

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

Órgão 7ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO / REEXAME NECESSÁRIO 0704612-84.2018.8.07.0018

APELANTE(S) DISTRITO FEDERAL

APELADO(S) CANTOCERRADO PRODUcoes DE EVENTOS LTDA - ME

Relator Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA

Acórdão N° 1144866

EMENTA

PROCESSO CIVIL, CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTO CUMULADA COM PEDIDO DE REPETIÇÃO DO INDÉBITO. APELAÇÃO. ILEGITIMIDADE ATIVA. 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

1. A Autora possui legitimidade para propor a ação pois é quem suporta o pagamento do tributo. De acordo com a teoria da asserção, averigua-se a legitimidade ad causam a partir das afirmações de quem alega, de modo abstrato, assegurando-se, ainda, que se o Magistrado realizar cognição das alegações de modo aprofundado, estará na verdade proclamando o mérito da causa. Ademais, o artigo 5º da Lei Complementar 116/2003, prevê que no tocante ao ISS, especificamente, o contribuinte responsável pelo tributo é o fornecedor do serviço. A Apelada foi quem recolheu o tributo cuja inexigibilidade se discute, sendo assim parte legítima para pleitear tanto a sua inexigibilidade, quanto a devolução dos valores pagos indevidamente.

2. A discussão sobre o direito a restituição difere do esclarecimento do valor a ser restituído, que pode ser feito mediante liquidação de sentença.

3. "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)". (Acórdão n.919332, 20140111521934APC, Relator: LEILA ARLANCH, 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 27/01/2016, Publicado no DJE: 15/02/2016)

4. Negou-se provimento ao recurso e à Remessa. Unânime.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 7ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ROMEU GONZAGA NEIVA - Relator, LEILA ARLANCH - 1º Vogal e GISLENE PINHEIRO - 2º Vogal, sob a Presidência da Senhora Desembargadora, em proferir a seguinte decisão: CONHECIDOS. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDOS. UNÂNIME., de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 12 de Dezembro de 2018

Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA

Relator

RELATÓRIO

Cuida-se de remessa e recurso de Apelação Cível interposto contra a r. sentença (5902745), na qual o Juízo monocrático julgou procedente o pedido em ação de conhecimento para declarar a inexigibilidade do ISS sobre os serviços de produção audiovisual prestados pela autora e condenar o requerido a restituir os valores pagos, limitados aos cinco anos anteriores à propositura da presente ação.

Transcrevo, em parte, o relatório da r. sentença, *in verbis*:

“Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada por CANTOCERRADO PRODUÇÕES DE EVENTOS LTDA.-ME, com pedido de tutela provisória, em desfavor do DISTRITO FEDERAL

Narra a inicial que a autora atua no ramo de serviços de gravação, edição, transcrição e veiculação de filmes e vídeos, confecção de CD-ROM, DVD e VCD, produções em computação gráfica e desenho

animado, criação de material para internet, prestação de serviços de organização de feiras, congressos, exposições e festas; reprodução de vídeo, atividades de produção cinematográfica, de vídeos e de programas de televisão. Concentra suas atividades em produções cinematográficas e audiovisuais, realizando a gravação, edição, transcrição e confecção de peças audiovisuais em suportes físicos CD-ROM, DVD e VCD, sob encomenda. Argumenta que se enquadra como microempresa conforme a LC 123/2006, fazendo jus a tratamento diferenciado. Além disso, a LC 123/2006 foi modificada pela LC 133/2009 quanto ao enquadramento das atividades de produção cinematográfica, audiovisual, artística e cultural no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e CONTRIBUIÇÕES devidos pelas microempresas. Mesmo assim, o DISTRITO FEDERAL tem recebido receitas derivadas da partilha que lhe cabe a título de ISS. Alega que não há previsão legal a amparar a incidência de ISS sobre essas atividades. Diz que a LC 116/2003 trazia no anexo a incidência do ISS sobre produção cinematográfica. No entanto, aquele item (13.01) foi vetado. O item 13.03, por sua vez, refere-se a serviço de cinematografia, que consiste em atividade mais ampla e não equivale à produção, gravação e distribuição de audiovisual. Informa que recentemente aderiu a parcelamento de tributo junto à Receita do Distrito Federal, cujo pagamento entende indevido, em razão da nulidade do acordo. Observa que sua atividade também não está sujeita ao ICMS, pois não envolve circulação de mercadoria. Assim, requer que o Distrito Federal se abstenha de lançar ISS sobre as atividades desempenhadas pela empresa.

