ilmar Galvão, decidiu que é legítima a incidência do ICMS sobre comercialização de filmes para videocassete, porquanto, nessa hipótese, a operação se qualifica como de circulação de mercadoria. Como consequência dessa decisão foram reformados acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que consideraram a operação de gravação de videoteipes como sujeita tão-somente ao ISS. **Deve-se esclarecer que, na espécie, tratava-se de empresas que se dedicam à comercialização de fitas por elas próprias gravadas, com a finalidade de entrega ao comércio em geral, operação que se distingue da hipótese de prestação individualizada do serviço de gravação de filmes com o fornecimento de mercadorias, isto é, quando feita por solicitação de outrem ou por encomenda, prevalecendo, nesse caso a incidência do ISS (retirado do Informativo do STF no 144).***

Quando do veto presidencial, foi realizada uma distinção entre as empresas que se dedicam à comercialização de fitas por elas próprias gravadas, com a



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

finalidade de entrega ao comércio em geral, e as empresas que realizam prestação individualizada do serviço de gravação de filmes, feita por solicitação de outrem ou por encomenda. Neste último caso haveria a incidência do ISS.

E esse foi o fundamento para a improcedência da ação, visto que os serviços prestados pela autora, de acordo com as notas fiscais por amostragem juntadas às fls. 35/268 e com as respostas apresentadas pelo perito às fls. 591/605, são elaborados individualmente para cada cliente.

Todavia, o Superior Tribunal de Justiça já se manifestou diversas vezes no sentido de que, a partir da vigência da Lei Complementar 116/03, em face de veto presidencial em relação ao item 13.01, **não mais existe previsão legal que ampare a incidência do ISS sobre a atividade de produção, gravação e distribuição de filmes, seja destinada ao comércio em geral ou ao atendimento de encomenda específica de terceiro**, até mesmo porque o item vetado não fazia tal distinção.

Da mesma forma, entende que **os demais itens da lista anexa à LC n. 116/2003 não autorizam a tributação pelo ISSQN do serviço de produção de filmes/vídeos por encomenda, porquanto essa atividade não se equipara aos serviços de cinematografia.**



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

Cite-se:

*TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. PRODUÇÃO DE VÍDEOS POR ENCOMENDA. VETO PRESIDENCIAL. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PROIBIÇÃO.*

*1. O item 13.03 da lista anexa à LC n. 116/2003 não autoriza a tributação pelo ISSQN do serviço de produção de filmes/vídeos por encomenda, porquanto essa atividade não se equipara aos serviços de cinematografia.*

*2. Não é adequada a interpretação extensiva de item da referida lista, tendo em vista a existência de veto presidencial ao item 13.01, referente especificamente à "produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, videotapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres", de modo que não mais é adequado o raciocínio segundo o qual a encomenda do serviço de produção de vídeos atrairia a incidência do ISSQN (em vez do ICMS).*

*3. Ressalvada a situação em que o próprio veto é objeto de questionamento judicial, haveria atuação indevida do Poder Judiciário caso se decidisse pela incidência tributária em hipótese vetada pelo Presidente da República.*

*4. Caso em que o Tribunal de Justiça procedeu à interpretação extensiva de dispositivo que não a permite, porquanto, vetada a hipótese de incidência, o*



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

*enquadramento do serviço correlato em outro item equivaleria à derrubada do veto, competência exclusiva do Congresso Nacional, o qual, caso assim entendesse, deveria ter agido em tempo próprio.*

*5. Agravo interno desprovido.*

*(AgInt no REsp 1627818/DF, Rel. **Ministro GURGEL DE FARIA**, PRIMEIRA TURMA, julgado em 28/03/2017, DJe 06/04/2017)*

*TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISSQN. LC 116/03. PRODUÇÃO DE FITAS E FILMES SOB ENCOMENDA. NÃO INCIDÊNCIA. PRECEDENTE DO STJ. EMBARGOS ACOLHIDOS, MEDIANTE ATRIBUIÇÃO DE EFEITOS MODIFICATIVOS.*

*1. O acórdão embargado que se encontra omisso quanto ao fato de que se discute a incidência do ISSQN sobre a produção de vídeo por encomenda à luz da Lei Complementar 116/03, e não do Decreto-Lei 406/68.*

*2. "A partir da vigência da Lei Complementar 116/03, em face de veto presidencial em relação ao item 13.01, não mais existe previsão legal que ampare a incidência do ISS sobre a atividade de produção, gravação e distribuição de filmes, seja destinada ao comércio em geral ou ao atendimento de encomenda específica de terceiro, até mesmo porque o item vetado não fazia tal distinção" (REsp 1.308.628/RS, Rel. Min. BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, 2/8/12).*

*3. Embargos de declaração acolhidos, mediante atribuição de efeitos infringentes.*



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

*(EDcl no AgRg no Ag 1353885/RS, Rel. **Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA**, PRIMEIRA TURMA, julgado em 15/10/2013, DJe 22/10/2013)*

*TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. LC 116/03. PRODUÇÃO DE FITAS E FILMES SOB ENCOMENDA. NÃO INCIDÊNCIA, EM FACE DE VETO DO ITEM 13.01 DA LISTA QUE PREVIA A TRIBUTAÇÃO DESSE SERVIÇO. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA PARA ENQUADRAMENTO COMO ATIVIDADE DE CINEMATOGRAFIA, PREVISTA NO ITEM 13.03. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADES QUE, EMBORA RELACIONADAS, NÃO CORRESPONDEM À MESMA OBRIGAÇÃO DE FAZER.*

