

**TJDFT**Poder Judiciário da União
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO DISTRITO FEDERAL E DOS
TERRITÓRIOS

Órgão 4ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO 0700298-32.2017.8.07.0018

APELANTE(S) DISTRITO FEDERAL e DISTRITO FEDERAL

APELADO(S) MC PRODUCOES CINEMATOGRAFICAS EIRELI - ME

Relator Desembargador LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA

Acórdão N° 1104597

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. ISS. PRODUÇÃO AUDIOVISUAL. LC 116/03. ANEXO. VETO PRESIDENCIAL QUANTO À INCLUSÃO DA ATIVIDADE. INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. PRETENSÃO DE COBRANÇA DE TRIBUTO. IMPOSSIBILIDADE. RECURSO DESPROVIDO.

1. A partir da vigência da Lei Complementar 116/03, em razão do veto presidencial, não existe previsão legal que ampare a incidência do ISS sobre a atividade de produção, gravação, edição, legendagem e distribuição audiovisual.

2. A utilização da técnica da interpretação extensiva, embora possa resultar na tributação de atividades congêneres às constantes da legislação tributária, não pode ser utilizada para alcançar atividade "expressamente excluída da lista anexa em face de veto presidencial" (REsp 1.027.267).

3. A ausência de previsão legal de incidência do imposto sobre as atividades da empresa autora impede sua exigência.

4. APELAÇÃO CONHECIDA E DESPROVIDA.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA - Relator, FERNANDO HABIBE - 1º Vogal e ARNOLDO CAMANHO - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador FERNANDO HABIBE, em proferir a seguinte decisão: NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 20 de Junho de 2018

Desembargador LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA

Relator

RELATÓRIO

Trata-se de apelação em face à sentença que julgou procedentes em parte os pedidos declaratórios c/c repetição de indébito, deduzidos por MC PRODUÇÕES CINEMATOGRAFICAS EIRELI - ME, em desfavor do DISTRITO FEDERAL.

A autora alegou que seu objeto social é a prestação de atividades de produção, distribuição e pós-produção cinematográfica, de vídeos, programas de televisão e estúdios cinematográficos.

Desempenharia exclusivamente serviços de gravação, edição, transcrição e confecção de peças audiovisuais em CD-ROM, DVD e VCD sob encomenda.

Por tratar-se de microempresa, seus recolhimentos tributários são por meio do Simples Nacional, na forma da Lei Complementar nº 123/2006.

O preceito legal estabelece a incidência do Imposto Sobre Serviços em parcela da quitação, por isso saldaria, em favor do réu, o referido imposto.

No entanto, não existe previsão legal a amparar a incidência do ISS sobre a produção, gravação e distribuição de audiovisual, destinada ao comércio geral ou ao atendimento de encomenda específica de terceiro.

Isto porque houve veto presidencial à inclusão do serviço no item 13.01, da lista anexa à Lei Complementar 116/2003, o que impediria a exação.

Argumentou que não se poderia interpretar extensivamente a norma tributária, de maneira a permitir a cobrança conforme pretendido pelo ente público.

Invocou em defesa à sua tese, a violação ao princípio da legalidade tributária e julgados do Superior Tribunal de Justiça.

Com o intuito de obter certidão negativa de débitos, aderiu a parcelamento promovido pelo demandado (REFIS) para a quitação do imposto em comento, mas que seria nulo em razão da inexistência da dívida.

Requeru a antecipação da tutela, para suspender o lançamento do ISS sobre as atividades relacionadas à produção, gravação, edição e veiculação de filmes e vídeos, assim como dos pagamentos das parcelas do REFIS.

Alternativamente, o deferimento do depósito em juízo do tributo apurado e das parcelas do refinanciamento dos débitos a ele referentes.

Ao final, a confirmação da tutela, a declaração da inexigibilidade e inexistência do direito à cobrança do ISS, a nulidade do parcelamento realizado e a restituição do ISS pago pela demandante nos últimos cinco anos, contados do ajuizamento da ação (ID 3725271 – págs. 1/16).

Anexou documentos.

A tutela de urgência foi concedida em parte, para determinar o recolhimento em juízo do ISS sobre os

serviços prestados pela autora a partir do ajuizamento da ação, bem como das prestações dos parcelamentos n. 7574730980 e 4105926267 (ID 3725294 – págs. 1/3).

