

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível



APELAÇÃO CÍVEL 0296063-81.2012.8.19.0001
APELANTE: MÓDULO SECURITY SOLUTIONS S.A.
APELADO: MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO

RELATOR: DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM

Direito Tributário. Repetição de Indébito. Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN). Bitributação. Ação objetivando a restituição do imposto recolhido em favor do Município do Rio de Janeiro, ao fundamento de que o serviço foi prestado em Brasília pela filial ali sediada, com retenção do tributo pelos órgãos públicos contratantes. Sentença de improcedência. Apelação da autora. Preliminar de ilegitimidade ativa renovada em contrarrazões. Rejeição. Legitimidade fixada pelo artigo 5º da Lei Complementar nº 116/2003, que define como contribuinte o prestador do serviço. Hipótese em que, ademais, o ISS foi recolhido aos cofres do Município do Rio de Janeiro diretamente pela apelante, para possibilitar a emissão de certidão negativa de débitos fiscais, tratando-se, pois, de tributo de natureza direta, o que afasta a incidência do artigo 166 do Código Tributário Nacional. Mérito. Ausência de controvérsia quanto à incidência do ISS sobre os serviços prestados pela apelante, os quais se classificam dentro da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003 na espécie “Informática e congêneres” contemplada no item 1, o que afasta a pretendida submissão à exceção prevista no artigo 3º, XX do referido diploma legal. Enquadramento no “caput” do artigo 3º, que fixa a competência do ente federativo para o lançamento da exação de acordo com a localização do estabelecimento prestador, que está definido, por sua vez, pelo artigo 4º como “o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional”. Apelante que possui filial em Brasília, com CNPJ distinto, por meio da qual prestou os serviços contratados, o que a classifica como unidade econômica e, portanto, como estabelecimento prestador. Competência do Distrito Federal. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça no mesmo sentido. Sentença reformada. Recurso provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível 0296063-81.2012.8.19.0001 em que consta como apelante: **MÓDULO SECURITY SOLUTIONS**



Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

S.A. e como apelado: **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, acordam os Desembargadores da Quarta Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por unanimidade, em dar provimento ao recurso, na forma do voto do Desembargador Relator.

RELATÓRIO

Trata-se de ação de repetição de indébito ajuizada em 26/07/2012 por **MÓDULO SECURITY SOLUTIONS S.A.** em face de **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**, objetivando a restituição do valor indevidamente recolhido a título de ISS, no total de R\$ 1.841.132,59.

A empresa autora afirma possuir diversos contratos firmados com órgãos públicos situados em Brasília, onde também tem uma filial, através da qual presta os serviços contratados, relativos à Tecnologia da Informação e Gestão de Riscos, além de treinamento e manutenção do software **MÓDULO RISK MANAGER**.

Esclarece que sua matriz está sediada no Município do Rio de Janeiro, onde foram firmados os contratos e emitidas as notas fiscais respectivas, o que ocasionou a cobrança, por parte da Fazenda Municipal, de ISS sobre os serviços prestados em Brasília. Porém, prossegue, como os contratos são cumpridos nas sedes dos órgãos contratantes, por expressa exigência contratual, o imposto foi retido em favor do Distrito Federal, o que acabou por ocasionar a bitributação.

Explica ter efetuado o pagamento do tributo em favor do Município réu, não obstante entende-lo indevido, haja vista a necessidade de emissão de Certidão Negativa de Débitos Fiscais, mas afirma que o recolhimento, por ser em duplicidade, compromete o regular desenvolvimento de suas atividades.

Argumenta que o Distrito Federal detém legitimidade tributária na hipótese dos autos, haja vista que a autora forneceu mão de obra para a execução dos contratos nas sedes dos órgãos públicos, situadas em Brasília, o

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

que configura hipótese de recolhimento no local de sua prestação, conforme disposto pelo artigo 3º, XX da Lei Complementar nº 116/2003.

