



Apelação Cível nº 0067266-11.2014.8.19.0001

Apelante: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
Apelado: RJ SERVIÇOS CINE VÍDEO LTDA

Juízo de Origem: Juízo de Direito da 12ª Vara de Fazenda Pública da Comarca da Capital

Relator: JDS. Des. Isabela Pessanha Chagas

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE AS ATIVIDADES DE GRAVAÇÃO E PRODUÇÃO DE VIDEO, AUDIO E AFINS. PRETENSÃO DE AFASTAR A INCIDENCIA DO IMPOSTO SOBRE AS ATIVIDADES DA EMPRESA. JURISPRUDÊNCIA PACÍFICA DO STJ ADMITE A INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DE SERVIÇOS CONGÊNERES DA MESMA NATUREZA, AINDA QUE COM NOMEAÇÃO DISTINTA DAQUELES CONSTANTES DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. VETO PRESIDENCIAL EM RELAÇÃO AO ÍTEM 13.01, INEXISTINDO PREVISÃO LEGAL QUE AMPARE A INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE A ATIVIDADE DE PRODUÇÃO, GRAVAÇÃO E DISTRIBUIÇÃO DE FILMES. 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. PERCENTUAL DE HONORÁRIOS QUE DEVE SER FIXADO EM LIQUIDAÇÃO DE SENTENÇA, NOS TERMOS DO ARTIGO 85, § 4º DO CPC. JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA. RESP. 1.495.146/MG. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO.

1. A hipótese versada aos autos trata de crédito tributário referente ao imposto ISSQN, sobre serviços de produção, gravação, edição legendagem e distribuição de filmes e congêneres, exercida pela autora, que vem sendo cobrado pela Fazenda, como atividade de cinematografia, prevista no item 13.03 da Lista Anexa à LC 116/03.
2. A autora, ora apelada, afirma que exerce apenas a atividade de produção, gravação edição, legendagem e distribuição de filmes e afins, prestando serviço com produtora e divulgadora de filmes vídeos, televisão,

shows e etc. para tanto acosta notas fiscais eletrônicas referentes ao serviço prestado.

3. Laudo pericial atestando o enquadramento da atividade empresarial no subitem 13.1 do quadro anexo à Lei 116/03.
4. O advento da Lei Complementar nº 116/03, o antigo Decreto-Lei nº. 406/68 foi revogado, mas ao ser submetido a sanção presidencial houve o veto de alguns itens da referida lista, inclusive, o item 13.01 que previa de forma expressa a incidência do ISS sob “Produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, vídeo-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres”.
5. O veto presidencial sobre trechos da Lei do ISS (Lei Complementar 116/2003) excluiu a possibilidade de equiparação das atividades para esse fim.
6. Não cabe a Fazenda Pública alterar o enquadramento da atividade, pois somente o Congresso Nacional pode se pronunciar acerca da adequação dos vetos presidenciais.
7. Excluída a possibilidade de incidência do imposto, correta a decisão de 1ª instância que julgou procedente a ação de repetição de indébito proposta pelo particular.
8. No tocante a condenação em honorários, considerando que a sentença é ilíquida, o percentual deve ser fixado em liquidação de sentença;
9. Resp. 1.495.146/MG: Tratando-se de verba de natureza tributária, deve ser aplicado o entendimento exposto no Repetitivo. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.”;
10. Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.” – Súmula 162 do STJ;
11. “Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.” Enunciado sumular nº 188 STJ;
12. Precedentes STJ: RECURSO ESPECIAL Nº 1.308.628 - RS (2011/0020537-8) RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.627.818 - DF (2016/0250557-8) RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA
13. Precedentes: 0025448-89.2008.8.19.0001 - APELAÇÃO Des(a). GUARACI DE CAMPOS VIANNA - Julgamento: 24/03/2015 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL; 0014518-55.2017.8.19.0014 – APELAÇÃO - LUIZ ROLDAO DE FREITAS GOMES FILHO - SEGUNDA CÂMARA CÍVEL - Data

de julgamento: 09/05/2018; 0057891-93.2008.8.19.0001
APELACAO / REMESSA NECESSARIA Des(a). CLEBER
GHELFENSTEIN - Julgamento: 27/07/2016 - DÉCIMA
QUARTA CÂMARA CÍVEL

- 14. Recurso conhecido e parcialmente provido para fixar os juros moratórios a partir do trânsito em julgado da sentença, e de ofício, determinar que a correção monetária e os juros correspondam aos índices que a Fazenda Pública utiliza na cobrança de tributos pagos em atraso, nos termos das teses firmadas no RE nº 870.947/SE e no REsp 1.495.146/MG, bem como determinar que o percentual dos honorários advocatícios de sucumbência deverá ser estabelecido na fase de liquidação.**

A C Ó R D Ã O

Vistos, discutidos e examinados estes autos, ACORDAM os Desembargadores da Primeira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade de votos, em dar parcial provimento ao recurso, e de ofício fixar o índice da correção moratória e juros de mora, nos termos do voto do Relator.

Rio de Janeiro, 18 de dezembro de 2018.

VOTO DO RELATOR

Trata-se de Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito ajuizada por RJ SERVIÇOS CINE VÍDEO LTDA em face de MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO.