*1. Recurso especial que discute a incidência do ISS sobre a atividade de produção de filmes realizados sob encomenda à luz da LC 116/03. O acórdão recorrido, embora tenha afastado a incidência do tributo em face do item 13.01 (que previa expressamente tal atividade, mas foi vetado pela Presidência da República), manteve a tributação, mediante interpretação extensiva, com base no conceito de cinematografia, atividade prevista no item 13.03.*

*2. A partir da vigência da Lei Complementar 116/03, em face de veto presidencial em relação ao item 13.01, não mais existe previsão legal que ampare a incidência do ISS sobre a atividade de produção, gravação e distribuição de filmes, seja destinada ao comércio em geral ou ao atendimento de encomenda específica de terceiro, até mesmo porque o item vetado não fazia tal distinção.*



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

*3. Ademais, não é possível, para fins de tributação, enquadrar a atividade em questão em hipótese diversa, de cinematografia, pois: i) "Existindo veto presidencial quanto à inclusão de serviço na Lista de Serviços Anexa ao Decreto-lei 406/68, com redação da Lei Complementar 56/87, é vedada a utilização da interpretação extensiva" (REsp 1.027.267/ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29/04/2009); ii) Historicamente, a cinematografia já estava contida na lista anexa ao DL 406/68 (item 65) e nem por isso justificava a incidência do tributo sobre a gravação (produção) e distribuição de filmes, que estava amparada em hipótese autônoma (item 63); iii) a atividade de cinematografia não equivale à produção de filmes. A produção cinematográfica é uma atividade mais ampla que compreende, entre outras, o planejamento do filme a ser produzido, a contratação de elenco, a locação de espaços para filmagem e, é claro, a própria cinematografia.*

*4. Afasta-se, portanto, a incidência do ISS sobre a atividade exercida pela empresa recorrente.*

*5. Recurso especial provido.*

*(REsp 1308628/RS, Rel. **Ministro BENEDITO GONÇALVES**, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 02/08/2012)*

Portanto, entendo que a atividade realizada pela empresa autora não atrai a incidência do ISS, seja em razão da inexistência de distinção entre comercialização de filmes destinada ao comércio em geral ou ao atendimento de encomenda específica



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

de terceiro, seja pelo não enquadramento nos demais itens da lista anexa, por não se tratar desserviço de cinematografia.

No mesmo sentido já se manifestou este Tribunal:

*TRIBUTÁRIO. ISS. GRAVAÇÃO, PRODUÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE FILMES E VÍDEOS. NÃO INCLUSÃO NA LISTA ANEXA DA LC Nº 116/03. **As atividades de gravação, produção e distribuição de filmes e vídeos não encontram previsão na Lista Anexa da LC nº 116/03, especialmente pelo veto do item 13.01, consoante assentado na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça.** REPETIÇÃO DE INDÉBITO. ISS E IMPOSTO INDIRETO. ART. 166, CTN. PROVA DOS AUTOS. O ISS bem pode se caracterizar como imposto direto ou indireto, sendo que, no caso dos autos, tirante episódio insulado, infere-se ter assumido a primeira configuração, desnecessária prova de inexistência de transferência econômica, quanto ao que, aliás, silenciou municipalidade. PRESCRIÇÃO. LAPSO QUINQUENAL. TERMO INICIAL. ART. 219, § 1º, CPC/73. Submete-se a repetição do indébito a lapso prescricional quinquenal, a ser computado desde o ajuizamento da ação, observado art. 219, § 1º, CPC/73. CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA. ARTIGOS 161, § 1º, E 167, PAR. ÚNICO, CTN. SÚMULA 188, STJ. A correção monetária há de adotar como índice o mesmo empregado pelo Município na cobrança de seus créditos tributários, fluindo juros de mora de 1% ao mês, a partir do trânsito em julgado da decisão condenatória, na forma*



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

*dos artigos 161, § 1º, e 167, par. único, ambos do CTN, e Súmula 188, STJ. (Apelação Cível Nº 70069558328, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: **Armínio José Abreu Lima da Rosa**, Julgado em 22/06/2016)*

Este relator também já havia se manifestado nesse sentido quando do julgamento da Apelação Cível nº 70045934338.

Deste modo, a sentença deve ser reformada, para que seja reconhecida a inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue a autora ao recolhimento do ISS sobre a atividade de produção, para terceiros, de fitas e filmes cinematográficos.

Da mesma forma, cabível a restituição do ISS indevidamente pago, respeitada a prescrição quinquenal, porquanto devidamente comprovada a ausência de repasse do encargo aos clientes, conforme afirmado pelo perito. Assim, a exigência do art. 166 do CTN foi devidamente cumprida.

Ante o exposto, dou provimento ao apelo.

Em razão da procedência da ação, os ônus sucumbenciais vão invertidos, restando isento o Município do pagamento das custas e despesas processuais, nos



FJM

Nº 70079833208 (Nº CNJ: 0348532-92.2018.8.21.7000)

2018/Cível

termos da Lei nº 14.634/14. Provido o recurso, descabe a fixação da verba honorária recursal, de acordo com os requisitos definidos pelo STJ por ocasião do julgamento do EDcl no AgInt no Resp 1573573/RJ.

É o voto.

**DES.<sup>a</sup> MARILENE BONZANINI** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. MIGUEL ÂNGELO DA SILVA** - De acordo com o(a) Relator(a).

**DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH** - Presidente - Apelação Cível nº 70079833208,  
Comarca de Porto Alegre: "À UNANIMIDADE, DERAM PROVIMENTO AO APELO."

Julgador(a) de 1º Grau: JOAO PEDRO CAVALLI JUNIOR