

**TJDFT**

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

Órgão 4ª Turma Cível

Processo N. APELAÇÃO CÍVEL 0031271-45.2016.8.07.0018

APELANTE(S) INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO GERENCIAL S.A. e DISTRITO FEDERAL

APELADO(S) DISTRITO FEDERAL, MUNICÍPIO DE NOVA LIMA e INSTITUTO DE DESENVOLVIMENTO GERENCIAL S.A.

Relator Desembargador ARNOLDO CAMANHO

Acórdão N° 1269155

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO CIVIL PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. ILEGITIMIDADE ATIVA. TEORIA DA ASSERTÇÃO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA. COMPETÊNCIA PARA RECOLHIMENTO. LOCAL DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR DE SERVIÇOS. DEPÓSITO EM CONTA JUDICIAL. LEVANTAMENTO DO SALDO REMANESCENTE. POSSIBILIDADE. DIFERENÇA ENTRE AS ALÍQUOTAS COBRADAS PELO MUNICÍPIO DE NOVA LIMA E PELO DISTRITO FEDERAL.

1. A legitimidade processual, de acordo com a teoria da asserção, não é caracterizada com base no direito material discutido em juízo, mas com base nas afirmações feitas na inicial, de forma que a legitimação ativa cabe ao titular do interesse sustentado na pretensão e, a passiva, àquele contra quem tal pretensão é exercida.
2. A parte autora/apelante não possui legitimidade para discutir o contrato firmado em nome de outra pessoa jurídica, ainda que seja ela integrante do referido consórcio, pois são pessoas jurídicas distintas.
3. Considera-se devido o ISS no local do estabelecimento prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII da Lei Complementar nº 116/03, quando o imposto será devido no local da prestação.
4. Tratando-se de serviço de assessoria e consultoria, o imposto deve ser recolhido no local em que está situado o estabelecimento da empresa prestadora.
5. Tendo a empresa tomadora realizado o depósito dos valores referentes ao ISS em conta judicial e, sendo a alíquota praticada pelo Distrito Federal (5%) maior que a do Município de Nova Lima/MG, sujeito ativo da obrigação tributária, ao autor cabe o levantamento do saldo remanescente, sob pena de enriquecimento ilícito do Município.
6. Apelo da parte autora parcialmente provido. Apelo da parte ré não provido.

ACÓRDÃO

Acordam os Senhores Desembargadores do(a) 4ª Turma Cível do Tribunal de Justiça do Distrito Federal e dos Territórios, ARNOLDO CAMANHO - Relator, SÉRGIO ROCHA - 1º Vogal e JAMES EDUARDO OLIVEIRA - 2º Vogal, sob a Presidência do Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA, em proferir a seguinte decisão: DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ, UNÂNIME, de acordo com a ata do julgamento e notas taquigráficas.

Brasília (DF), 05 de Agosto de 2020

Desembargador ARNOLDO CAMANHO
Relator

RELATÓRIO

O Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO DE ASSIS – Relator

Cuida-se de recursos de apelação interpostos pelo autor, Instituto de Desenvolvimento Gerencial, e pelo réu Distrito Federal contra sentença proferida pelo MM. Juiz da 8ª Vara da Fazenda Pública do Distrito Federal, que reconheceu a ilegitimidade da parte autora com relação ao contrato celebrado com o DNIT. No tocante ao contrato celebrado com o Banco do Brasil, julgou procedente o pedido para declarar extinta a obrigação pelos valores depositados, determinando a conversão dessa importância em renda em favor do Município de Nova Lima. Declarou, ainda, a incompetência do Distrito Federal para exigir o ISS em razão dos serviços descritos no contrato de ID nº 26189268 – pág. 13. Por fim, condenou o primeiro réu ao ressarcimento das custas adiantadas pelo autor e ao pagamento de honorários advocatícios fixados em dez por cento (10%) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 3º, do CPC.