Em homenagem à celeridade processual, prestigia-se a sentença do Juízo de 1º grau (index 000126):

“(…)

Por fim, JULGO PROCEDENTE o pedido para CONDENAR o Município réu a se abster de cobrar ISS sobre as atividades de produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, vídeo-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital vídeo disc e congêneres exercidos pela autora. Condeno ainda o Município a

restituir o valor das despesas processuais, incluindo honorários periciais, custas e taxa judiciária, bem como a pagar honorários advocatícios apurados sobre o valor atualizado do indébito tributário a restituir na data do trânsito em julgado da presente decisão, e calculados pelo percentual mínimo de cada faixa fixada nos incisos do §3º do art. 85 do CPC e, sendo o caso, na forma do respectivo § 5º. Preclusas as vias impugnativas, expeça-se mandado de pagamento de todas as quantias depositadas nos autos à parte autora e/ou seu patrono. Dê-se ciência ao Ministério Público.”

Embargos de Declaração da parte autora (index 000505).

Recurso de Apelação do Município (index 000510) no qual defende o cabimento da cobrança do ISS e impugna o pedido de repetitório formulado pela autora. Defende a inexistência de juros de mora antes do trânsito em julgado.

Decisão dos Embargos de Declaração (index 000525) no seguinte sentido:

“Reconsiderado a sentença de fl. 501, porquanto lançada equivocadamente nos autos. Trata-se de embargos de declaração na qual a parte autora afirma ter ocorrido omissão da sentença quanto à base de cálculo dos honorários sucumbenciais determinados na sentença, bem como em relação ao índice de correção e juros aplicáveis ao indébito determinado. Compulsando detidamente os autos, denota-se que assiste razão à embargante. A sentença condenou o Município a pagar honorários advocatícios incidentes unicamente sobre a repetição de indébito do ISS determinada. Todavia, houve omissão na sentença ao deixar de determinar tal incidência também sobre o ISS que vem sendo depositado nos autos mensalmente. Note-se que, também neste aspecto, o Município foi sucumbente, razão pela qual a incidência dos honorários, neste ponto, deve ocorrer. Assiste razão ao embargante, ainda, quanto à incidência dos consectários da mora, uma vez que não houve expressa previsão na sentença, devendo tal omissão ser sanada. Diante disso, de acordo com o ordenamento jurídico em vigor, no que diz respeito às condenações impostas à Fazenda Pública em matéria tributária, extraem-se as seguintes conclusões acerca dos consectários de mora devidos em condenação contra a Fazenda Pública: i) até 10/01/2003, data da entrada em vigor do CC/2002: a atualização monetária seguirá os índices previstos na Tabela da Corregedoria Geral de Justiça deste Estado, e os juros de mora deverão incidir no percentual de 0,5% ao mês, conforme artigo 1062 do Código Civil de 1916. ii) após 11/01/2003 e até 27/06/2009, um dia antes da data em que foi atribuída nova redação ao artigo 1º-F pela Lei 11.960/09: a atualização monetária seguirá os índices previstos na Tabela da Corregedoria Geral de Justiça deste Estado, e os juros de mora deverão incidir no percentual de 1% ao mês, com base no artigo 406 do Código Civil de 2002 c/c artigo 161, §1º do CTN; iii) após 28/06/2009 fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015; e os juros de mora deverão incidir no percentual de 1% ao

mês, com base no artigo 406 do Código Civil de 2002 c/c artigo 104 §1º do CTN; iv) a partir de 23/05/2015 a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública deverá seguir o IPCA -E, pois conforme decidido pelo STF, o art. 1º-F da Lei nº 9.494/97, com a redação dada pela Lei nº 11.960/09, na parte em que disciplina a atualização monetária das condenações impostas à Fazenda Pública segundo a remuneração oficial da caderneta de poupança, revela-se inconstitucional ao impor restrição desproporcional ao direito de propriedade (CRFB, art. 5º, XXII), uma vez que não se qualifica como medida adequada a capturar a variação de preços da economia, sendo inidônea a promover os fins a que se destina. Conforme o voto do Eminentíssimo Relator, a fim de evitar qualquer lacuna sobre o tema e com o propósito de guardar coerência e uniformidade com o que decidido pelo Supremo Tribunal Federal ao julgar a questão de ordem nas ADIs nº 4.357 e 4.425, ficou decidido que devem ser idênticos os critérios para a correção monetária de precatórios e de condenações judiciais da Fazenda Pública. Naquela oportunidade (julgamento da questão de ordem das ADIs), a Corte assentou que, após 25.03.2015, todos os créditos inscritos em precatórios deverão ser corrigidos pelo Índice de Preços ao Consumidor Amplo Especial (IPCA-E). Nesse exato sentido, decidiu-se pela aplicação do aludido índice a todas as condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, qualquer que seja o ente federativo de que se cuide. Ainda, o Supremo Tribunal Federal modulou os efeitos de sua decisão determinando que devem ser mantidos os precatórios expedidos ou pagos até 25.03.2015, ou seja, fica mantida a aplicação do índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança (TR), nos termos da Emenda Constitucional nº 62/2009, até 25.03.2015. Registre-se, por fim, que a norma definidora da taxa de juros é aplicável imediatamente aos processos em curso, mesmo que ajuizados sob a égide da lei revogada, e vencendo-se os juros mês a mês deve ser observada a norma vigente à época de cada vencimento. Com efeito, conforme firmado no julgamento do REsp nº 1.205.946/SP, processado na forma do artigo 543-C do CPC as normas que regem os consectários da condenação possuem natureza processual e, portanto, por força do princípio tempus regit actum, devem ser aplicadas as que se encontram em vigor à época da sua incidência. Isto posto, DOU PROVIMENTO aos embargos de declaração para determinar a condenação do Município em honorários sucumbenciais apurados 1) sobre o valor do indébito tributário na data do trânsito em julgado, bem como 2) sobre os valores totais objeto de depósito pelo embargante nos presentes autos, todos calculados sobre o percentual mínimo de cada faixa fixada no §3º do art. 85 do CPC. Dou Provimento aos embargos, por fim, para determinar a incidência dos consectários de mora na forma acima discriminada. Mantenho, no mais, a sentença tal qual lançada. PRI.”

