



PODER JUDICIÁRIO DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA

23ª CÂMARA CÍVEL

Apelação nº 0078571-86.2014.8.19.0002

Apelante: MARISA LOJAS S.A.

Apelado: MUNICÍPIO DE NITERÓI

Relator: Desembargador MURILO KIELING

EMENTA.

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. ERRONEA CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PREVISTOS NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA A LEI COMPLEMENTAR N.º 116/2003. RESPONSABILIDADE DO PRESTADOR E NÃO DO TOMADOR DO SERVIÇO. DESCONSTITUIÇÃO DA CDA E CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. REFORMA DA SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA. PROVIMENTO DO RECURSO DA EMBARGANTE. Serviços de manutenção de ar condicionado e escadas rolantes na loja física da ré que não permitem o enquadramento genérico no item 7.10 da lista do artigo 48 da Lei Municipal nº 480/83. Existência de item específico para a hipótese dos serviços prestados no estabelecimento da ré no item 14.01 da referida lista. Correto enquadramento que, diferente daquele operado pelo fisco municipal, não excetua a regra geral de que o tributo em questão é devido pelo prestador

do serviço. Exceção legal disposta no artigo 58, III da Lei Municipal nº 480/83 que não prevê o item 14.01 do artigo 48 do mesmo diploma legal. Embargante que, na qualidade de tomadora do serviço, demonstrou em seara administrativa a incorreção do enquadramento. Desconstituição da presunção de certeza da CDA devidamente operada pela contribuinte. Hipótese tributária que permanece sobre a regra geral tendo como devedor o prestador do serviço. Cancelamento da CDA que se impõe. Extinção da execução fiscal. RECURSO PROVIDO.

Vistos, relatados e discutidos o recurso de **RECURSO DE APELAÇÃO** nº 0078571-86.2014.8.19.0002 em que figuram como **Apelante** MARISA LOJAS S.A. e como **Apelado** MUNICÍPIO DE NITERÓI S.A.

ACORDAM os Desembargadores que compõem a Vigésima Terceira Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por UNANIMIDADE de votos, em **CONHECER** do recurso e **DAR-LHE PROVIMENTO**, nos termos do voto do Relator.

RELATÓRIO

O apelo manejado pelo Embargante ataca a sentença que julgou improcedente os embargos à execução fiscal.

Os elementos estruturantes da lide encontram-se bem delineados pelo relatório da sentença, o que, pela presteza do processo eletrônico e na forma autorizada pelo RITJRJ, adoto.

O dispositivo da sentença restou assim vazado:

“Pelo exposto, REJEITO OS EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL e, por conseguinte, JULGO

IMPROCEDENTE O PEDIDO INICIAL, na forma do art. 487, I, do CPC. Em consequência, condeno a embargante ao pagamento das custas processuais e dos honorários advocatícios, que fixo em 5% (cinco por cento) sobre o valor atribuído à causa, devidamente atualizados na forma da Lei. Com o trânsito em julgado da presente sentença, prossiga-se com a execução em apenso em seus ulteriores termos. Fica a embargante desde já intimado a efetuar o pagamento da verba sucumbencial no prazo de 15 (quinze) dias, sob pena de o montante devido sofrer acréscimo de multa no percentual de dez por cento (art. 523 do CPC). Recolhidos os valores impostos, dê-se baixa e archive-se. P.I.”

Irresignado, apela a embargante (e-doc. 133), sustentando a Autoridade Fiscal quando da lavratura do Auto de Infração, dispôs que o montante apurado incidia sobre serviços prestados de conservação e manutenção de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres, item 7.10 da lista do artigo 48 da Lei Municipal 480/83. Salienta ser importante a correta caracterização da Natureza do Serviço que foi fato gerador da Obrigação Tributária, visto que, a depender do tipo de Serviço prestado, muda-se o responsável pelo Crédito Tributário, seja o Prestador de Serviços ou o Tomador de Serviços. Salienta que o recolhimento do valor de ISS devido é de responsabilidade, em regra, do prestador de serviços, sendo a responsabilização do tomador de serviços uma exceção legal.