Em outra vertente, defende que a existência de filial sua em Brasília pode ser considerada como estabelecimento prestador, nos termos dispostos pelo *caput* do referido artigo 3º, consoante jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, cujos arestos transcreve.

Em contestação (fls. 50/62), o réu suscita preliminar de ilegitimidade ativa *ad causam*, alegando que o ISS é tributo indireto, tendo seu pagamento transferido para o tomador do serviço, como comprovam as notas fiscais anexadas por linha, apenas a este cabendo, portanto, requerer eventual repetição do indébito, conforme disposto pelo artigo 166 do Código Tributário Nacional. Ainda em sede preliminar, aponta a decadência do direito de pedir a devolução de tributos recolhidos há mais de cinco anos, conforme dispõe o artigo 1º do Decreto nº 20.910/32.

No mérito, ressalta a presunção de legitimidade e conformidade de que se revestem os atos administrativos, o que torna necessária a comprovação, pelo autor, da natureza e da forma de execução dos serviços prestados. Argumenta, ainda, que os serviços executados pela demandante se concentram na adaptação, instalação e normal execução do software MÓDULO RISK MANAGER, ao qual se agregam, secundariamente, atividades acessórias e complementares que não são capazes, entretanto, de deslocar o domicílio tributário ou subverter a natureza do serviço contratado. Destaca o entendimento consolidado do Supremo Tribunal Federal que inclui a exploração econômica de programa de computador, mediante contratos de licença ou de cessão, na lista de cobrança do ISS (Recursos Extraordinários 176.626/SP e 199.464/SP) e alega que a controvérsia apresentada na presente ação já foi resolvida em anterior demanda anulatória ajuizada pela autora (processo nº 2003.001.147964-9). Afirma, outrossim, que a autora já ajuizou diversas ações sobre o mesmo tema, modificando apenas a causa de pedir para, em seu benefício, ora sustentar prestar seus serviços na matriz, ora o contrário.

Decisão às fls. 323 deferiu a suspensão do processo até o julgamento final do Mandado de Segurança nº 0066627-61.2012.8.19.0001 e da Ação Consignatória nº 0008045-16.2013.8.07.0018. Às fls. 330, acolhendo embargos

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

de declaração opostos pelo réu, o Juízo *a quo* reconsiderou aquela decisão, o que ensejou a interposição de agravo de instrumento pela autora (fls. 335/348), distribuído sob o nº 0044529-17.2014.8.19.0000, ao qual se negou provimento (acórdão às fls. 357/362).

A sentença de fls. 381/386 julgou improcedente o pedido, condenando a parte autora ao pagamento de custas e de honorários advocatícios, fixados em 8% do valor atualizado da causa, na forma do artigo 85, § 3º, III do Código de Processo Civil de 2015.

Apelação da parte autora às fls. 405/417, ao ensejo da qual argumenta que a sentença partiu de premissa equivocada ao afirmar que o fato gerador do ISS é o local da fabricação do software, a uma porque não corresponde à disposição legal que estabelece o fato gerador como sendo o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços. E, a duas, porque os serviços prestados pela apelante, objeto da exação, não se resumem ao desenvolvimento de software, englobando ainda o serviço de suporte técnico, manutenção e capacitação, dentre outros. No mais, repete as alegações contidas na inicial, destacando que, para a definição do lugar de prestação do serviço, são irrelevantes as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação, contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas, nos termos definidos no Recurso Especial repetitivo nº 1.117.121. Por fim, informa que o mérito da Ação Consignatória movida pela apelante na Comarca do Distrito Federal foi julgado (processo nº 2013.01.1.145725-7), com acolhimento da tese de que o Distrito Federal é o sujeito ativo da relação tributária.