Embargos de Declaração do Município (index 000528) com decisão os rejeitando (index 000531).

Nova interposição do recurso de apelação do Município (index 000536), apresentando os mesmos argumentos.

Contrarrazões da parte autora (index 000549).



Parecer da Procuradoria de Justiça (index 000584) no sentido de não haver interesse no feito.

É o relatório. Passo ao Voto.

Presentes os requisitos, conheço do recurso, visto que, por se tratar de execução fiscal cujo valor é superior a 50 (cinquenta) Obrigações Reajustáveis do Tesouro Nacional – ORTN, a via recursal eleita se mostra adequada (Resp. 1.168.625/MG)

Recebo o recurso de apelação em seus regulares efeitos. Recurso tempestivo e devidamente preparado.

Presentes as condições recursais (legitimidade, interesse e possibilidade jurídica) e os pressupostos legais (órgão investido de jurisdição, capacidade recursal das partes e regularidade formal - forma escrita, fundamentação e tempestividade), a apelação deve ser conhecida.

Trata-se de Repetição de Indébito ajuizada por RJ Serviços Cine Vídeo Ltda, em face do Município do Rio de Janeiro, na qual alega que é pessoa jurídica que atua no ramo do entretenimento e tem por atividade a produção de obras audiovisuais, cinematográficas e videofonográficas, além da divulgação e promoção de filmes vídeos, televisão, shows e discos e fitas. Afirma que é incontroverso que a autora presta serviços de produção de obras audiovisuais e sobre estes serviços vem pagando ISS. Narra que estas atividades originalmente estavam incluídas no item 13.01 da lista anexa à Lei Complementar 116/2003, todavia, este subitem foi expressamente vetado pelo Presidente da República. Afirma que continua sendo cobrada do imposto sobre esta atividade, com fundamento na atividade de cinematografia, prevista no item 13.03 da Lista anexa à LC Nº 116/2003. Afirma que não há qualquer base legal para esta tributação posto que esta não é a atividade exercida pela empresa. Sustenta que, com fundamento no princípio da legalidade tributária pretende recuperar o ISS pago indevidamente nos últimos cinco anos.

O magistrado a quo julgou procedente o pedido condenado o município a restituir à parte autora o valor indevidamente recolhido a título do ISS nos últimos cinco anos anteriores à propositura da presente demanda (pagamentos efetuados entre março de 2009 a fevereiro de 2014), que deverá ser monetariamente corrigido, bem como condenou o Município a se abster de cobrar o ISS, sobre as atividades de produção gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, vídeo-tapes, discos, fitas assete compact disc, exercidos pela autora.

Apelo do Município sustentando o cabimento de cobrança de ISS das atividades previstas no item 13.01 da Lei, eis que o Veto presidencial é contraditório. Narra que a atividade da empresa é prestação de serviços. Assevera que a repetição deverá ser efetuada a quem houver assumido o encargo. Pleiteia que os juros de mora sejam cobrados a partir do transito em julgado.

A hipótese versada aos autos trata de crédito tributário referente ao imposto ISSQN, sobre serviços de produção, gravação, edição legendagem e distribuição de filmes e congêneres, exercida pela autora, que vem sendo cobrado pela Fazenda, como atividade de cinematografia, prevista no item 13.03 da Lista Anexa à LC 116/03.

O imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS), previsto no artigo 155 II da CF/88 (ISSQN ou ISS), é um imposto brasileiro municipal, ou seja, somente os municípios têm competência para instituí-lo (Art.156, III, da Constituição Federal).

O ISSQN tem como fato gerador a prestação de serviço (por empresa ou profissional autônomo) de serviços descritos na lista de serviços da Lei Complementar nº 116 de 31 de julho de 2003, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

Como regra geral, o ISSQN é recolhido ao município em que se encontra o estabelecimento do prestador.

Os contribuintes do imposto são as empresas ou profissionais autônomos que prestam o serviço tributável, mas os municípios e o Distrito Federal podem atribuir às empresas ou indivíduos que tomam os serviços a responsabilidade pelo recolhimento do imposto.

O ISS até 31.07.2003 foi regido pelo DL 406/1968 e alterações posteriores. A partir de 01.08.2003, o ISS é regido pela Lei Complementar 116/2003.

De acordo com o STJ, a lista de serviços que recebem incidência do ISS consta no anexo ao Decreto-Lei 406/68, que se refere a normas gerais de direito financeiro aplicáveis aos impostos sobre operações relativas à circulação de mercadorias e sobre serviços de qualquer natureza, existindo a possibilidade de interpretação extensiva de cada item para abarcar serviços congêneres aos elencados pelo Decreto-Lei 406/68.

