



COMARCA DE PORTO ALEGRE
8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL
Rua Manoelito de Ornellas, 50Bomm

Processo nº: 001/1.14.0328475-0 (CNJ:0419082-02.2014.8.21.0001)
Natureza: Ordinária - Outros
Autor: Detour Filmes Ltda - EPP
Réu: Município de Porto Alegre
Juiz Prolator: Juiz de Direito - Dr. João Pedro Cavalli Júnior
Data: 01/08/2018

Vistos.

Trata-se de ação ordinária c/c pedido de tutela antecipada ajuizada por DETOUR FILMES LTDA – EPP em face do MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. Em suma, refere a parte autora que desenvolve atividade de produção, para terceiros, de fitas e filmes cinematográficos, sendo indevida a exigência do Fisco quanto ao recolhimento de ISS sobre tais atividades, ao argumento de que o item 13.01 da LC nº 116/2003 foi vetado. Postula a repetição do indébito, relativamente aos valores recolhidos a título de ISS dos últimos cinco anos. Liminarmente, requer a suspensão de exigibilidade do crédito tributário. Ao final, pugna pela procedência da ação. Juntou documentos (fls. 26/459).

A medida liminar foi indeferida (fl. 460).

Inconformada, a autora interpôs agravo de instrumento, que concedeu a medida liminar postulada, para o fim de suspender a exigibilidade do crédito tributário, sendo, ao final, negado provimento ao recurso (fls. 542/544).

O Município apresentou contestação, alegando que a autora é carecedora de ação, ao argumento de que não exige o ISS sobre as atividades do subitem 13.01 da lista anexa à LC nº 116/2003, sendo que os serviços por ela prestados enquadraram-se nos subitens 13.02, 13.03 e 17.06 da mesma lista. Afirma que a autora efetuou o pagamento dos créditos quando do adimplemento do parcelamento realizado em confissão de dívida, inexistindo objeto cuja exigibilidade deva ser suspensa. Requer a improcedência da ação. Juntou documentos (fls. 499/503).

Houve réplica às fls. 505/527.



Instadas as partes acerca da produção de provas, a parte autora postulou a realização de perícia, e o Município disse não ter provas a produzir.

Deferida a realização de perícia, as partes apresentaram quesitos, sobrevindo o laudo pericial às fls. 591/606 e manifestando-se as partes. Ofertado laudo complementar às fls. 646/648, as partes se manifestaram.

Intimadas, as partes apresentaram memoriais.

Com vista dos autos, o M.P. deixou de intervir no feito.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É O BREVE RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR.

A lide está apta a julgamento, sendo as partes legítimas e bem representadas, com interesse concorrente e preenchimento dos pressupostos de ordem formal e material ao conhecimento do pedido.

Em suma, a parte autora pretende o reconhecimento de inexistência da relação jurídico-tributária com o Município, relativamente à incidência de ISS sobre os serviços por ela prestados, que sustenta enquadrarem-se no **subitem 13.01 da lista anexa à LC n° 116/03, que foi vetado**. Assim, postula a autora a repetição do indébito dos valores por ela recolhidos espontaneamente.

Inicialmente, cumpre rejeitar a **preliminar** de inexistência de interesse de agir da autora. Com efeito, em havendo o recolhimento de imposto sobre as atividades exercidas pela demandante, revela-se nítido o seu interesse em promover o debate quanto à incidência do ISS sobre tais atividades, até porque isso pode gerar o direito à repetição de indébito.

Superada a análise quanto à preliminar arguida, passa-se ao exame do **mérito**.

A controvérsia da lide cinge-se ao exame das atividades prestadas pela autora, a fim de **averiguar o enquadramento de tais serviços no subitem 13.01 da lista anexa** à legislação complementar (n° 116/2003), para fins de recolhimento de ISS.

Nesse contexto, rezava a norma supra:

Art. 1o O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

(...)

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



E para melhor compreensão do tema, vale transcrever as razões do veto ao subitem 13.01, in verbis:

"Verifica-se que alguns itens da relação de serviços sujeitos à incidência do imposto merecem reparo, tendo em vista decisões recentes do Supremo Tribunal Federal. São eles:

O STF concluiu julgamento de recurso extraordinário interposto por empresa de locação de guindastes, em que se discutia a constitucionalidade da cobrança do ISS sobre a locação de bens móveis, decidindo que a expressão "locação de bens móveis" constante do item 79 da lista de serviços a que se refere o Decreto-Lei no 406, de 31 de dezembro de 1968, com a redação da Lei Complementar no 56, de 15 de dezembro de 1987, é inconstitucional (noticiado no Informativo do STF no 207). O Recurso Extraordinário 116.121/SP, votado unanimemente pelo Tribunal Pleno, em 11 de outubro de 2000, contém linha interpretativa no mesmo sentido, pois a "terminologia constitucional do imposto sobre serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo a contrato de locação de bem móvel. Em direito, os institutos, as expressões e os vocábulos têm sentido próprios, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável." **Em assim sendo, o item 3.01 da Lista de serviços anexa ao projeto de lei complementar ora analisado, fica prejudicado, pois veicula indevida (porque inconstitucional) incidência do imposto sob locação de bens móveis.**

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, esse caso a incidência do ISS (retirado do Informativo do STF no 144).

Assim, pelas razões expostas, entendemos indevida a inclusão destes itens na Lista de serviços." - grifei.

O Município afirma que a autora não comprovou que o recolhimento do ISS tenha se dado sobre atividades enquadradas no item vetado, antes estando tais atividades enquadradas nos **subitens 13.02, 13.03 e 17.06** da lista de serviços anexa à LC nº 116/2003.