Em contrarrazões (fls. 451/460), o Município renova a preliminar de ilegitimidade ativa e a tese de necessidade de prova pericial no caso concreto, que não foi requerida pela parte autora, para afastar a presunção de legitimidade e conformidade do ato administrativo. Quanto ao local da prestação do serviço, entende razoável presumir que o estabelecimento prestador consista na sede da empresa, onde está alocada a maior parte de suas instalações e equipamentos, além do corpo principal de seus técnicos e especialistas. Neste sentido, ressalta que o mandado de segurança impetrado pela apelante teve a ordem denegada, decidindo-se pela competência do fisco carioca para tributar a prestação dos serviços em questão.

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

Distribuído o recurso, manifestou-se a Procuradoria de Justiça às fls. 470/471, informando não ter interesse em intervir no feito.

O julgamento foi convertido em diligência, conforme decisão de fls. 472/473, para que fossem anexados aos autos e digitalizados os documentos juntados por linha no Juízo *a quo*.

Às fls. 495, a apelante foi intimada para localizar, nos volumes anexados, os documentos que suportam sua tese, vindo sua manifestação às fls. 500/620, sobre tudo se inteirando o Município apelado às fls. 628/631, para sustentar, mais uma vez, a ilegitimidade ativa da apelante, fundamentada no disposto pelo artigo 166 do Código Tributário Nacional e na Súmula nº 546 do Supremo Tribunal Federal.

É o relatório.

VOTO

Satisfeitos os pressupostos intrínsecos e extrínsecos de admissibilidade, o recurso deve ser conhecido.

De início, examina-se a preliminar de ilegitimidade ativa suscitada pelo Município apelado em contrarrazões. Alega-se que o valor do ISS, objeto do pedido de repetição de indébito, foi incluído pela parte apelante no preço dos contratos e, portanto, a legitimidade para requerer a restituição seria do contribuinte de fato, no caso, os órgãos públicos contratantes.

Não lhe assiste razão, contudo, a uma porque o artigo 5º da Lei Complementar nº 116/2003 define como contribuinte o prestador do serviço. E, a duas, porque o presente pedido de repetição está fundamentado na bitributação, ou seja, houve duplicidade do pagamento do tributo sobre o mesmo fato gerador, sendo o imposto, na primeira vez, retido pelo tomador do

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

serviço ao Distrito Federal e, na segunda vez, recolhido pela apelante aos cofres do Município apelado para possibilitar a expedição de certidão negativa de débitos fiscais. Neste último caso, o ISS assumiu natureza direta, o que afasta a incidência do disposto pelo artigo 166 do Código Tributário Nacional ¹, aplicável apenas aos tributos indiretos, isto é, que se incorporam explicitamente aos preços. Não há, assim, necessidade de produção de prova de repasse do encargo aos clientes.

Neste sentido, confira-se:

*TRIBUTÁRIO - ISS - REPETIÇÃO DE INDÉBITO - REPERCUSSÃO ECONÔMICA. 1. O ISS é espécie tributária que pode funcionar como tributo direto ou indireto. 2. Hipótese dos autos que encerra espécie de tributo indireto, porque recolhido sobre as receitas oriundas de cada encomenda, sendo suportado pelo tomador do serviço. 3. Como imposto indireto, tem aplicações, em princípio, o teor do art. 166 do CTN e o verbete 71 do STF, atualmente 546. 4. Recurso especial improvido. (REsp 426.179/SP, Rel. Ministra **ELIANA CALMON**, Segunda Turma, julgado em 11/05/2004, DJ 20/09/2004, p. 228)*

Oportuna a menção ao voto proferido pela Relatora, no qual foram traçadas, com propriedade, as características do tributo em questão:

Dentre as diversas classificações dos impostos, úteis na prática, temos aquela montada com base nas características que determinam sua exigibilidade: os chamados impostos DIRETOS, quando recaem em uma só pessoa, no caso, o contribuinte responsável pela obrigação, o que suporta o ônus do imposto. Segundo Vitório Cassone, em Direito Tributário, são impostos diretos o IR, ITR, ITBI, IPTU, ISS dos autônomos e similares.

O imposto DIRETO tem caráter pessoal e, na medida do possível, atende à capacidade contributiva do sujeito passivo.