Sendo assim, o STJ, de forma pacífica, assevera pela possibilidade de interpretação extensiva de serviços congêneres da mesma natureza, distintos apenas por sua denominação, consoante julgados abaixo colacionados:

TRIBUTÁRIO – SERVIÇOS BANCÁRIOS – ISS – LISTA DE SERVIÇOS – TAXATIVIDADE – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA. 1. A jurisprudência desta Corte firmou entendimento de que é taxativa a Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, para efeito de incidência de ISS, **admitindo-se, aos já existentes apresentados com outra nomenclatura, o emprego da interpretação extensiva para serviços congêneres.** 2. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime do art. 543-C do CPC e da Resolução STJ 08/08. (RECURSO ESPECIAL Nº 1.111.234 - PR (2009/0015818-9) RELATORA: MINISTRA ELIANA CALMON) (grifo nosso).

Segundo o autor, o Município apelante, tratou com equívoco os subitens 13.01 e 13.02 da Lei Complementar Federal nº 116/2003, cadastrando a empresa como integrante do subitem 13.03 e cobrando o imposto incidente sobre esta atividade.

Afirma que exerce apenas a atividade de produção, gravação edição, legendagem e distribuição de filmes e afins, prestando serviço com produtora e

divulgadora de filmes vídeos, televisão, shows e etc. para tanto acosta notas fiscais eletrônicas referentes ao serviço prestado.

Como exposto o advento da Lei Complementar nº 116/03, o antigo Decreto-Lei nº. 406/68 foi revogado, mas ao ser submetido a sanção presidencial houve o veto de alguns itens da referida lista, inclusive, o item 13.01 que previa de forma expressa a incidência do ISS sob *“Produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, vídeo-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres”*.

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

O item 13.01 da Lista de serviços 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 conseqüência 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.

Porém, não ficou claro como será tratada a tributação das empresas que trabalham de forma personalizada, produzindo filmes, etc., de acordo com a necessidade específica de seus clientes, as quais, evidentemente, dedicam-se à prestação de serviços e não à atividade comercial.

A empresa comprovou que exerce a atividade de produção de audiovisual prevista no item 13.01 da lista anexa à Lei (index 00027).

No mesmo sentido é a conclusão do expert do Juízo, quando da realização da prova pericial (index 000318).

“Pelo acima exposto, foi constatado o enquadramento da atividade desenvolvida pela Autora, aquela descrita em seu Contrato Social e Alterações, constituída com objeto social de realização de serviços de filmagem para produção de vídeos, edição de imagens, elaboração de projetos culturais, organização, produção de obras audiovisuais, administração e realização de eventos culturais em geral descritos no , subitem 13.01 da lista de serviços anexa a LC no 116/2003, vetado pelo

Presidente da República, qual seja: "produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, vídeo-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres.

Em todo o exame não foi constatada evidências de repasses, transferências, aos clientes (tomadores dos serviços), do respectivo valor do ISS destacado nas notas fiscais e pagos pela Autora, através de Documentos de Arrecadação de Receitas Municipais - DARM - RIO e Depósitos Judiciais, vez que o enquadramento do serviço pelo Contrato Social é aquele constante no código 13.01".

Desta forma, não se justifica o enquadramento da empresa em atividade diversa de cinematografia. A título de ilustração, peço vênha para citar trecho do voto do e. Ministro Benedito Gonçalves, quando do Julgamento do Recurso Especial nº 1.308.628

(...) não é possível aplicar interpretação extensiva para alcançar atividade específica que foi expressamente excluída da lista anexa em face de veto presidencial. A respeito, mostra-se pertinente o precedente indicado pela recorrente, assim ementado.

Veja-se: 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).

Segundo, 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 produção, gravação e distribuição de filmes, que, como visto, estava amparada no item 63.

Terceiro, a atividade de cinematografia não equivale à produção de filmes, mas, certamente, a mais importante de suas etapas.

Com efeito, conforme o primeiro significado estampado pelo Dicionário Houaiss da língua portuguesa, cinematografia é "o conjunto de princípios, processos e técnicas utilizadas para captar e projetar numa tela imagens estáticas sequenciais (fotogramas) obtidas com uma câmera especial, dando a impressão ao espectador de estarem em movimento".

Já 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. É o que se depreende do conceito de produção de cinema contido na Enciclopédia Mirador Universal, in verbis:

12.6.1. Produção: compreende todas as providências relativas à realização dos filmes, assumindo características particulares em cada centro industrial na medida em que divergem as atribuições do produtor. Estas são bem mais amplas, por exemplo, no esquema norte-americano de Hollywood, onde a produção se inicia já na seleção dos argumentos a serem desenvolvidos em roteiros de filmes, onde a linha da produção é antecipadamente planejada.

12.6.2. Na chamada produção independente é o diretor que, com freqüência, assume esses encargos iniciais. Ao procurar um financiador e um administrador da produção, já tem idéias precisas a respeito do trabalho a ser feito. Eventualmente, pode, inclusive, apresentar o cálculo do orçamento aproximado, caso em que as atividades da produção só principiam com os trabalhos concretos de pesquisa sobre os locais de filmagem, a contratação de técnicos e demais providências iniciais de organização dos trabalhos propriamente ditos.

12.6.3 Independentemente das peculiaridades de cada centro de produção, esta sempre comporta o levantamento das locações, a verificação das exigências de filmagem em estúdio, o plano de trabalho para as filmagens, a contratação do pessoal necessário à realização, a aquisição de material, enfim, todas as providências concernentes à viabilidade da filmagem; a seguir, a realização propriamente dita se consubstancia nas tomadas de cena e sua articulação pela montagem, a partir do roteiro, compreendendo os trabalhos de laboratório. Cabem, ainda, à produção as particularidades técnicas ao acabamento do produto a ser industrializado, bem como a preparação de cópias masters e também alguns recursos publicitários em torno da mercadoria que será oferecida ao público'.