O Distrito Federal ofertou resposta em forma de contestação (ID 18475985). Preliminarmente, apontou a ilegitimidade da parte autora. No mérito, aduz que a atividade de produção de vídeos e filmes sob encomenda está sujeita a incidência do ISS, pois contemplada no item 68 da Lista Anexa ao Decreto –lei nº. 406/68. Aduz que não cabe a restituição de imposto, pois não houve o reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da exigência fiscal.

Houve réplica (ID 19595129).” (5902745).

A parte dispositiva da sentença foi exarada nos seguintes termos, *in verbis*:

“Ante o exposto, o pedido para declarar a inexigibilidade do ISS sobre os JULGO PROCEDENTE serviços de produção audiovisual prestados pela autora, relacionados no ato constitutivo ID 17365775; bem como condenar o DISTRITO FEDERAL a restituir em favor do contribuinte os valores pagos indevidamente em face da incidência do ISS, limitados aos cinco anos anteriores à propositura da presente ação, a serem apurados por meio de liquidação de sentença.

No tocante à repetição, os juros de mora deverão incidir a partir do trânsito em julgado da presente decisão (Súmula 188 do STJ) e a correção monetária, do recolhimento indevido (Súmula 162 do STJ).

Resolvo o mérito da demanda, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil – CPC.

Sem custas processuais, ante a isenção do Poder Público. Os honorários sucumbenciais serão definidos por ocasião da liquidação - art. 85, § 4º, II, do NCPC.”

Inconformado com o *decisum*, o DISTRITO FEDERAL apela (5902749), alegando ilegitimidade da Autora pra pleitear a restituição e, no mérito, afirma que o contribuinte só possui direito à restituição dos valores pagos a maior se comprovar, por meio de documentos e perícia contábil, a assunção do encargo financeiro pertinente. Alega inexistirem nos autos elementos que provem que a recorrida não repassou aos seus consumidores finais o ônus financeiro pertinente ao recolhimento do ISS, no montante ora questionado e, menos ainda, de que referidos consumidores lhe tenham outorgado a autorização indicada no art. 166 do CTN. Aduz que “o STF reformou acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que consideraram a operação de gravação e distribuição de videoteipes como

sujeita tão somente ao ISS, esclarecendo 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 (Informativo do STF no 144)". Sustenta que "Logo, como a atividade de produção de vídeos e filmes para o comércio em geral efetivamente configura circulação de mercadoria, sobre ela deve incidir o ICMS. Todavia, quando essa produção se dá sob demanda, isto é, de forma individualizada e sob encomenda, a hipótese é de prestação de serviços com fornecimento de mercadoria e está sujeita ao ISS, subsumindo-se ao item 17.06 da Lista Anexa da LC n. 116/03, se publicitários, e, se não assumirem essa característica, a subsunção é no item 13.03 da referida Lista". Diz que "o que importa é a prestação do serviço executado pelo contribuinte. Se, no caso concreto, houver enquadramento fático à lista anexa ao RISS-DF, não interessam os demais objetos sociais da empresa que não estão sujeitos à tributação do imposto". Requer o conhecimento e provimento do presente recurso para que seja o feito extinto sem julgamento de mérito por ilegitimidade ativa *ad causam*. Se ultrapassada a preliminar, pleiteia sejam julgados improcedentes os pedidos deduzidos na inicial. Sem preparo por isenção legal.