Os impostos INDIRETOS são recolhidos pelo contribuinte de direito, mas é outro que suporta o ônus, chamado de contribuinte de fato. São impostos indiretos, segundo o mesmo autor, o ICMS, o IPI, o IOF e similares.

¹ Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

Assim, como visto, o ISS pode ser ou não classificado como imposto indireto, embora, na hipótese dos autos, esteja classificado como TRIBUTO INDIRETO, porque recolhido sobre as receitas oriundas de cada encomenda.

Em se tratando de imposto indireto, tem aplicação, em princípio, o teor do art. 166 do CTN e o verbete da Súmula 71 do STF, atualmente Súmula 546, do teor seguinte: "Cabe a restituição do tributo pago indevidamente, quando reconhecido por decisão, que o contribuinte de jure não recuperou do contribuinte de facto o quantum respectivo".

Há outros precedentes:

*(...) 2. O ISS pode ser classificado como tributo sujeito à imposição direta ou indireta a depender das circunstâncias fáticas. Precedentes. 3. Na hipótese, restou comprovado por prova pericial a ausência de destaque do tributo na nota fiscal da prestação de serviço, de modo que se afasta a restrição contida no art. 166 do CTN quando o prestador não repassou o tributo no preço do serviço, assumindo o seu encargo financeiro. 4. Recurso especial provido para anular o acórdão dos embargos de declaração, e determinar à Corte de origem que aprecie a pretensão declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária. (REsp 1009518/RS, Rel. Ministra **ELIANA CALMON**, Segunda Turma, julgado em 06/08/2009)*

*TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONTABILIDADE. SOCIEDADE UNIPROFISSIONAL. ART. 9º, §§ 1º E 3º, DO DECRETO-LEI 406/68. PROVA DA NÃO REPERCUSSÃO. ART. 166 DO CTN. INAPLICABILIDADE. (...) 2. Tratando-se de uma sociedade uniprofissional, "qualquer que seja o conteúdo de seu contrato social, goza do tratamento tributário diferenciado previsto no art. 9º, §§ 1º e 3º, do Decreto-Lei n. 406/68 não recolhendo o ISS com base no seu faturamento bruto, mas sim no valor fixo anual calculado de acordo com o número de profissionais que a integra, de maneira que não ocorre o repasse do encargo a terceiros a exigir o cumprimento do disposto no artigo 166 do Código Tributário Nacional nas ações de repetição de indébito da exação em comento" (REsp 724.684/RJ, Rel. Min José Delgado, Primeira Turma, DJ 28.5.2008). 3. Agravo regimental não provido. (AgRg no AgRg no REsp 947.702/RJ, Rel. Ministro **MAURO CAMPBELL MARQUES**, Segunda Turma, julgado em 04/08/2009)*

"ISS. LOCAÇÃO DE VEÍCULOS. RESTITUIÇÃO. COMPROVAÇÃO DA INEXISTÊNCIA DE REPASSE DO IMPOSTO. I - A base de cálculo do ISS não tem natureza

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

invariável, podendo ser direto ou indireto. No caso de locação, há repercussão autônoma sobre cada móvel locado, devendo-se exigir, com base no artigo 166 do Código de Processo Civil, a comprovação da inexistência de repasse do imposto devido em cada operação ou a autorização para a demanda do tomador do serviço. Precedentes: AgRg no Ag nº 692583/RJ, Rel. Min. DENISE ARRUDA, DJ de 14.11.2005; Resp nº 657707/RJ, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 16.11.2004. No caso em análise, consta do acórdão que “inexiste nos autos prova suficiente para derruir a presunção de que o valor do ISS foi repassado ao locatário, incluso no preço do aluguel do veículo” (fl. 990), conclusão que só poderia ser afastada mediante reexame de prova. II - Agravo regimental improvido.” (AgRg no REsp n.º 968.582/SC, Rel. Min. FRANCISCO FALCÃO, Primeira Turma, julgado em 20/09/2007)

Dessarte, eventual inclusão do valor do tributo no preço do contrato, que demande a comprovação dos elementos contidos no artigo 166 do Código Tributário Nacional, deve ser questionada pelo Distrito Federal

No mérito, busca a apelante reformar a sentença de improcedência de pedido de repetição de indébito tributário, sustentando que o ente federativo legitimado para receber o pagamento de ISS sobre os serviços de informática por ela prestados em Brasília é o Distrito Federal, e não o Rio de Janeiro.