Em contestação, o DISTRITO FEDERAL reafirmou a legitimidade da cobrança do ISS, porque o item 13.03 do anexo da Lei Complementar nº 116/2003 estabeleceria a cobrança do tributo sobre os serviços de cinematografia, razão pela qual o veto presidencial ao item 13.01 não afastaria a exigibilidade pelo fisco.

A finalidade da exclusão operada com o veto seria evitar-se a tributação do que já seria ou era tributado como circulação de mercadoria pelo ICMS, e não a atividade cinematográfica como um todo.

Requeru a improcedência do pedido.

Réplica no ID 3725300.

Por sentença, a pretensão foi julgada procedente, em parte, para declarar a inexigibilidade do ISS sobre os serviços de produção audiovisual e determinar a restituição dos valores pagos nos últimos cinco anos anteriores ao ajuizamento da ação (ID 3725301 – págs. 1/5).

Nas razões de apelação, o Distrito Federal reiterou os mesmos fundamentos lançados em sua resposta, no sentido de que seria legítima a cobrança. E, por via de consequência, pugnou pela improcedência do pedido (ID 3725305 – págs. 1/5).

Dispensado o preparo, ante a isenção conferida ao ente público.

Os embargos declaratórios opostos pela suplicante foram rejeitados (ID 3725314 – págs. 1/2).

Contrarrazões no ID 3725318.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador LUÍS GUSTAVO B. DE OLIVEIRA - Relator

Presentes os pressupostos extrínsecos e intrínsecos de admissibilidade, conheço o recurso.

Trata-se de apelação interposta pelo DISTRITO FEDERAL, em face à sentença que declarou a inexigibilidade do ISS sobre os serviços de produção audiovisual prestados pela autora relacionados nos atos constitutivos constantes do ID 3725275 – págs. 1/4.

Conforme o disposto no artigo 1º da Lei Complementar nº 116/03, as hipóteses de incidência do Imposto Sobre Serviços são definidas pela "lista anexa", o que evidencia que a realização de determinada atividade somente constituirá fato gerador do tributo quando a atividade constar expressamente do respectivo rol.

A relação no anexo da lei dispõe sobre os serviços de fonografia, fotografia, cinematografia e reprografia, sujeitos à exação, assim estabelece em seu item 13:

"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.

13.04 - Reprografia, microfilmagem e digitalização.

13.05 - Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia, fotolitografia."

Por sua vez, o item 13.01, vetado pela Presidência da República, estabelecia como fato gerador a "Produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, vídeo-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital vídeo disc e congêneres".

Em razão do veto, os serviços de produção audiovisual não constituem fato gerador e, portanto, o imposto não pode ser exigido mediante a aplicação extensiva do conceito de cinematografia previsto no item 13.03.

Consoante se infere do "Perfil da Empresa" acostado aos autos, as atividades da demandante consistem em "locação e administração de equipamentos, acessórios, implementos, complementos e demais envolvidos em produções gráficas, audiovisuais, inclusive prestação de serviços, treinamento em assuntos ligados a produção gráfica e audiovisual; produção gráfica de filmes, fotografias, vídeos e audiovisuais em geral", bem como de "demais serviços ligados a produção audiovisual" (ID 3725275 – pág. 4).

Diante do objetivo empresarial, a Secretaria de Finanças indicou no mesmo documento, que para as tarefas descritas incidiria a alíquota do "ISS NORMAL".

No entanto, verifica-se que os serviços de produção audiovisual prestados não poderiam ser enquadrados como atividade cinematográfica e por conta de uma interpretação extensiva da norma. Quando a Presidência da República vetou a incidência tributária sobre a "produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, vídeo-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital vídeo disc e congêneres", pretendeu-se excluir esses fatos geradores do elenco de atividades tributáveis.

Neste sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO - PROCESSO CIVIL - ISS - PARQUE DE DIVERSÕES - ITEM VETADO - IMPOSSIBILIDADE - PRINCÍPIO DA CONGRUÊNCIA - QUESTÃO SURGIDA NO JULGAMENTO DA APELAÇÃO - NÃO-OPOSIÇÃO DE EMBARGOS DE DECLARAÇÃO - AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO.

1. Surgida a questão federal no julgamento do apelo, cumpre à parte interessada provocar o Tribunal local, por intermédio de embargos de declaração, para ver prequestionada a tese

recursal. Precedentes.

2. 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.