Contrarrazões da Apelada (5902753).

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador ROMEU GONZAGA NEIVA - Relator

Conheço do recurso e da remessa, presentes os pressupostos que autorizam sua admissibilidade.

Cuida-se de remessa e recurso de Apelação Cível interposto contra a r. sentença (5902745), na qual o Juízo monocrático julgou procedente o pedido em ação de conhecimento para declarar a inexigibilidade do ISS sobre os serviços de produção audiovisual prestados pela autora e condenar o requerido a restituir os valores pagos, limitados aos cinco anos anteriores à propositura da presente ação.

Transcrevo, em parte, o relatório da r. sentença, *in verbis*:

“Trata-se de ação de conhecimento, ajuizada por CANTOCERRADO PRODUÇÕES DE EVENTOS LTDA.-ME, com pedido de tutela provisória, em desfavor do DISTRITO FEDERAL

Narra a inicial que a autora atua no ramo de serviços de gravação, edição, transcrição e veiculação de filmes e vídeos, confecção de CD-ROM, DVD e VCD, produções em computação gráfica e desenho animado, criação de material para internet, prestação de serviços de organização de feiras, congressos, exposições e festas; reprodução de vídeo, atividades de produção cinematográfica, de vídeos e de programas de televisão. Concentra suas atividades em produções cinematográficas e audiovisuais, realizando a gravação, edição, transcrição e confecção de peças audiovisuais em suportes físicos CD-ROM, DVD e VCD, sob encomenda. Argumenta que se enquadra como microempresa conforme a LC 123/2006, fazendo jus a tratamento diferenciado. Além disso, a LC 123/2006 foi modificada pela LC 133/2009 quanto ao enquadramento das atividades de produção cinematográfica, audiovisual, artística e cultural no Regime Especial Unificado de Arrecadação de Tributos e CONTRIBUIÇÕES

devidos pelas microempresas. Mesmo assim, o DISTRITO FEDERAL tem recebido receitas derivadas da partilha que lhe cabe a título de ISS. Alega que não há previsão legal a amparar a incidência de ISS sobre essas atividades. Diz que a LC 116/2003 trazia no anexo a incidência do ISS sobre produção cinematográfica. No entanto, aquele item (13.01) foi vetado. O item 13.03, por sua vez, refere-se a serviço de cinematografia, que consiste em atividade mais ampla e não equivale à produção, gravação e distribuição de audiovisual. Informa que recentemente aderiu a parcelamento de tributo junto à Receita do Distrito Federal, cujo pagamento entende indevido, em razão da nulidade do acordo. Observa que sua atividade também não está sujeita ao ICMS, pois não envolve circulação de mercadoria. Assim, requer que o Distrito Federal se abstenha de lançar ISS sobre as atividades desempenhadas pela empresa.

O Distrito Federal ofertou resposta em forma de contestação (ID 18475985). Preliminarmente, apontou a ilegitimidade da parte autora. No mérito, aduz que a atividade de produção de vídeos e filmes sob encomenda está sujeita a incidência do ISS, pois contemplada no item 68 da Lista Anexa ao Decreto –lei nº. 406/68. Aduz que não cabe a restituição de imposto, pois não houve o reconhecimento da inconstitucionalidade ou ilegalidade da exigência fiscal.

Houve réplica (ID 19595129).” (5902745).

A parte dispositiva da sentença foi exarada nos seguintes termos, *in verbis*:

“Ante o exposto, o pedido para declarar a inexigibilidade do ISS sobre os JULGO PROCEDENTE serviços de produção audiovisual prestados pela autora, relacionados no ato constitutivo ID 17365775; bem como condenar o DISTRITO FEDERAL a restituir em favor do contribuinte os valores pagos indevidamente em face da incidência do ISS, limitados aos cinco anos anteriores à propositura da presente ação, a serem apurados por meio de liquidação de sentença.