Para defender sua tese, alega, em primeiro lugar, que a hipótese se submete ao disposto no artigo 3º, XX da Lei Complementar nº 116/2003, na medida em que houve fornecimento de mão de obra no estabelecimento do tomador por expressa disposição contratual.

O dispositivo em questão estabelece:

Art. 3º O serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV, quando o imposto será devido no local: (Redação dada pela Lei Complementar nº 157, de 2016)

(...)

XX – do estabelecimento do tomador da mão-de-obra ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.05 da lista anexa;

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

17.05 – Fornecimento de mão-de-obra, mesmo em caráter temporário, inclusive de empregados ou trabalhadores, avulsos ou temporários, contratados pelo prestador de serviço.

Como argumento alternativo, a apelante sustenta que sua filial localizada em Brasília prestou os serviços, daí porque incidiria na espécie o *caput* do artigo 3º, acima transcrito.

Em sede oposta, o Município destaca a presunção de legitimidade e conformidade dos atos administrativos e a necessidade de comprovação da natureza e forma de execução dos serviços prestados, que, segundo entende, se concentram na sede da demandante e consistem, basicamente, na adaptação, instalação e normal execução do software MÓDULO RISK MANAGER. Nestes termos, argumenta que as atividades acessórias e complementares, executadas no estabelecimento tomador, são apenas meios de alcançar o resultado final pretendido, defendendo, assim, que os contratos cuidam de serviços de informática, executados na matriz da apelante, e enquadrados nos subitens 1.01; 1.04; e 1.05 da lista anexa à LC nº 116/2003:

- 1 – Serviços de informática e congêneres.*
- 1.01 – Análise e desenvolvimento de sistemas.*
- 1.02 – Programação.*
- 1.03 – Processamento de dados e congêneres.*
- 1.04 – Elaboração de programas de computadores, inclusive de jogos eletrônicos.*
- 1.05 – Licenciamento ou cessão de direito de uso de programas de computação.*
- 1.06 – Assessoria e consultoria em informática.*
- 1.07 – Suporte técnico em informática, inclusive instalação, configuração e manutenção de programas de computação e bancos de dados.*
- 1.08 – Planejamento, confecção, manutenção e atualização de páginas eletrônicas.*

Pois bem.

A Lei Complementar nº 116/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, estabelece como fato gerador do tributo a *prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador* (artigo 1º). E não há

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

qualquer controvérsia a respeito da submissão dos serviços prestados pela apelante à incidência do ISS.

Por outro lado, examinando-se os contratos constantes dos anexos 9 a 13 (cujas folhas estão relacionadas na lista fornecida pela apelante às fls. 502), observa-se que têm por objeto a prestação de serviços especializados na área de Tecnologia da Informação e de Gestão de Riscos, além de aquisição de licença e manutenção do software de gestão de riscos MÓDULO RISK MANAGER, com serviços de suporte técnico, consultoria, treinamento operacional e manutenção.

Assim, o cotejo entre os contratos e a Lista Anexa deixa clara a inserção dos serviços prestados pela autora na espécie "Informática e congêneres" contemplada no item 1, que abrange, evidentemente, a mão de obra necessária a execução dos contratos.

Portanto, cai por terra o primeiro argumento da apelante, de que estaria contemplada pela exceção prevista no artigo 3º, XX da Lei Complementar nº 116/2003, na medida em que, para se alcançar o significado da lei, é preciso interpretá-la de modo sistemático, integrando os dispositivos nela contidos. E, ao se examinar a Lista de Serviços, deve-se ter em foco os itens aos quais estão subordinados os subitens, bem como os dispositivos legais nos quais estão eventualmente integrados. Ademais, esta Lista contém rol taxativo², admitindo-se o emprego da interpretação extensiva apenas para serviços congêneres.