Em suas razões, o Distrito Federal argumenta que é competente para a cobrança do ISS relativo ao contrato de prestação de serviços firmado pelo autor com o Banco do Brasil, tendo em vista que os serviços foram prestados em Brasília. Argumenta que o contrato prevê a realização de reuniões e workshops na sede do Banco do Brasil, em Brasília. Aduz que os produtos deveriam ser entregues pelo autor na sede do Banco do Brasil. Requer o provimento do apelo para, reformando a sentença resistida, declarar que é devido o ISS ao Distrito Federal.

Por sua vez, o Instituto de Desenvolvimento Gerencial, em suas razões, aduz ser parte legítima para pleitear direitos relativos aos serviços advindos do contrato com o DNIT, já que as empresas integrantes do consórcio não possuem relação de dependência entre si. Aduz que o consórcio não possui personalidade jurídica, conforme dispõe o art. 278, da Lei nº 6.404/76. Sustenta que, da análise da cláusula 4.1, do Termo de Constituição de Consórcio, depreende-se que as partes participarão de

todas as obrigações e direitos relativos aos serviços que porventura vierem a contratar com o DNIT. Afirma que, conforme se depreende da cláusula 5.1.1, do primeiro aditivo do Contrato de Constituição do Consórcio, restou estabelecido que cada parte ficaria responsável por emitir sua própria Nota Fiscal de Serviços. Argumenta que o autor emite sua própria nota fiscal relativa aos serviços prestados ao DNIT, razão pela qual apenas ele pode discutir a incidência da tributação em relação a esta cobrança, de modo que não pode ser considerado parte ilegítima para tratar de eventual cobrança indevida de tributos. Afirma que, tendo sido demonstrado que a bitributação afeta tão somente o autor, o resultado da pretensão deverá surtir efeitos apenas com relação a ele, jamais com relação ao consórcio, uma vez que cada um dos consorciados é responsável por emitir sua própria nota fiscal, de modo que possuem independência para tratar diretamente dos assuntos que não são ligados ao objeto do contrato.

Argumenta que deve ser determinada a consignação do valor devido a título de ISS em virtude da prestação de serviços ao DNIT, tendo em vista a dupla exigência do imposto, de modo que a sentença resistida deve ser reformada para determinar a expedição de ofício para que o DNIT efetue o depósito judicial do valor do ISS. No tocante aos depósitos judiciais realizados pelo Banco do Brasil, argumenta que faz jus ao levantamento do saldo remanescente, tendo em vista que a alíquota praticada pelo Município de Nova Lima (2%) é inferior àquela exigida pelo Distrito Federal (5%). Sustenta que os depósitos foram realizados com base na legislação distrital, ou seja, se deram à alíquota de cinco por cento (5%), razão pela qual deve ser convertido em renda o tributo atinente à municipalidade competente (2%) e, em seguida, transferido à parte autora/apelante o saldo remanescente depositado (3%), sob pena de enriquecimento ilícito do município de Nova Lima. Sustenta que o autor/contribuinte é quem faz jus ao recebimento do saldo remanescente, uma vez que o valor retido pelo Banco do Brasil (responsável tributário) é decotado do valor que o autor receberia pelo serviço prestado. Afirma que o ônus financeiro é assumido exclusivamente pelo contribuinte que realizou o fato gerador, cabendo a este, tão somente, o direito à restituição. Liminarmente, requer a antecipação da tutela recursal para reconhecer a legitimidade ativa do autor/apelante para discutir a cobrança do ISS pelo Distrito Federal em face do contrato firmado com o DNIT, com a consequente determinação de expedição de ofício ao referido órgão para que este efetue o depósito judicial do valor do ISS. No mérito, requer o provimento do apelo para declarar a legitimidade da parte autora, a fim de tornar possível a continuidade da discussão acerca do ente competente para exigência do ISS com relação ao contrato firmado com o DNIT. Requer, ainda, que a apelante seja autorizada a promover o levantamento do saldo remanescente depositado na conta judicial nº 0100113768420, referente à diferença entre as alíquotas de ISSQN praticadas pelo Distrito Federal (5%) e pelo município de Nova Lima (2%).