No tocante à repetição, os juros de mora deverão incidir a partir do trânsito em julgado da presente decisão (Súmula 188 do STJ) e a correção monetária, do recolhimento indevido (Súmula 162 do STJ).

Resolvo o mérito da demanda, na forma do art. 487, I, do Código de Processo Civil – CPC.

Sem custas processuais, ante a isenção do Poder Público. Os honorários sucumbenciais serão definidos por ocasião da liquidação - art. 85, § 4º, II, do NCPC.”

Inconformado com o *decisum*, o DISTRITO FEDERAL apela (5902749), alegando ilegitimidade da Autora pra pleitear a restituição e, no mérito, afirma que o contribuinte só possui direito à restituição dos valores pagos a maior se comprovar, por meio de documentos e perícia contábil, a assunção do encargo financeiro pertinente.

Alega inexistirem nos autos elementos que provem que a recorrida não repassou aos seus consumidores finais o ônus financeiro pertinente ao recolhimento do ISS, no montante ora questionado e, menos ainda, de que referidos consumidores lhe tenham outorgado a autorização indicada no art. 166 do CTN.

Aduz que “o STF reformou acórdãos do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo que consideraram a operação de gravação e distribuição de videoteipes como sujeita tão somente ao ISS, esclarecendo 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 (Informativo do STF no 144)”.

Sustenta que “Logo, como a atividade de produção de vídeos e filmes para o comércio em geral efetivamente configura circulação de mercadoria, sobre ela deve incidir o ICMS. Todavia, quando essa produção se dá sob demanda, isto é, de forma individualizada e sob encomenda, a hipótese é de prestação de serviços com fornecimento de mercadoria e está sujeita ao ISS, subsumindo-se ao item 17.06 da Lista Anexa da LC n. 116/03, se publicitários, e, se não assumirem essa característica, a subsunção é no item 13.03 da referida Lista”.

Diz que “o que importa é a prestação do serviço executado pelo contribuinte. Se, no caso concreto, houver enquadramento fático à lista anexa ao RISS-DF, não interessam os demais objetos sociais da empresa que não estão sujeitos à tributação do imposto”.

Requer o conhecimento e provimento do presente recurso para que seja o feito extinto sem julgamento de mérito por ilegitimidade ativa *ad causam*. Se ultrapassada a preliminar, requer sejam julgados improcedentes os pedidos deduzidos na inicial.

Transcrevo os fundamentos da r. sentença, que adoto como razões de decidir, *in verbis*:

Preliminar – ilegitimidade ativa

De acordo com o disposto no art. 5º da Lei Complementar 116/2003, o contribuinte do ISS é o prestador do serviço, o qual tem a obrigação de calcular o montante devido e antecipar o pagamento (lançamento por homologação).

Desta forma, considerando que o autor tem o dever de arcar com o valor do imposto em questão, ainda que posteriormente o inclua no valor do serviço, possui interesse para figurar no polo ativo da demanda.

Assim, REJEITA-SE a preliminar.

Mérito

Passo a análise do mérito, pois presentes os pressupostos processuais e as condições da ação.

As partes controvertem acerca da incidência do ISS nos serviços prestados pela parte autora. Em virtude disso, impende analisar se o contribuinte em questão exerce ou não atividade de cinematografia, na qual incide o ISS, pois incluída na lista de serviços anexa a Lei Complementar nº 116/2003.

Conforme verificado no ato constitutivo ID 17365775, o objeto social da autora conste na “prestação de Serviços de publicidade, consultoria, assessoria de comunicação e marketing, propaganda, produção de espetáculos artísticos, culturais e esportivos, divulgação, filmagem, copiagem, fotografias, revelações, cortes e montagem, com representação comercial na área de comunicação, organização de eventos, feiras, congressos, exposições, encontros e congêneres, locação de mão de obra, locação de veículos”.agências de viagens e turismo

Conforme já esclarecido, os serviços relativos a cinematografia são tributados por meio do ISS, uma vez que previstos na lista de serviços anexada a Lei Complementar 116/2003 (item 13).