Nestes termos, verifica-se que o subitem 17.05, no qual pretende a apelante enquadrar-se, está inserido no item 17, que trata dos serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres. Não tem, portanto, nenhuma relação com serviços de informática, que encontram

² (...) 2. A Primeira Seção, no julgamento do RESP 1.111.234/PR, na sistemática dos recursos repetitivos, decidiu 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".

3. O item 15.08 da lista anexa à LC n. 116/2003 refere-se à "emissão, reemissão, alteração, cessão, substituição, cancelamento e registro de contrato de crédito; estudo, análise e avaliação de operações de crédito; emissão, concessão, alteração ou contratação de aval, fiança, anuência e congêneres; serviços relativos à abertura de crédito, para quaisquer fins". (...) (AREsp 669.755/RJ, Rel. Ministro GURGEL DE FÁRIA, Primeira Turma, julgado em 05/06/2018) – grifei

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

previsão específica, como visto, no item 1 da Lista, no qual estão inseridos, dentre outros, a assessoria e consultoria (subitem 1.06) e o suporte técnico (subitem 1.07), que demandam emprego de mão de obra. Conclui-se, dessarte, pela impossibilidade de enquadramento da apelante na exceção legal contida no artigo 3º, XX da LC nº 116/2003.

Entretanto, assiste razão à apelante no que se refere à aplicação do disposto pelo *caput* do artigo 3º na espécie, que fixa a competência do ente federativo para o lançamento da exação de acordo com a localização do estabelecimento prestador. Com efeito, o dispositivo é perfeitamente claro ao estabelecer que *o serviço considera-se prestado, e o imposto, devido, no local do estabelecimento prestador ou do domicílio do prestador.*

Já o artigo 4º define o estabelecimento prestador como *o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.*

Então, se há uma unidade econômica da empresa apelante em Brasília, na qual desenvolve a atividade de prestar serviços, esta unidade é considerada pelo artigo 4º como o estabelecimento prestador e, portanto, o local onde está situada é o que possui competência tributante, nos termos do artigo 3º, não havendo se falar em imprescindibilidade da prova pericial no caso concreto, porque a conclusão aqui adotada decorre de simples interpretação do texto legal e da prova documental carreada aos autos.

Neste mesmo sentido, decidiu o Juízo da 4ª Vara de Fazenda Pública do Distrito Federal ao julgar a Ação Consignatória nº 0008045-16.2013.8.07.0018, como se vê da sentença colacionada por cópia às fls. 386/394, confirmada pela 5ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, transitada em julgado em 18/07/2017, conforme informação disponível na consulta ao processo eletrônico da página daquele Tribunal ³.

³ <https://pje2i.tjdft.jus.br/pje/ConsultaPublica/listView.seam>

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado de Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

Ademais, o Superior Tribunal de Justiça também já se manifestou sobre o tema, senão vejamos:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. RESP 1.117.121/SP (REL. MIN. ELIANA CALMON, DJE 29.10.2009, JULGADO SOB O RITO DO ART. 543-C DO CPC). AGRAVO REGIMENTAL DESPROVIDO.

1. O recurso representativo (REsp. 1.117.121/SP, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJe 29.10.2009) deixou claro que competência para cobrança do ISS, sob a égide da LC 116/2003, é a do local da sede do prestador do serviço (art. 3o.).

2. No caso, o acórdão proferido na origem, ao interpretar o art. 3º, caput da LC 116/03, abordou fundamentadamente a questão, concluindo, por meio da leitura do contrato de prestação de serviço constante nos autos, que a contratada/consignante estabeleceu um campo de manutenção de máquinas e equipamentos nas dependências da contratante. Assim, não há dúvida de que houve criação de unidade econômica específica para a prestação de serviço no Município de Jaguarari/BA.