Sendo assim, a meu ver, não pode ser enquadrada a atividade da empresa no conceito de cinematografia contido no item 13: 03 da Lista anexa à Lei Complementar

Contudo, embora houvesse o veto ao item 13.01, os Municípios permaneciam a cobrar o imposto em face das empresas que exerciam as atividades vetadas, o que foi objeto de infindas discussões administrativas e judiciais.

Sendo assim, o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, é no sentido de que não se configura legítima a cobrança do ISS sob as atividades que sofreram o veto presidencial, assim como fundamentou o Acórdão.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.308.628 - RS (2011/0020537-8) RELATOR :
MINISTRO BENEDITO GONÇALVES RECORRENTE : CÁPSULA
CINEMATOGRÁFICA LTDA ADVOGADO : RAFAEL PANDOLFO E
OUTRO(S) RECORRIDO : MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE
PROCURADOR : ROGERIO QUIJANO GOMES FERREIRA E OUTRO(S)



EMENTA 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. 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.

Em outro precedente o Ministro Gurgel de Faria destacou que um veto presidencial sobre trechos da Lei do ISS (Lei Complementar 116/2003) excluiu a possibilidade de equiparação das atividades para esse fim.

Como houve veto, não cabe a Fazenda Pública alterar o enquadramento da atividade, pois somente o Congresso Nacional pode se pronunciar acerca da adequação dos vetos presidenciais.

Para Gurgel de Faria, tendo sido vetada expressamente a hipótese legal de incidência, o enquadramento do serviço correlato em outro item equivaleria à derrubada do veto, "*competência exclusiva do Congresso Nacional, a qual deveria ter sido exercida em tempo próprio, caso assim entendesse essa casa legislativa*".

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 1.627.818 - DF (2016/0250557-8) RELATOR : MINISTRO GURGEL DE FARIA AGRAVANTE :
DISTRITO FEDERAL ADVOGADOS : MARCOS DE ARAÚJO



CAVALCANTI E OUTRO(S) - DF028560 AGRAVADO : BSB
SERVICOS CINEGROUP LTDA ADVOGADOS : GUSTAVO
REBELLO HORTA E OUTRO(S) - RJ103649 GIL VICENTE
SOARES DE ALMEIDA E OUTRO(S) - DF028495 RENATA DE
PAOLI GONTIJO E OUTRO(S) - RJ093448 EMENTA 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

Por todo o exposto, entendo que a atividade de cinematografia não equivale à produção de filmes ou vídeos por encomenda, sendo inviável generalizar o conceito para abranger tais atividades.

Os serviços passíveis de cobrança, segundo a lei, são os de "fotografia e cinematografia, inclusive revelação, ampliação, cópia, reprodução, trucagem e congêneres", não havendo margem discricionária para enquadrar a produção de vídeos sob encomenda em um desses itens.

Excluída a possibilidade de incidência do imposto, correta a decisão de 1ª instância que julgou procedente a ação de repetição de indébito.

Precedentes desta Corte de Justiça.

0057891-93.2008.8.19.0001 - APELACAO / REMESSA
NECESSARIA

Des(a). CLEBER GHELLENSTEIN - Julgamento: 27/07/2016 -
DÉCIMA QUARTA CÂMARA CÍVEL



APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO, OBJETIVANDO AFASTAR DEFINITIVAMENTE A INCIDÊNCIA DO ISS SOBRE AS ATIVIDADES TÍPICAS DA INDÚSTRIA CINEMATOGRAFICA E CONGÊNERES, COMO TAMBÉM EM RELAÇÃO À LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, EM VIRTUDE DO VETO PRESIDENCIAL AO ITEM 13.01 DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR N° 116/2003. A SENTENÇA CONDENOU O RÉU A ABSTER-SE DE COBRAR ISS PELA ATIVIDADE DE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS, A RESTITUIR OS VALORES INDEVIDAMENTE COBRADOS A ESSE TÍTULO, RESPEITADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL E JULGOU IMPROCEDENTES OS PEDIDOS COM RELAÇÃO AO ISS COBRADO SOBRE A ATIVIDADE DE INDÚSTRIA CINEMATOGRAFICA DO AUTOR, POR AUSÊNCIA DOS FATOS CONSTITUTIVOS DO DIREITO AFIRMADO. AMBAS AS PARTES APELAM. ILEGITIMIDADE ATIVA AFASTADA, EM RELAÇÃO AO PEDIDO DE REPETIÇÃO DE INDEBITO, TENDO EM VISTA AS AUTORIZAÇÕES APRESENTADAS PELOS TOMADORES DE SERVIÇOS, FICANDO RESTRITAS ÀS REFERIDAS RESTITUIÇÕES A ESSES TOMADORES. 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. POSSIBILIDADE DE INCIDÊNCIA EM RELAÇÃO AS DEMAIS ATIVIDADES CINEMATOGRAFICAS. APLICAÇÃO DA SÚMULA VINCULANTE N° 31 DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL QUE VEDA A INCIDÊNCIA DE ISS SOMENTE SOBRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS. EMENDA CONSTITUCIONAL 37, QUE INCLUIU O ARTIGO 88 NO ATO DAS DISPOSIÇÕES CONSTITUCIONAIS TRANSITÓRIAS, QUE TEM APLICAÇÃO IMEDIATA, AFASTANDO QUALQUER ISENÇÃO CONCEDIDA PELO ENTE MUNICIPAL, OBJETIVANDO INIBIR AS FAMIGERADAS "GUERRAS FISCAIS". AFASTO A RESTITUIÇÃO EM DOBRO DOS VALORES RECOLHIDOS PELA PARTE AUTORA POR AUSÊNCIA DE MÁ-FÉ DO ENTE PÚBLICO. ADEQUAÇÃO DA INCIDÊNCIA DE JUROS MORATÓRIOS E DE CORREÇÃO MONETÁRIA À JURISPRUDÊNCIA MAIS RECENTE. PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE RÉ PARA DETERMINAR QUE OS JUROS DE MORA OBSERVEM A REMUNERAÇÃO DA CADERNETA DE POUPANÇA, A PARTIR DA VIGÊNCIA DA LEI N.º 11.960/2009, A CONTAR