Observa-se que a cinematografia não equivale a simples produção de filmes, pois possui objeto mais amplo, que compreende, dentre outras, no planejamento do filme a ser produzido, na contratação do elenco, na locação de espaço para filmagem (Resp. 1.027.267).

A propósito, tal diferenciação restou prestigiada pela Lei Complementar 116/2003, uma vez que tais atividades foram incluídas em itens distintos. **Ocorre que o item 13.01, relativo a “Produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, video-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres” foi vetado pelo Presidente da República (Mensagem de veto nº. 362/2003).**

Em virtude disso, passou a se a diferenciar as atividades de propriamente dita e a de cinematografia produção audiovisual (ex: em mídia), sem a incidência de ISS neste último caso, distribuição de filmes conforme os entendimentos“, *in verbis*:

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

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

“[...] Se a atividade preponderante da sociedade empresária (produção audiovisual) está compreendida no item 13.01 do anexo da Lei Complementar 116/2003, vetado pelo Presidente da República, em princípio não se expõe à incidência do ISS. [...] III. Agravo conhecido e provido. (Acórdão n.870688, 20150020013528AGI, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 06/05/2015, Publicado no DJE: 08/06/2015. Pág.: 189)”

Como se vê, 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.

Assim, infere-se que **na atividade de produção desenvolvida pela autora não deve incidir o ISS, pois não se trata de atividade de cinematografia.**

Impende destacar, ainda, que o pedido de restituição dos valores pagos indevidamente deve ser acolhido, de modo a evitar o enriquecimento sem causa, prática vedada em nosso ordenamento jurídico.

Ressalta-se que eventual dúvida acerca da prestação ou não de determinado serviço poderá ser sanada em fase de liquidação de sentença, oportunidade na qual o contribuinte deverá comprovar o recolhimento indevido do tributo, não sendo o caso, portanto, de indeferimento do pedido, conforme requerido pelo réu.

Por fim, destaca-se que a restituição em questão deve se limitar aos cinco anos anteriores à propositura da presente ação, não abarcados pela prescrição quinquenal (art. 168/CTN), a ser apurada por meio de liquidação de sentença.

Logo, o deferimento do pedido é a medida que se impõe.”

A Autora possui legitimidade para propor a ação pois é quem suporta o pagamento do tributo. De acordo com a teoria da asserção, averigua-se a legitimidade *ad causam* a partir das afirmações de quem alega, de modo abstrato, assegurando-se, ainda, que se o Magistrado realizar cognição das

alegações de modo aprofundado, estará na verdade proclamando o mérito da causa.

Ademais, o artigo 5º da Lei Complementar 116/2003, prevê que no tocante ao ISS, especificamente, o contribuinte responsável pelo tributo é o fornecedor do serviço.

A Apelada foi quem recolheu o tributo cuja inexigibilidade se discute, sendo assim parte legítima para pleitear tanto a sua inexigibilidade, quanto a devolução dos valores pagos indevidamente.

A discussão sobre o direito a restituição difere do esclarecimento do valor a ser restituído, que pode ser feito mediante liquidação de sentença.

Assim, indefiro a preliminar de ilegitimidade ativa.

No mérito, importa salientar que as decisões do Supremo Tribunal Federal apontadas pelo Apelante não se aplicam ao presente caso, cujo fundamento é a repercussão do veto presidencial ao item 13.01 da lista anexa da LC n. 116/2003, devendo prevalecer o recente posicionamento do Superior Tribunal de Justiça sobre o tema. Confira:

