

Apel. n.º 0087683-43.2018.8.19.0001

TRIBUNAL DE JUSTIÇA
RELATOR

APELAÇÃO N.º : 0087683-43.2018.8.19.0001 - 24ª CÂMARA CÍVEL
APELANTE : MERCADOLOGICA SOLUCOES EM PESQUISA
INTELIGENCIA E MARKETING EIRELI-ME
APELADO : MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO
AÇÃO : DECLARATÓRIA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO
ORIGEM : 3ª VARA CÍVEL DE NOVA IGUAÇU
JUIZ A QUO : MARCO ANTONIO AZEVEDO JÚNIOR
RELATOR : DES. REINALDO PINTO ALBERTO FILHO

ACÓRDÃO

E M E N T A: Apelação. Tributário.
Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito. ISS. Retenção em
fonte pelo tomador de serviços. Ausência de Cadastro no
CEPOM. Sociedade com estabelecimento em Belo Horizonte.
Improcedência.

I - Legitimidade do Demandante
para requerer a restituição dos impostos, porquanto comprovou,
com os extratos bancários adunados aos autos que o pagamento
dos serviços prestados era feito com o desconto dos valores
referentes ao recolhimento de ISS. Nesse sentido, o Autor era a
parte da relação jurídica que suportava o ônus do encargo
tributário, tendo, pois, legitimidade com fulcro no art. 166 do
CTN para discutir a adequação da cobrança do tributo.

II - Assentada pelo Excelso
Pretório a Inconstitucionalidade da legislação municipal. “É
incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a
prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração
municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território
do Município e imposição ao tomador da retenção do Imposto
Sobre Serviços – ISS quando descumprida a obrigação
acessória” (RE nº 1.167.509 – Tema 1020 da Repercussão Geral).

Apel. n.º 0087683-43.2018.8.19.0001

III - Praetorium Excelsior
entendeu que, ao se impor a obrigatoriedade de cadastro do prestador de serviço não sediado no território do Município e, em caso de descumprimento desta obrigação acessória, prever a retenção de ISS pelo tomador de serviços, a lei municipal cria um tratamento diferenciado em razão da procedência do serviço, em violação ao art. 152 da Constituição Federal.

IV - Modificação do critério espacial do fato gerador e da sujeição passiva do tributo são matérias de competência legislativa da União a ser tratada através de Lei Complementar o que denota a inconstitucionalidade da cobrança ora em cotejo, eis que perpetrada com fins em legislação Municipal inquinada por evidente vício formal.

V - Competência tributária e sujeito passivo do ISS são regulados pela Lei Complementar 116/2003, que prevê ser o imposto devido pelo prestador de serviços no local onde sediado seu estabelecimento.

VI - Reforma da R. Sentença que se impõe para declarar a inexistência de relação tributária entre as Partes, no que diz respeito à incidência de ISS sobre atividade de consultoria prestada em 2013 e 2014, e condenar o Município à restituição dos valores cobrados indevidamente, com incidência de juros e correção monetária de acordo com os mesmos índices aplicados na remuneração dos créditos da Fazenda Pública na cobrança do tributo em atraso (RE nº. 870947), a contar da data da indevida retenção em cada nota fiscal. Provimento.

Vistos, relatados e discutidos estes autos da Apelação Cível n.º 0087683-43.2018.8.19.0001, em que é Apelante **MERCADOLOGICA SOLUCOES EM PESQUISA INTELIGENCIA E MARKETING EIRELI-ME** e como Apelado **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO**.

A C O R D A M os Desembargadores da Vigésima Quarta Câmara Cível do E. TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO RIO DE JANEIRO, à unanimidade de votos, em DAR PROVIMENTO AO RECURSO, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre as Partes, no que diz respeito à incidência de ISS sobre atividade de consultoria prestada em 2013 e 2014, e condenar o Município Réu à restituição dos valores cobrados indevidamente, num total de R\$41.899,00 com incidência de juros e correção monetária de acordo com os mesmos índices aplicados na remuneração dos créditos da Fazenda Pública na cobrança do tributo em atraso (RE nº. 870947), a contar da data da indevida retenção em cada nota fiscal.

Apel. n.º 0087683-43.2018.8.19.0001

DECIDEM, assim, pelo seguinte.