DA DATA DA CITAÇÃO, E QUE A CORREÇÃO MONETÁRIA SEJA CALCULADA COM BASE NA VARIAÇÃO DO IPCA, A CONTAR DE CADA RECOLHIMENTO INDEVIDO ATÉ O EFETIVO PAGAMENTO, RESPEITADA A PRESCRIÇÃO QUINQUENAL. NEGA-SE PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE AUTORA E PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA PARTE RÉ SOMENTE QUANTO À RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO DE FORMA SIMPLES E QUANTO À INCIDÊNCIA DOS JUROS LEGAIS E CORREÇÃO DE MONETÁRIA.

0044924-11.2011.8.19.0001 - APELAÇÃO

Des(a). CLAUDIO BRANDÃO DE OLIVEIRA - Julgamento: 04/11/2015 - SÉTIMA CÂMARA CÍVEL

Apelação cível. Direito Constitucional e Administrativo. Mandado de Segurança manejado contra obrigação de recolhimento de ISS nas operações de licenciamento do direito de exibição da obra audiovisual cinematográfica. Sentença de improcedência, denegando a ordem. Como é cediço, o mandado de segurança é o remédio com previsão na Carta da República nos incisos LXIX e LXX do artigo 5º que tem por finalidade a proteção de direito líquido e certo não amparado por habeas corpus ou por habeas data, sendo disciplinado pela Lei 12.016/2009. Nesse sentido, a presença do direito líquido e certo é uma condição para procedência do pedido formulado no mandado de segurança e o eventual reconhecimento de sua inexistência acarreta a extinção do processo. 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 à Lei Complementar 116/2003, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. Malgrado o Município apelado sustente que o referido tributo tem incidência na atividade desenvolvida pelo apelante, constata-se que o mesmo não indica com precisão a atividade sobre a qual incide o referido tributo, como muito bem destacado no Parecer da ilustre Procuradoria de Justiça (fls. 157/164). Nesse sentido, o Superior Tribunal de Justiça firmou o entendimento que a partir da vigência da Lei Complementar 116/03, em razão 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. Atividade da apelante não se encontra abrangida na lista de serviços que constituem o fato gerador do tributo em questão, merecendo reforma a sentença. Precedentes do STJ e do nosso Tribunal de Justiça. Provimento do recurso. Segurança concedida na forma da inicial. Sentença reformada.

0025448-89.2008.8.19.0001 - APELAÇÃO

Des(a). GUARACI DE CAMPOS VIANNA - Julgamento:
24/03/2015 - DÉCIMA NONA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISENÇÃO DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISS. ALEGAÇÃO DE EQUIVOCADA REVOGAÇÃO DA ISENÇÃO DO TRIBUTO POR MEIO DO DECRETO 22520/02. NÃO INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE LOCAÇÃO DE BENS MÓVEIS e EQUIPAMENTOS E SOBRE ATIVIDADES DE PRODUÇÃO DE VÍDEO, GRAVAÇÃO, EDIÇÃO E DISTRIBUIÇÃO EM RAZÃO. PEDIDO DE ANULAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO E REPETIÇÃO DE INDÉBITO. 1- O ISS - imposto sobre serviços é da competência municipal e distrital (artigos 147 e 156, III da Constituição Federal), compreendendo serviços de qualquer natureza não incluídos na competência tributária estadual. 2- O fato gerador do ISS é a prestação de serviços devendo os Municípios, na instituição do imposto, respeitar os limites previstos em lei. 3- Locação de bens móveis (artigo 565 do CC/02), que distingue-se da prestação de serviço (artigo 594 do CC/02), pois aquela revela uma obrigação de dar, enquanto esta uma obrigação de fazer. 4- Expressão "locação de bens móveis", constante da Lista de Serviços a que se refere o Decreto-Lei 406/68, na redação dada pela Lei Complementar 56/87, que foi incidentalmente, declarada inconstitucional pelo Pleno do Supremo Tribunal Federal. 5- É regra geral e consoante a ordem constitucional hoje vigente no nosso país, de que diante de uma nova Constituição ou as normas constitucionais são recepcionadas, ou, não o são, perdendo, nesse último caso, vigência e eficácia. 6- O que ocorreu na questão foi justamente o inverso. Além da ausência de previsão na Constituição atual, o seu guardião, o Supremo Tribunal Federal editou Súmula Vinculante aduzindo ser inconstitucional a incidência do ISS sobre locações de bens móveis. 7- Locação de equipamentos que por não se constituir num serviço, não está sujeita à incidência do ISS. Contudo, o mesmo não ocorre com a prestação da mão-de-obra típica de serviço que é passível da exação de competência municipal, se constar a referida atividade da lista de serviços anexa à lei. 8- A Empresa autora sustenta que a revogação da isenção por meio do decreto 22520/02, foi equivocada, vez que a Emenda Constitucional 37 vige para o futuro e apenas retirou a competência dos Municípios para conceder isenções nessas situações. 9- Contudo, não há como declarar qualquer restrição da atuação tributária do Fisco Municipal na medida em que a mesma já é naturalmente balizada pelas disposições constitucionais e legais. 10- A Emenda Constitucional 37/02, que acresceu o art. 88 ao Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, tinha