EMENTA: - Recurso extraordinário. Fitas de "vídeo- cassete". Imposto devido. - O próprio acórdão reconhece que há comercialização, mediante oferta ao público, de fitas para "vídeo-cassete". E, assim sendo, aplica-se a ele o entendimento de ambas as Turmas desta Corte (assim nos RREE 191732, 164599, 179560 e 205984, a título exemplificativo) no sentido de que há **a incidência de ISS somente quando o serviço de gravação é feito por solicitação de outrem, e não, como sucede na hipótese sob julgamento, quando há oferta do produto ao público consumidor, caso em que o imposto devido é o ICMS**. Recurso extraordinário conhecido e provido. (RE 183190, Relator(a): Min. MOREIRA ALVES, Primeira Turma, julgado em 16/04/2002, DJ 24-05-2002 PP-00069 EMENT VOL-02070-03 PP-00533)

I. Recurso extraordinário e recurso especial: interposição simultânea: inoocorrência, na espécie, de prejuízo do extraordinário pelo não conhecimento ou negativa de seguimento do especial. II. Recurso extraordinário: prequestionamento: a interposição pertinente de embargos declaratórios satisfaz a exigência (Súmula 356) ainda que a omissão não venha a ser suprida pelo Tribunal a quo. Precedente (RE 210.638, DJ 19.6.98, Pertence). III. ICMS: incidência: comercialização, mediante oferta ao público, de fitas para "vídeo-cassete" gravadas em série. Tal como sucede com relação a programas de computador ou software (cf. RE 176626, Pertence, 11.12.98), **a fita de vídeo pode ser o exemplar de uma obra oferecido ao público em geral - e nesse caso não seria lícito negar-lhe o qualificativo de mercadoria -, ou o produto final de um serviço realizado sob encomenda, para atender à necessidade específica de determinado consumidor, hipótese em que se sujeita à competência tributária dos municípios**. Se há de fato, comercialização de filmes para "vídeo-cassete", não se caracteriza, para fins de incidência do ISS a entrega do serviço ou do seu produto e não com sua oferta ao público consumidor. (RE 191454, Relator(a): Min. SEPÚLVEDA PERTENCE, Primeira Turma, julgado em 08/06/1999, DJ 06-08-1999 PP-00046 EMENT VOL-01957-04 PP-00824)

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)

Nesses termos, foram proferidas as seguintes ementas, *in verbis*:

DIREITO TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE TRIBUTO. DESNECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. JULGAMENTO ANTECIPADO DA LIDE ADEQUADO. PRODUÇÃO AUDIOVISUAL. SERVIÇOS EXCLUÍDOS DA INCIDÊNCIA DO ISSQN. SENTENÇA MANTIDA. I. Versando a causa sobre a incidência do ISSQN sobre serviços compreendidos no objeto social da sociedade empresária, o julgamento antecipado da lide atende ao disposto no artigo 330, inciso I, do Código de Processo Civil de 1973. II. De acordo com o artigo 156, inciso III, da Constituição Federal, a incidência do ISSQN pressupõe a especificação do serviço em lei complementar. III. A Lei Complementar 116/2003, que define os serviços sujeitos ao ISSQN, estabelece em seu artigo 1º, caput e § 4º, que o ISSQN só pode ter por fato gerador a prestação de serviço que consta da lista disposta em seu Anexo. IV. **Por força do veto ao item 13.01 do Anexo da Lei Complementar 116/2003, não se expõe à incidência do ISSQN serviços relativos à "produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, video-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres." V. Não se pode, a pretexto de conferir certa margem de amplitude a determinados itens do Anexo da Lei Complementar 116/2003, tributar ou continuar tributando serviços que constavam do item 13.01. VI. Nada impede que o Distrito Federal, uma vez identificando a prestação de outros serviços contemplados nas demais categorias discriminadas no item 13 do Anexo da Lei Complementar 116/2003, promova a tributação apropriada. (Acórdão n.1069503, 20140111521477APO, Relator: JAMES EDUARDO OLIVEIRA 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 06/12/2017, Publicado no DJE: 29/01/2018. Pág.: 467/477)**