Segue aduzindo que, que os serviços prestados, conforme demonstra a documentação juntada nos autos e novamente destacada no presente recurso, não se encaixam na descrição do item 7.10 da lista legal, mas sim no item 14.01 da mesma lista, aplicando-se a regra geral, não sendo a

Apelante, em posição de Tomadora de Serviços, responsável pelo recolhimento dos valores tributários decorrentes dos Serviços prestados por não haver a previsão do referido item no artigo 58, III da Lei Municipal 480/83.

Em contrarrazões (e-doc. 158) o município réu pugna pelo desprovimento do apelo.

EIS, EM SÍNTESE O RELATÓRIO. PASSO AO VOTO.

Identifica-se a satisfação dos pressupostos recursais, impondo o conhecimento do apelo.

Sustenta o embargante, ora apelante, que a autoridade fiscal teria se equivocado, uma vez que classificou o serviço tomado como aquele previsto no item 7.10 da lista do artigo 48 da Lei Municipal 480/83 (Limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres), quando em realidade cuidava-se do item 14.01 do mesmo dispositivo legal (manutenção e conservação de máquinas, equipamentos e elevadores).

Com efeito, a documentação adunada aos autos dá conta de que os serviços em questão foram prestados por ENGETEC Ar Condicionado e Eletromecânica Ltda. (Contrato nº M0400101038002, juntado às fls. 28-36) e Elevadores Atlas Schindler S.A (Contrato nº 7200061284, juntado às fls. 37-53). O objeto das cobranças perpetradas foi a manutenção do sistema de ar condicionado da embargante e das escadas rolantes de sua loja física.

Necessário consignar ser imprescindível a correta caracterização da Natureza do Serviço que foi fato gerador da Obrigação Tributária, visto que, a depender do tipo de Serviço prestado, muda-se o responsável pelo Crédito

Tributário, seja o Prestador de Serviços ou o Tomador de Serviços.

A Lei Complementar n° 116/2003 apresenta, em seu artigo 3° e incisos a regra geral e as exceções sobre quem deve pagar o ISS, verbis:

Art 3° 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 XXIV, quando o imposto será devido no local.

VII — da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.10 da lista anexa; (grifos nossos)

No mesmo diapasão, a Lei Municipal n° 480/83, em seus artigos 54 e 58, inciso III:

Art. 54. Contribuinte é o prestador do serviço.

Art. 58. São responsáveis pelo recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, estando sujeitos às penalidades previstas nos art. 112 e 113 desta Lei:

III - o tomador ou intermediário dos serviços descritos nos subitens 3.04, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.11, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 11.02, 16.01, 17.05, 17.09, 20.01, 20.02, 20.03 da lista do art. 48, quando o prestador dos serviços não for estabelecido ou domiciliado no Município ou não for identificado por documento idôneo;

Assim é que, o enquadramento do fato gerador no item 7.10 (previsto na exceção do art. 58, III da Lei 480/83, supratranscrito) permite ao fisco a opção de imputar do débito tributário ao tomador do serviço, *in casu*, a embargante/apelante, como exceção à regra geral.

Noutro giro, o enquadramento no item 14.01 não consubstanciaria a exceção da regra tributária, fazendo com que somente se pudesse exigir o crédito fiscal das prestadoras de serviço.

É certo que a CDA goza de presunção de certeza e liquidez, recaindo sobre o contribuinte o ônus de ilidi-la. (AgInt no REsp 1580219/RS – Relator Ministro Herman Benjamin – Segunda Turma – Julgamento: 18/08/2016).

Nada obstante, é essa a hipótese dos autos. Ainda em seara administrativa, a embargante impugnou a CDA apresentando os documentos de fls. 24/95 (e-doc. 24), pelos quais é evidente a natureza da prestação dos serviços pelas empresas citadas parágrafos acima.