efeitos concretos sobre as isenções fiscais concedidas. 11- Em verdade, uma das finalidades da mencionada Emenda Constitucional era por fim a chamada "guerra fiscal" entre as Unidades Federativas, limitando os incentivos fiscais e estabelecendo hipótese de alíquota mínima para o ISSQN. 12- Nesse diapasão, mesmo considerando o prazo instituído pela Lei 3.256/01, o benefício foi atingido pela vedação constitucional, perdendo eficácia desde a edição da EC 37/02. 13- Questão da não incidência do ISS sobre a produção de vídeo, gravação, edição e distribuição que foi levada ao Superior Tribunal de Justiça em julgado de Relatoria do Ministro Benedito Gonçalves, da Primeira Turma do STJ concluiu-se sobre a não incidência do Imposto Sobre Serviços (ISS) nas atividades ligadas a produção e direção de obras audiovisuais, delineando, ao mesmo tempo, qual o correto sentido, conteúdo e alcance do comando legal trazido pela Lei 116/2006, rechaçando eventuais atuações ilegais e abusivas do Fisco. 14- Não incidência do ISS que não abrange toda a cadeia de serviços movimentada por produtoras e empresas cinematográficas, de modo que, se a empresa contratar outros serviços que estão previstos na Lei Complementar nº 116/03, deverá realizar o recolhimento nos termos da legislação municipal. 15- Município que deve se abster de lavrar auto de infração ou efetuar cobranças especificamente com relação as atividades vetadas no item 13.01, de modo que os contribuintes que já realizaram os recolhimentos em operações dessa natureza podem reaver os valores pagos, desde que respeitado o prazo prescricional de cinco anos previsto em nosso Código Tributário Nacional. 16- Item IV, do auto de infração nº 52724 que se baseia no não recolhimento ou recolhimento insuficiente dos serviços previstos nos subitens 13.01 e 13.02 do art. 8º da Lei 691/84 com redação pela Lei 3.691/03, prestados entre dezembro de 2003 e março de 2004. 17- Sabido que a LC nº 116/03, que entrou em vigor a partir de janeiro de 2004, vetou o item 13.01 que previa de forma expressa a incidência do ISS sob produção, gravação, edição, legendagem e distribuição de filmes, vídeo-tapes, discos, fitas cassete, compact disc, digital video disc e congêneres, cabe a anulação parcial do ítem IV do auto de infração nº 52724, no que concerne a esses serviços específicos vez que prestados em janeiro, fevereiro e março de 2004. 18- Repetição de indébito dos valores pagos pela autora a título de ISS sobre a locação de bens móveis quando desassociados do fornecimento de mão-de-obra e, também, dos serviços previstos nos subitens 13.01 que sofreu o veto presidencial, incluídos os vincendos no curso da ação, respeitando-se o prazo prescricional de 5 anos contados do pagamento eis que comprovada a transferência do encargo. 19- In casu, a empresa apelante apresentou 3 (três) declarações com autorizações de tomadores de serviços (fls. 593/595 e 586/589), para os fins pretendidos, no entanto, deve ser

salientado que existem nos autos notas emitidas para tomadores diversos ao declarantes. 20- Condenação do município nos ônus advindos da sucumbência respondendo, por inteiro, pelas despesas e honorários arbitrados em 10% sobre o valor da causa. 21- DESPROVIMENTO AO RECURSO ADESIVO E PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO PRINCIPAL.

Conquanto ao cumprimento do art. 166 do CTN, o ISS bem pode se caracterizar como imposto direto ou indireto, sendo que, no caso dos autos, ao que tudo indica, demonstra ter assumido a primeira configuração, e assim sendo desnecessária prova de inexistência de transferência econômica, quanto ao que, aliás, silenciou municipalidade.

No tocante aos honorários, diferentemente do entendimento exposto na sentença, sendo a sentença ilíquida, e proferida contra a Fazenda Pública, a definição do percentual a título de honorários advocatícios deverá ocorrer na fase de liquidação do julgado, nos termos do artigo 85, § 3º e § 4º do CPC

“Art. 85. A sentença condenará o vencido a pagar honorários ao advogado do vencedor.

§ 4º Em qualquer das hipóteses do § 3º:

I - os percentuais previstos nos incisos I a V devem ser aplicados desde logo, quando for líquida a sentença;

II - não sendo líquida a sentença, a definição do percentual, nos termos previstos nos incisos I a V, somente ocorrerá quando liquidado o julgado;”

Nestas hipóteses, não é possível de plano aferir o proveito econômico do julgado se será irrisório ou inestimável, o que permitiria ao juiz fixar o valor dos honorários por apreciação equitativa, observando o disposto nos incisos do §2º, do artigo 85, do Código de Processo Civil.

Destarte, a definição do percentual devido a título de honorários advocatícios deverá ocorrer na fase de liquidação do julgado, conforme disposto nos artigos 85, §4º, inciso II, do Código de Processo Civil.