3. Agravo Regimental do MUNICÍPIO DE BELO HORIZONTE desprovido. (AgRg nos EDcl no AREsp 251.181/MG, Rel. Ministro **NAPOLEÃO NUNES MAIA FILHO**, Primeira Turma, julgado em 04/10/2016)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ISS. LC 116/2003. SUJEITO ATIVO. EXISTÊNCIA DE UNIDADE PROFISSIONAL NO LOCAL DA PRESTAÇÃO DO CONTRATO. REVISÃO. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ.

1. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC.

2. No julgamento do REsp 1.117.121/SP, submetido ao regime do art. 543-C do CPC, o STJ definiu o sujeito ativo do ISS incidente sobre serviço prestado na vigência da LC 116/2003 (arts. 3º e 4º), nos seguintes termos: 1º) como regra geral, o imposto é devido no local do estabelecimento prestador, compreendendo-se como tal o local onde a empresa que é o contribuinte desenvolve a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação, contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas; 2º) na falta de estabelecimento do prestador, no local do domicílio do prestador. Assim, o imposto somente será devido no domicílio do prestador se no local onde o serviço for prestado não houver estabelecimento do prestador (sede, filial, agência, posto de

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

atendimento, sucursal, escritório de representação); 3º) nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, acima transcritos, mesmo que não haja local do estabelecimento prestador, ou local do domicílio do prestador, o imposto será devido nos locais indicados nas regras de exceção.

3. O simples deslocamento de recursos humanos (mão de obra) e materiais (equipamentos) para a prestação de serviços não impõe sujeição ativa à municipalidade de destino para a cobrança do tributo (AgRg no AREsp 299.489/MS, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 18.6.2014).

4. Importa para a configuração de estabelecimento prestador (art. 4º da LC 116/2003) a existência de unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

5. In casu, a Corte local asseverou que "é incontroverso nos autos que houve/há unidade profissional estabelecida naquela localidade, no período previsto no contrato nº 8000.0001313.11.2 (fls. 47/76), com o deslocamento de profissionais para que o serviço de 'organização e tratamento de documentação para o Arquivo Técnico e Biblioteca da Refinaria Alberto Pasqualini -REFAP S.A' fosse devidamente prestado", razão pela qual compete ao Município de Canoas/RS a cobrança do ISS. Rever esse entendimento do Tribunal a quo requer inevitavelmente o revolvimento fático-probatório, procedimento vedado pela Súmula 7/STJ.

6. Os precedentes apontados pela agravante (AgRg no REsp 1.298.917/MG e AgRg no REsp 299.489/MG) não podem ser levados em consideração pois em ambos os casos foi asseverado que inexistia estabelecimento/unidade autônoma na municipalidade onde o serviço foi prestado, ou seja, não guardam similitude fática com o caso dos autos .

7. Agravo Regimental não provido. (AgRg no REsp 1498822/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, Segunda Turma, julgado em 02/06/2015)

Impositiva, portanto, a reforma da sentença, para acolher-se o pedido de repetição do indébito, diante da ausência de competência do Município do Rio de Janeiro para a cobrança do ISS sobre os serviços prestados através dos contratos examinados nestes autos.

À conta de tais fundamentos, hei por bem votar no sentido de **dar provimento ao recurso**, para o fim de reformar a sentença e julgar procedente o pedido autoral, determinando a restituição do valor indevidamente recolhido a título de ISS sobre os contratos objeto da presente demanda. Diante da sucumbência, condeno a parte ré ao pagamento das despesas processuais

Poder Judiciário
Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro
Quarta Câmara Cível

adiantadas pela autora, bem como em honorários advocatícios, fixados em 12% sobre o valor atualizado da causa, já considerando os honorários recursais, conforme disposto no artigo 85, §§ 2º, 3º e 11 do Código de Processo Civil.

Rio de Janeiro, 05 de junho de 2019.

DES. MARCO ANTONIO IBRAHIM
Relator

3