Nesse sentido, foi o parecer fiscal, inclusive (fls. 501/502):

“(...) a não-incidência é restrita e não ilimitada. A gravação, locução, produção, arranjos e mixagem de áudio e vídeo quando feita em caráter individual e sob encomenda para um tomador, destinatário específico e único deste serviço, será normalmente inserida no campo de incidência do ISSQN, nos subitens 13.02, 13.03 e 17.06 da Lista de Serviços.

O ISSQN segue sendo incidente para as atividades antes indicadas, com redação vigente a partir de 01/01/2004, conforme a seguir:

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”.

Da análise do contrato social da autora, verifica-se que o seu objeto social consiste nos serviços de “produções cinematográficas, audiovisuais, artísticas e culturais, fotográficas, sua exibição ou apresentação, inclusive no caso de música,



literatura, artes cênicas, artes visuais, cinematográficas e audiovisuais; locação de equipamentos de áudio e vídeo; cessão e concessão temporárias de direitos sobre obras audiovisuais” - fl. 30.

Os serviços constantes das Notas Fiscais emitidas pela autora (fls. 35/268), e sobre as quais a empresa recolheu o ISS, referem-se à “realização de filme publicitário; produção de DVD; finalização de vídeo; criação e edição de *making of*; montagem de vídeo; produção de vídeo; produção audiovisual”, consoante concluiu o laudo pericial à fl. 590.

Quanto à forma de prestação de serviços da autora, concluiu o perito que os serviços prestados pela empresa são **específicos, elaborados para cada cliente** (fls. 601/602):

“(…) Diga, Sr. Perito, se os trabalhos elaborados pela autora possuem o condão de serem específicos, para um determinado usuário, ou se estes podem ser utilizados por qualquer cliente.

(…)

Sim, de acordo com as propostas e notas fiscais apensadas aos autos, a prestação de serviço é específica para cada cliente.

(…) Por se tratar de serviços específicos, como por exemplo, vídeo institucional, propaganda, s.m.j., entendemos que não é possível aproveitamento por outro cliente.

(…)

Diga, Sr. Perito, se os serviços prestados pela autora se referem à elaboração de material publicitário

(…)

Nas propostas apensadas às fls. 269/281, por amostragem, o serviço prestado foi para fim publicitário.”.

Com efeito, em se tratando de empresa que se dedica à **prestação individualizada do serviço de gravação de filmes** com o fornecimento de mercadorias para clientes específicos, certa se faz a incidência de ISSQN, não estando a situação enquadrada dentre a hipótese que foi objeto do veto presidencial.

No caso dos autos, a autora afirma que *a obrigação contratual assumida é considerada adimplida apenas quando o filme pronto e acabado é entregue ao contratante. Esse é negócio jurídico avençado, que constitui a atividade da autora em virtude da qual a mesma auferir receita* . - fl. 18.

O que a autora pretende, em verdade, é ver considerada a atividade por ela desenvolvida, consistente na “produção de filmes” - em sentido amplo – como o resultado finalístico das demais etapas exercidas, e sobre o que não poderia incidir o ISS.

Ocorre que a interpretação das atividades, na forma como pretende a autora, não se mostra cabível, sobretudo quando os elementos dos autos revelam



cabalmente que foram diversos os serviços prestados pela autora em favor de outras empresas, inclusive, com cunho publicitário, como se percebe dos documentos de fls. 269/291, a título de exemplo, além da “produção de fotos em cenário da campanha outono-inverno” realizada para a empresa Calçados Marte LTDA (fl. 221).

Dessa feita, não se verifica, justamente, o **aproveitamento, cedência ou locação** das prestações dos serviços – e do que se cogitaria a não-incidência do ISS –, estando evidenciado que a “produção” realizada pela demandante se dá de maneira individualizada, em atendimento às exigências de cada empresa por ela contratada, e que não são aproveitados, havendo o fato gerador do ISS, portanto.

Nesse sentido, inclusive, é a jurisprudência do e. TJ/RS sobre o tema:

AGRAVO. APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO ORDINÁRIA. INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE ATIVIDADE DE PRODUÇÃO DE FITAS E FILMES CINEMATOGRAFICOS PUBLICITARIOS PARA TERCEIROS. CABIMENTO NO CASO CONCRETO. LAUDO PERICIAL. ITEM 13 DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03. POSIÇÃO DO STJ. Tratando-se de produção de fitas e filmes cinematográficos sob encomenda, específicos para cada cliente, ausente aproveitamento, cedência ou locação, incide o ISS sobre a atividade da demandante, contratada por usuários determinados. Item 13 da Lista de Serviços anexa à LC nº 116/03. Exegese das razões do veto ao subitem 13.01 da Lista Anexa à LC nº 116/03. Súmula 135 do STJ. Precedentes do TJRS e STJ. Agravo desprovido. (Agravo Nº 70048934525, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: CarlosEduardo Zietlow Duro, Julgado em 18/10/2012)

JULGO, portanto, **IMPROCEDENTE** o pedido ajuizado por DETOUR FILMES LTDA - EPP em face do MUNÍCIPIO DE PORTO ALEGRE., nos termos do art. 487, inc. I, do NCPC.

Diante da sucumbência, arcará a parte autora com as custas processuais e honorários advocatícios, fixados em 15% sobre o valor da causa, atualizado pelo IPCA-E, considerando a ausência de condenação, a natureza do feito e o trabalho exigido, nos termos do art. 85, §§2º, 3º, inc. I, e 4º, inc. III, do NCPC.

Remessa necessária dispensada, ante o valor da causa.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PODER JUDICIÁRIO



Porto Alegre, 01 de agosto de 2018.

João Pedro Cavalli Júnior
Juiz de Direito