O STJ, em julgamento recente do Resp. 1.495.146/MG, cujo objeto era justamente acerca da questão relativa a aplicação do artigo 1º- F da Lei 9.494/97 (com a redação dada pela Lei 11.960/2009), que determinava a utilização dos índices de remuneração básica da caderneta de poupança, para fins de atualização monetária e compensação da mora, se manifestou no sentido de que:

“A Suprema Corte declarou inconstitucional a expressão “Índice oficial de remuneração básica da caderneta de poupança” contida no § 12 do art. 100 da CF/88. Assim entendeu porque a taxa básica de remuneração da poupança não mede a inflação acumulada do período e, portanto, não pode servir de parâmetro para a correção monetária a ser aplicada aos débitos da Fazenda Pública.”

Desta feita, concluiu-se que o artigo 1º- F da Lei 9.494/97 (com a redação dada pela Lei 11.960/2009) para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

Quanto a modulação dos efeitos, o STJ firmou entendimento no seguinte sentido:

“Em suma, a modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.”

Portanto, não se aplica à presente hipótese a modulação dos efeitos, eis que este processo ainda se encontra em fase de recurso.

Por fim, no Julgamento do Recurso Especial em questão (1945.146/MG), o STJ especificou os índices de correção monetária a serem aplicados em cada caso. Desta feita, considerando que, na presente demanda, a verba pleiteada possui natureza tributária, deve ser aplicada a tese fixada, no seguinte sentido:

“3.3 Condenações judiciais de natureza tributária.

“A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.”

Com referência aos juros, a verba a ser restituída ao autor, devem incidir juros moratórios a partir do trânsito em julgado da sentença, de acordo com o disposto no art. 167, parágrafo único do Código Tributário Nacional, e no enunciado nº 188 da Súmula do STJ, a saber:

“Art. 167. A restituição total ou parcial do tributo dá lugar à restituição, na mesma proporção, dos juros de mora e das penalidades pecuniárias, salvo as referentes a infrações de caráter formal não prejudicadas pela causa da restituição. Parágrafo único. A

restituição vence juros não capitalizáveis, a partir do trânsito em julgado da decisão definitiva que a determinar.”

“Enunciado sumular nº 188 STJ: Os juros moratórios, na repetição do indébito tributário, são devidos a partir do trânsito em julgado da sentença.”

A correção monetária deve incidir a partir da data de cada pagamento indevido, nos termos do verbete nº 162 do STJ:

“Enunciado nº 162: Na repetição de indébito tributário, a correção monetária incide a partir do pagamento indevido.”

No mesmo sentido, colaciono julgados desta Corte de Justiça.

0003258-13.2017.8.19.0068 - APELAÇÃO

Des(a). HORÁCIO DOS SANTOS RIBEIRO NETO -
Julgamento: 14/08/2018 - DÉCIMA QUINTA CÂMARA CÍVEL

Direito Administrativo. Policial Militar. Auxílio Moradia. Incidência de Imposto de Renda. Repetição de indébito. Apelação parcialmente provida. Reforma parcial da sentença de ofício. 1. O auxílio moradia instituído pela Lei nº. 658/1983 tem nítida natureza indenizatória. 2. Tem o apelado, assim, direito à repetição do indébito do IRRF. 3. As declarações do imposto de renda somente serão necessárias quando da liquidação da sentença, momento em que se aferirá o valor efetivamente a ser restituído. 4. Adequação do dispositivo quanto à correção monetária e aos juros de mora ao decidido pelo STF no bojo do RE 870.947, levando-se em conta que o indébito é tributário. 5. Apelação a que se dá parcial provimento. Reforma parcial da sentença de ofício.

0011149-85.2017.8.19.0068 - APELAÇÃO

Des(a). MARIA AGLAE TEDESCO VILARDO - Julgamento:
24/10/2018 - TERCEIRA CÂMARA CÍVEL

APELAÇÃO CÍVEL/REMESSA NECESSÁRIA. Ação de cobrança. Restituição de valores descontados a título de imposto de renda. Auxílio Moradia. Policial Militar. Sentença de procedência. Apelo do réu. Verba criada pela Lei 958/1983. Caráter indenizatório. Súmula 148 do TJRJ. Descontos indevidos. Devolução. Precedente do STJ e

desta Câmara Cível. Em 24.09.2018, no RE 870.947, tema 810 do STF, suspendeu-se os efeitos do acórdão sobre índices de correção de dívidas da fazenda, até que o Plenário aprecie a modulação dos efeitos do referido julgado, em sede de embargos de declaração. Dessa forma, não há que se aplicar o referido tema. Juros e correção fixados nos termos do Recurso Especial nº 1.495.146/MG, submetido à sistemática dos recursos repetitivos, sem determinação de suspensão dos processos em curso, ou revisão da matéria pela Corte Superior. Manutenção da sentença. **NEGADO PROVIMENTO AO RECURSO.** Honorários advocatícios majorados em 1% sobre o valor a ser fixado quando da liquidação do julgado, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

Por tais fundamentos, **VOTO no sentido de conhecer e dar parcial provimento ao recurso para fixar os juros moratórios a partir do trânsito em julgado da sentença, e de ofício, determinar que a correção monetária e os juros correspondam aos índices que a Fazenda Pública utilizada na cobrança de tributos pagos em atraso, nos termos das teses firmadas no RE nº 870.947/SE e no REsp 1.495.146/MG, bem como determinar que o percentual dos honorários advocatícios de sucumbência deverá ser estabelecido na fase de liquidação, ante o disposto no artigo 85, §4º, inciso II, do Código de Processo Civil.**

Rio de Janeiro, 09 de novembro de 2018.

JDS. ISABELA PESSANHA CHAGAS

Desembargador Relator