Trata-se de Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito interposta por **MERCADOLÓGICA SOLUÇÕES EM PESQUISA, INTELIGÊNCIA E MARKETING – EIRELI** em face do **MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO** através da qual o Autor requisita declaração de inexistência de relação jurídico-tributária com o Município do Rio de Janeiro, referente à cobrança de ISS sobre serviços prestados nos anos de 2013 e 2014, bem como repetição de indébito.

Sustenta, em síntese, que seu domicílio fiscal se situa no Município de Belo Horizonte, por ser local de seu estabelecimento, cabendo o pagamento do imposto a este ente federativo, nos termos do art. 3º da Lei Complementar 116/2003, havendo bitributação com a imposição legal, feita pelo Município Réu, de que o imposto seja descontado na fonte pelo tomador de serviço caso o prestador não seja cadastrado no CEPOM.

Contestação do Município do Rio de Janeiro, as fls. 86/98, rejeitando todos os argumentos da peça vestibular do Autor, explicitando que, no caso de o prestador de serviço não estar cadastrado no CEPOM, o tomador é o responsável tributário, nos termos do art. 14, inciso XII do CTM-RJ, do art. 3º do Decreto 28.248/07 e art. 5º da Resolução SMF 2.515/07, o que legitima a cobrança realizada.

R. Sentença, as fls. 173/179, julgando improcedente a pretensão autoral.

Apelação do Autor, as fls. 215/225, repisando todos os argumentos expostos na exordial.

Contrarrazões do Apelado, a fls. 234/251, prestigiando a R. Sentença.

É o **RELATÓRIO**.

FUNDAMENTA-SE E

DECIDE - SE.

Cuida-se de Ação Declaratória c/c Repetição de Indébito, restando os pedidos julgados improcedentes, seguindo Apelação do Suplicante.

Apel. n.º 0087683-43.2018.8.19.0001

Elucide-se, inicialmente, que a Apelação é tempestiva e manejada com o respectivo preparo, conforme certificado pela Serventia de Primeiro Grau, as fls. 226, e, assim, frente ao preconizado pelo *caput* dos artigos 1.011 e 1.012 do CPC, recebe-se o aludido recurso em ambos os efeitos.

Preliminarmente, deve ser reconhecida a legitimidade do Demandante para requerer a restituição dos impostos, porquanto comprovou, com os extratos bancários de fls. 34/39, que o pagamento dos serviços prestados era feito com o desconto dos valores referentes ao recolhimento de ISS.

Nesse sentido, o Autor era a parte da relação jurídica que suportava o ônus do encargo tributário, tendo, pois, legitimidade com fulcro no art. 166 do CTN, *verbis*:

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.

No mérito, deve ser registrado que, recentemente, em março de 2021, o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n.º RE 1.167.509, realizado sob o regime da repercussão geral, se manifestou sobre a matéria discutida nos autos, firmando a seguinte tese, *in verbis*:

“É incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da Administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do Município e imposição ao tomador da retenção do Imposto Sobre Serviços – ISS quando descumprida a obrigação acessória”.

No julgamento, o *Praetorium Excelsior* entendeu que, ao se impor a obrigatoriedade de cadastro do prestador de serviço não sediado no território do Município e, em caso de descumprimento desta obrigação acessória, prever a retenção de ISS pelo tomador de serviços, a lei municipal cria um tratamento diferenciado em razão da procedência do serviço, em violação ao art. 152 da Constituição Federal.

Cabe consignar que tal previsão resulta em modificação de dois aspectos da obrigação tributária: a modificação do critério espacial do fato gerador e da sujeição passiva do tributo.

Apel. n.º 0087683-43.2018.8.19.0001

Nesse sentido, houve o reconhecimento de que haveria duas incompatibilidades formais na previsão legal: (a) a usurpação da competência legislativa da União, a quem cabe editar a norma geral nacional sobre a matéria e (b) desrespeito à exigência de veiculação da matéria por Lei Complementar.

Registre-se que tanto a competência tributária como o **sujeito passivo do ISS são regulados pela Lei Complementar 116/2003, na qual consta, como regra geral, ser o imposto devido pelo prestador de serviços no local onde sediado seu estabelecimento, in litteris:**

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:

In casu, a Parte Autora comprova que a sede de seu estabelecimento está localizada no Município de Belo Horizonte, conforme atos constitutivos de fls. 22/25.