CIVIL E PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO - ISS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE CINEMATOGRAFIA SOB ENCOMENDA. ILEGALIDADE DA COBRANÇA DO IMPOSTO RECONHECIDA PELO STJ. RESTITUIÇÃO DA QUANTIA PAGA. REMESSA NECESSÁRIA IMPROVIDA. 1. Reexame necessário relativo à sentença de procedência proferida nos autos da ação declaratória cumulada com repetição de indébito, na qual a autora pediu a restituição dos valores pagos a título de Imposto Sobre Serviços - ISS, bem como a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária, de forma a impedir o réu de cobrar o referido imposto sobre as atividades de produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, vídeo-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital vídeo disc e congêneres. 2. **O STJ reconheceu a ilegalidade da cobrança do ISS sobre os serviços de produção de filmes/vídeos por encomenda prestados pela autora no julgamento do REsp 1.627.818/DF, já transitado em julgado. 3. **Constatado o pagamento indevido a título de ISS, impõe-se a restituição da quantia paga no quinquênio que antecedeu a propositura da ação, nos termos do art. 165 do Código Tributário Nacional, a ser****

apurado em liquidação de sentença. 4. Reexame necessário improvido. (Acórdão n.1103291, 20140110374478RMO, Relator: JOÃO EGMONT 2ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 13/06/2018, Publicado no DJE: 19/06/2018. Pág.: 214/234)

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ISS. CINEMATOGRAFIA. LC 116/03. FILME SOB DEMANDA. 1. **O item 13.03 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003 não autoriza a tributação pelo ISSQN do serviço de produção de filmes/vídeos por encomenda, uma vez que essa atividade não se equipara aos serviços de cinematografia. Precedentes do STJ.** 2. Negou-se provimento ao apelo. (Acórdão n.1129739, 07139623320178070018, Relator: SÉRGIO ROCHA 4ª Turma Cível, Data de Julgamento: 10/10/2018, Publicado no DJE: 17/10/2018. Pág.: Sem Página Cadastrada.)

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.)

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO. LOCAÇÃO DE COMPUTADORES. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS INERENTES À LOCAÇÃO. LEGITIMIDADE ATIVA. NÃO

INCIDÊNCIA DE ISS. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. NECESSIDADE DE COMPROVAÇÃO DA ASSUNÇÃO DOS ENCARGOS FINANCEIROS. LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA. 1. Não incide ISS sobre a locação de bens móveis com prestação de serviços a ela inerentes. 2. **É possível a apuração, em liquidação de sentença, do valor dos encargos financeiros relativos ao ISS assumidos pelo contribuinte, para fins de restituição.** 3. Rejeitou-se a preliminar de ilegitimidade ativa e deu-se provimento parcial ao apelo. (Acórdão n.1109315, 20160110790525APC, Relator: SÉRGIO ROCHA 4ª TURMA CÍVEL, Data de Julgamento: 13/06/2018, Publicado no DJE: 20/07/2018. Pág.: 317/320)

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).

Assim, com a vigência da Lei Complementar 116/03 e devido ao veto presidencial em relação ao item 13.01, não 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.

Como pode se observar, a r. sentença foi proferida com brilhantismo, não merecendo qualquer reforma.

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao recurso e à remessa, para manter íntegra a r. sentença.

O Tribunal, ao julgar o recurso, deve majorar os honorários fixados anteriormente, levando em conta o trabalho adicional realizado em grau recursal, observando, conforme o caso, o disposto nos §§ 2º a 6º do art. 85.

Pelas razões expostas e na forma indicada no parágrafo precedente, levando em conta o trabalho adicional exercido nesta fase recursal, os honorários recursais ficam desde já fixados em 1% (um por cento) do valor da condenação, sendo devidos aos advogados da parte Autora.

É como voto.

A Senhora Desembargadora LEILA ARLANCH - 1º Vogal

Com o relator

A Senhora Desembargadora GISLENE PINHEIRO - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

CONHECIDOS. REMESSA NECESSÁRIA E RECURSO VOLUNTÁRIO IMPROVIDOS.
UNÂNIME.