O Contrato e M0400101037002 tem como objeto a prestação de serviços de Manutenção Preventiva e Assistência Técnica dos equipamentos de ar condicionado localizados no estabelecimento da apelante, conforme disposto nas cláusulas primeira e décima quarta do referido instrumento.

Já o Contrato nº 7200061284, embora tenha como Objeto a montagem e instalação de duas escadas rolantes, também prevê serviços de conservação das escadas a partir de um Contrato de Conservação, vigente à época da emissão das notas fiscais. Neste sentido, a embargante apresentou as notas fiscais do serviço mensal de manutenção prestado pela empresa que, a toda a evidência, recolheu o tributo em questão.

Dessa forma, a embargante, desde a seara administrativa logrou comprovar a incorreção da CDA, sendo imperioso o seu ajuste para fins de se evitar a *bis in idem*, ou seja, a dupla tributação sobre o mesmo fato gerador, posto que a emissão de nota fiscal por parte das prestadoras

de serviço pressupõe tenha sido recolhido o referido tributo. Ademais, são elas mesmas –as prestadoras de serviço – as devedoras tributárias no caso em comento.

A propósito, necessária a correta identificação do devedor para atendimento dos ditames legais acima de tudo.

Não merece prosperar, portanto, a tese de que não fora apresentada de forma detalhada os balancetes, ensejando o enquadramento mais amplo dos serviços prestados no item 7.10. A apresentação de toda a documentação em recurso administrativo elide completamente a alegação de ausência de detalhamento das rubricas.

De mais a mais, não se concebe que os serviços de manutenção em ar condicionado e escadas rolantes sejam enquadrados como “*Limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres*” (item 7.10). A elasticidade emprestada aos termos é temerária, notadamente quando existe item mais específico e totalmente adequado à hipótese concreta: “manutenção e conservação de máquinas, equipamentos e elevadores” (item 14.01).

É evidente que ar condicionado e escadas rolantes não constituem o próprio imóvel, sendo, antes, simples maquinários.

Assim, imperiosa a desconstituição da CDA com a consequente extinção da execução, vez que indevida a execução de valores cujo recolhimento é de responsabilidade do prestador do serviço, no local do respectivo estabelecimento.

Neste sentido:

APELAÇÃO CÍVEL. EMBARGOS DO DEVEDOR.
EXECUÇÃO FISCAL. ISS. ERRONEA

CLASSIFICAÇÃO DOS SERVIÇOS PREVISTOS NA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA A LEI COMPLEMENTAR N.º 116/2003. RESPONSABILIDADE DO PRESTADOR E NÃO DO TOMADOR DO SERVIÇO. CORRETA DESCONSTITUIÇÃO DA CDA E CONSEQUENTE EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA. DESPROVIMENTO DO RECURSO. Embargado que não impugnou especificadamente a alegação de equívoco na classificação e tampouco amparou a remanescência da substituição tributária. Não tendo o ente municipal feito a correta classificação do serviço que fundamenta a incidência de ISS, o que implicou na modificação da responsabilidade tributária, correta a sentença que desconstitui a CDA e extinguiu a execução, visto que indevida a cobrança. Serviço de manutenção de máquinas (item 14.01) que não se confunde com limpeza e manutenção de logradouros (7.10). Serviços cujos impostos são devidos no local do estabelecimento prestador. Conhecimento e desprovimento do recurso. (0078577-93.2014.8.19.0002 - APELACAO / REMESSA NECESSARIA – Des (a). ROGÉRIO DE OLIVEIRA SOUZA - Julgamento: 05/12/2017 - VIGÉSIMA SEGUNDA CÂMARA CÍVEL)

Sob tais fundamentos, conduzo o VOTO no sentido de CONHECER do recurso e DAR-LHE PROVIMENTO, para cancelar da Certidão de Dívida Ativa objeto da lide, extinguindo a Execução Fiscal, condenando, ainda, o apelado ao pagamento dos honorários sucumbenciais ora fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa.

Rio de Janeiro, na data da Sessão de Julgamento.

MURILO KIELING
Desembargador