No entanto, ao prestar serviços de consultoria para clientes do Município do Rio de Janeiro, observou a retenção de valores referentes ao pagamento de ISS em favor do Réu, em decorrência de não estar cadastrada no CEPOM, previsto no art. 14-A do Código Tributário do Município do Rio de Janeiro.

Diante do tratamento constitucional e legal já explanado, não caberia à legislação municipal impor como penalidade ao **descumprimento de uma obrigação acessória a modificação da competência tributária de forma que obrigação principal passasse a ser devida ao Município do Rio de Janeiro.**

Destarte, a hipótese dos autos se amolda perfeitamente à tese firmada no julgamento do Recurso Extraordinário supracitado, impondo-se, portanto, o reconhecimento da ilegalidade, porquanto declarada inconstitucional pelo Colendo STF a retenção tributária incidente sobre as notas fiscais emitidas pela prestação dos serviços de consultoria.

Nesse sentido o seguinte Aresto desta Corte, in verbis:

APELAÇÃO CÍVEL. REMESSA NECESSÁRIA. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXIGIBILIDADE DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO CUMULADA COM REPETIÇÃO DE INDÉBITO.

Apel. n.º 0087683-43.2018.8.19.0001

ISSQN. AUTORA COM SEDE EM SÃO BERNARDO DO CAMPO/SP E PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA TOMADOR DE SERVIÇO LOCALIZADO NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. ALEGAÇÃO DE RETENÇÃO INDEVIDA DE ISSQN PELA TOMADORA DE SERVIÇO EM FAVOR DO MUNICÍPIO RÉU. BITRIBUTAÇÃO. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA. INCONFORMISMO DO MUNICÍPIO CRIOCA. ISSQN QUE TEM COMO FATO GERADOR A PRESTAÇÃO DO SERVIÇO CONSTANTE NA LISTA ANEXA À LC 116/2003. CONTRIBUINTE DO IMPOSTO É O PRESTADOR DO SERVIÇO. EMPRESA SEDIADA NO MUNICÍPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO QUE PRESTOU SERVIÇOS DE TINTURARIA E LAVANDERIA - ITEM 14.10 DA LISTA ANEXA À REFERIDA LC, NO MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO. ATIVIDADE DESENVOLVIDA QUE NÃO SE ENQUADRA EM NENHUMA DAS HIPÓTESES DE EXCEÇÃO. APLICAÇÃO DA REGRA GERAL DE RECOLHIMENTO DO ISSQN PREVISTA NO ARTIGO 3º DA LC 116/2003. IMPOSTO DEVIDO NO LOCAL DA SEDE DA PRESTADORA DO SERVIÇO. CADASTRO MUNICIPAL. OBRIGAÇÃO SECUNDÁRIA. CEPOM. EXIGÊNCIA QUE NÃO TEM O CONDÃO DE SUPLANTAR A REGRA DE COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA PREVISTA NO ARTIGO 3º DA LC 116/2003. RESTITUIÇÃO DEVIDA. NÃO CABIMENTO DAS EXIGÊNCIAS DO ARTIGO 166 DO CTN, PORQUANTO NÃO OCORREU A TRANSFERÊNCIA DO ENCARGO TRIBUTÁRIO. MANUTENÇÃO DA SENTENÇA, INCLUSIVE EM SEDE DE REMESSA NECESSÁRIA. MAJORAÇÃO DA VERBA HONORÁRIA EM SEDE RECURSAL. DESPROVIMENTO DO RECURSO. (0085495-77.2018.8.19.0001. APEL./REMESSA NECESSÁRIA - Des. LÚCIO DURANTE – Julg.: 03/12/2020 – 19ª CÂMARA CÍVEL).

Por estas razões, a Câmara conhece do recurso, dando-lhe provimento, para declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre as Partes, no que diz respeito à incidência de ISS sobre atividade de consultoria prestada em 2013 e 2014, e condenar o Município Réu à restituição dos valores cobrados indevidamente, num total de R\$41.899,00, com incidência de juros e correção monetária de acordo com os mesmos índices aplicados na remuneração dos créditos da Fazenda Pública na cobrança do tributo em atraso (RE nº. 870947), a contar da data da indevida retenção em cada nota fiscal.

Rio de Janeiro, 21 de abril de 2021.

REINALDO PINTO ALBERTO FILHO

RELATOR