3. *Recurso especial conhecido em parte e, nessa parte, provido.*

(REsp 1.027.267/ES, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe 29/04/2009).

De mais a mais, a Corte Superior já salientou que “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” (REsp 1308628/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 26/06/2012, DJe 02/08/2012).

Por conseguinte, os serviços de produção audiovisual prestados pela autora não podem ser considerados atividade de cinematografia, mas constituírem atividade diversa da previsão legal, razão pela qual o ISS não é exigível.

Neste sentido, os julgados do Superior Tribunal de Justiça e deste Tribunal de Justiça:

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 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. 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. Apartir 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.

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)

APELAÇÃO CÍVEL - TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTO - PRODUÇÃO AUDIOVISUAL POR ENCOMENDA - ISS - NÃO INCIDÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - APELO DA AUTORA PROVIDO - APELO DO RÉU PREJUDICADO.

1. A atividade de produção de filmes publicitários, por encomenda, não é hipótese de incidência do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza. Precedente do C. STJ e do E. TJDFT.

2. Reformada totalmente a r. sentença, julga-se prejudicado o apelo do réu, no qual pleiteava-se a majoração dos honorários advocatícios nela fixados em favor do mesmo.

3. Deu-se provimento ao apelo da autora e julgou-se prejudicado o apelo do réu.

(Acórdão n.1019418, 20150110121682APC, Relator: SÉRGIO ROCHA 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 27/04/2017, Publicado no DJE: 30/05/2017. Pág.: 364/374)

DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO - AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTO CUMULADA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO - APELAÇÃO - ISS - LC 116/03 - PRODUÇÃO, GRAVAÇÃO, EDIÇÃO, TRANSCRIÇÃO E VEICULAÇÃO DE FILMES VÍDEOS E ATIVIDADES CONGÊNERES - ITEM 13.01 - VETO PRESIDENCIAL - INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA PARA INCLUIR A ATIVIDADE NO ITEM 13.03 - IMPOSSIBILIDADE - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

1. Para viabilizar a cobrança do ISS, no exercício da competência anômala prevista no artigo 32, § 1º, segundo a qual "ao Distrito Federal são atribuídas as competências legislativas reservadas aos Estados e Municípios", o ente público distrital editou as Leis Complementares 687/2003 e 691/2004. Esta "determina a aplicação, no âmbito do Distrito Federal, das disposições da Lei Complementar Federal nº 116, de 31 de julho de 2003, que resultem alterações na legislação tributária do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS - e dá outras providências".

2. Considerados os princípios da segurança jurídica, da legalidade e da tipicidade tributárias previstos no artigo 150, I, da Constituição, preceito que condiciona o poder de tributar dos entes federados à edição de lei anterior, a lista de serviços anexa à LC 116/03 sobre os quais incide o ISS é taxativa.

3. A taxatividade da lista anexa à LC 116/03 não impossibilita a inclusão, nos itens de serviços lá relacionados, de atividades congêneres, uma vez que o uso da técnica da interpretação extensiva somente é vedado quando resultar na tributação de fatos jurídicos novos, não previstos na lei, o que não ocorre quando a atividade similar já se encontra positivada como tributável.

4. A utilização da técnica da interpretação extensiva, embora possa resultar na tributação de atividades congêneres às constantes da LC 116/03, não pode ser utilizada para alcançar atividade "expressamente excluída da lista anexa em face de veto presidencial" (REsp 1.027.267).

5. A adoção de interpretação extensiva para incluir no item 13.03, relativo à cinematografia, a atividade vetada em item diverso, 13.01, referente à "produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, vídeo-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital vídeo disc e congêneres", resultaria na supressão dos efeitos do veto ao mesmo tempo em que subverteria a ordem natural do processo legiferante.

6. "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).

6. Recurso parcialmente provido.

(Acórdão n.919332, 20140111521934APC, Relator: LEILA ARLANCH, Revisor: GISLENE PINHEIRO, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 27/01/2016, Publicado no DJE: 15/02/2016. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

Ante o exposto, CONHEÇO A APELAÇÃO e NEGO PROVIMENTO.

Em atenção ao art. 85, § 11º, do Código de Processo Civil, majoro os honorários de sucumbência em 5% (cinco por cento) sobre aqueles fixados em primeiro grau, observado o escalonamento legal (§3º).

É o voto.

O Senhor Desembargador FERNANDO HABIBE - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO, UNÂNIME