Contrarrrazões apresentadas pelo autor, Instituto de Desenvolvimento Gerencial, e pelo réu Distrito Federal, pugnando pelo não provimento do apelo da parte adversa.

Em decisão de ID nº 13370371 – págs. 1/2, este Relator indeferiu o pedido de antecipação da tutela recursal formulado pelo autor/apelante.

É o relatório.

VOTOS

O Senhor Desembargador ARNOLDO CAMANHO - Relator

Passa-se à análise dos apelos em conjunto.

Preliminarmente, o autor/apelante defende sua legitimidade em relação ao contrato celebrado com o DNIT, sob o argumento de que integra o consórcio STE/Falconi e de que as notas fiscais são emitidas individualmente por cada empresa pertencente ao consórcio.

Cumpra esclarecer que a legitimidade processual, de acordo com a teoria da asserção, não é caracterizada com base no direito material discutido em juízo, mas com base nas afirmações feitas na inicial, de forma que a legitimação ativa cabe ao titular do interesse sustentado na pretensão e, a passiva, àquele contra quem tal pretensão é exercida.

Na hipótese vertente, o ISS retido na fonte pelo DNIT incide sobre prestações de serviços firmadas entre a autarquia e o Consórcio STE/Falconi, não sendo o autor nem mesmo a empresa líder do referido consórcio.

Nessa toada, a determinação para que o DNIT providencie o depósito judicial, em substituição à retenção na fonte do ISS devida pelo referido consórcio, representa medida estranha ao objeto da lide, porquanto o autor não possui legitimidade para discutir o contrato firmado em nome de outra pessoa jurídica, ainda que seja ela integrante do referido consórcio, pois são pessoas jurídicas distintas.

Desse modo, deve ser reconhecida a ilegitimidade do autor/apelante com relação ao contrato celebrado com o DNIT, de modo que o mérito deste apelo ficará restrito ao contrato celebrado com o Banco do Brasil.

Passa-se à análise do mérito.

A controvérsia dos autos cinge-se em verificar a competência para a cobrança do ISS devido em razão da prestação de serviços decorrentes do contrato nº 2016/8558 – 0018, celebrado pelo autor com o Banco do Brasil, além da possibilidade de a parte autora promover o levantamento do saldo remanescente havido na conta judicial nº 0100113768420, referente à diferença entre as alíquotas de ISS praticadas pelo Distrito Federal (5%) e pelo Município de Nova Lima (2%).

Da análise dos autos, depreende-se que a empresa autora, sediada no Município de Nova Lima/MG, firmou contrato de prestação de serviços com o Banco do Brasil, tomador estabelecido no Distrito Federal, para a prestação de serviços técnicos profissionais especializados de consultoria externa e para a realização de estudo para identificação de oportunidade de racionalização e otimização de gastos (ID nº 12441685 – págs. 7/16).

Insta esclarecer que o serviço de consultoria prestado pelo autor enquadra-se no item 17.01 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03, de modo que deve ser aplicada, ao caso, a regra geral do art. 3º, no sentido de que o serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador.

Em que pese o esforço argumentativo do apelante no sentido de que os serviços foram prestados no Distrito Federal, cumpre registrar que não existem elementos probatórios aptos a revelar a existência de uma unidade econômica ou profissional da pessoa jurídica prestadora de serviços no Distrito Federal, tampouco se tem a informação de que a empresa autora tenha estabelecido no Distrito Federal uma filial para a prestação dos serviços que se pretende tributar.

Ademais, como bem salientado pelo magistrado *a quo*, o que realmente é relevante para o estabelecimento do local da prestação do serviço é a finalidade do serviço prestado, que, no caso, é desenvolvido pelo autor na sede da empresa, já que eventuais visitas à sede dos tomadores do serviço para a realização de capacitação de equipe, orientação de gestores, reuniões ou vistorias são apenas atividades meio para o desenvolvimento da atividade final de consultoria, normalmente consistente em relatórios e pareceres.

Registre-se que o fato de o representante da parte autora possuir residência no Distrito Federal não afasta a competência do Município de Nova Lima para a cobrança do imposto, uma vez que o estabelecimento prestador localiza-se no território do referido município.

Em caso semelhante, este egrégio Tribunal de Justiça já decidiu que o ISS é devido ao Município do local da sede do prestador de serviço. Confira-se:

“DIREITO TRIBUTÁRIO. AÇÃO DE CONSIGNAÇÃO EM PAGAMENTO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. SERVIÇOS DE ASSESSORIA E CONSULTORIA. COMPETÊNCIA PARA RECOLHIMENTO. LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. LC 116/03. LOCAL DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR DE SERVIÇOS.

1. Considera-se devido o ISS no local do estabelecimento-prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII da LC n. 116/2003, quando o imposto será devido no local da prestação.

2. O Superior Tribunal de Justiça, reafirmou o entendimento segundo o qual, na ocorrência do fato gerador sob a égide da LC 116/2003, à exceção de serviços de construção civil, o ISSQN é devido ao Município do local da sede do prestador de serviço. (AgRg no REsp 1280592/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 01/03/2012, DJe 12/04/2012).

3. O ISS relativo aos serviços de assessoria e consultoria prestados pela autora deve ser recolhido no local em que está situado o estabelecimento da empresa prestadora, no caso, o Município de Nova Lima/MG, evitando-se que ocorra a bitributação da respectiva empresa.

4. Tendo o MEC realizado os depósitos referentes ao ISS em conta judicial e sendo a alíquota praticada pelo Distrito Federal (5%) maior que a do Município de Nova Lima/MG (2%), sujeito ativo da obrigação tributária referente ao ISS, à autora cabe levantar o saldo remanescente, sob pena de enriquecimento ilícito da municipalidade e/ou de locupletamento indevido dos cofres distritais.

5. Diante da sucumbência recursal, devem os honorários advocatícios serem majorados, nos termos do art. 85, §11 do CPC.

6. Recurso do Distrito Federal conhecido e não provido. Recurso da autora conhecido e provido”. (Acórdão 1173902, 07005538720178070018, Relator: ANA CANTARINO, 8ª Turma Cível, data de julgamento: 22/5/2019, publicado no PJe: 31/5/2019. Pág.: Sem Página Cadastrada).

Desse modo, o ISS relativo aos serviços de assessoria e consultoria prestados pelo autor deve ser recolhido no local em que está situado o estabelecimento da empresa prestadora, no caso, o Município de Nova Lima/MG, evitando-se que ocorra a bitributação da empresa autora.

Por fim, tendo o Banco do Brasil realizado os depósitos referentes ao ISS em conta judicial nº 0100113768420 (ID nº 12441907 – pág. 2), e sendo a alíquota praticada pelo Distrito Federal (5%) maior do que a do Município de Nova Lima/MG (2%), sujeito ativo da obrigação tributária referente ao ISS, ao autor cabe levantar o saldo remanescente, sob pena de enriquecimento ilícito do Município.

Dessa forma, nego provimento ao apelo da parte ré e dou parcial provimento ao apelo da parte autora apenas para autorizar o levantamento do saldo remanescente dos depósitos judiciais realizados pelo Banco do Brasil (conta nº 0100113768420), em face de a alíquota praticada pelo Município de Nova Lima/MG (2%), sujeito ativo da obrigação tributária referente ao ISS, ser inferior àquela exigida pelo

Distrito Federal (5%). Em face da sucumbência da parte ré em sede recursal, majoro os honorários advocatícios para doze por cento (12%) sobre o valor atualizado da causa, nos termos do art. 85, § 11, do CPC.

É como voto.

O Senhor Desembargador SÉRGIO ROCHA - 1º Vogal

Com o relator

O Senhor Desembargador JAMES EDUARDO OLIVEIRA - 2º Vogal

Com o relator

DECISÃO

DAR PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO DA AUTORA. NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO DA RÉ, UNÂNIME