

SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA DE EMBARGOS:

D´ALESSANDRO X MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE.

COMARCA DE PORTO ALEGRE

8ª VARA DA FAZENDA PÚBLICA DO FORO CENTRAL

Rua Manoelito de Ornellas, 50

Processo nº: 001/1.16.0119976-8 (CNJ:.0181850-66.2016.8.21.0001)

Natureza: Embargos à Execução

Embargante: Andres Nicolas D'Alessandro

Embargado: Município de Porto Alegre

Juiz Prolator: Juiz de Direito - Dr. João Pedro Cavalli Júnior

Data: 04/07/2018

Vistos.

Trata-se de embargos à execução opostos por ANDRES NICOLAS D'ALESSANDRO em face do MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE. Em suma, sustenta o embargante que o processo administrativo é nulo, ante a ausência de notificação pessoal, sendo irregular o art. 249, do Decreto Municipal nº 15.416/06. Disse que a atividade desenvolvida trata-se de cessão de direitos de imagem, e que inexistente prestação de serviços a justificar a incidência de ISS.

Alternativamente, discorre sobre a não-incidência de ISS sobre prêmios e gratificações por objetivos atingidos, ao argumento de que inexistente qualquer vínculo com o Município, em relação a tais rubricas. Postula a procedência da ação. Juntou documentos (fls. 14/82).

Recebidos os embargos, a execução foi suspensa (fl. 88).

O Município apresentou impugnação, alegando que o contribuinte foi devidamente notificado acerca do processo administrativo. Sustenta que a CDA goza da presunção de certeza e liquidez, e que os serviços de publicidade e propaganda encontram-se descritos no subitem 17.06 da lista anexa à LC nº 116/03, estando configurada a obrigação de fazer e a consequente incidência de ISS sobre os serviços prestados pela embargante.

Alega que os prêmios recebidos pelo atleta repercutem diretamente na ampliação dos serviços de publicidade e propaganda, estando relacionados diretamente com o incremento das ações de marketing promovidas. Pugna pela improcedência dos embargos. Juntou documentos (fls. 106/142).

Intimado o embargante dos documentos juntados, manifestou-se às fls. 145/146vº.

Instadas as partes acerca da produção de provas, ambas disseram não ter provas a produzir.

O embargante requereu a suspensão do feito e apensamento à execução fiscal nº 001/1.16.0084434-1, o que foi deferido.

Vieram os autos conclusos para julgamento.

É O RELATÓRIO.

PASSO A FUNDAMENTAR.

A hipótese é de julgamento antecipado da lide, nos termos do art. 17, par. único, da LEF, não havendo necessidade de produção de provas em audiência.

A intervenção do M.P. fica dispensada em razão do contido no Ofício nº 15/2011 da Promotoria de Justiça, em que esta declina de intervir em todos os executivos fiscais e respectivos embargos, pedindo inclusive a dispensa de vista.

Inicialmente, vale consignar que o julgamento do presente feito dar-se-á juntamente com os embargos à execução em apenso (nº 001/1.16.0120002-2), onde se discute a obrigação tributária principal, eis que evidenciada a conexão das causas.

Em suma, pretende o embargante a declaração de não-incidência do ISS sobre as receitas decorrentes de contrato de cessão de uso e exploração de direito de imagem, sob o argumento de que se trata de obrigação de dar (e não de fazer), o que não autoriza a incidência de ISS.

Em sentido contrário, o Município afirma que os serviços prestados pela empresa embargante enquadram-se no subitem 17.06 da lista anexa à LC nº 116/03, com o que deve incidir o ISS, consoante dispõe tal legislação:

Art. 1º 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, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador

(...)

17.06 – Propaganda e publicidade, inclusive promoção de vendas, planejamento de campanhas ou sistemas de publicidade, elaboração de desenhos, textos e demais materiais publicitários.

Ocorre que o Município promoveu execução fiscal, referente à multa por descumprimento de obrigação acessória, ao argumento de que “o contribuinte entregou declarações, Declaração Mensal – escrituração eletrônica mensal do livro fiscal do ISSQN, referentes a duas competências fora do prazo previsto no caput do artigo 219 do Decreto Municipal nº 15.416/06, além de apresentar declarações com descumprimento de obrigação acessória prevista no art. 1º, § 6º, da Instrução Normativa da SMF nº 06/2007 (entrega de declaração com omissão ou incorreção de informação) em outras duas competências, sujeitando-se a penalidade prevista no art. 56, III, “b”, item 2, da Lei Complementar Municipal nº 07/73.

Assim, a multa de 472 UFMs decorre da aplicação da penalidade de 118 UFMs multiplicada pelo número de quatro competências irregulares (...)” - fl. 03 do executivo nº001/1.16.0079619-3.

Pois bem.

Tendo em vista que a obrigação acessória decorre, obviamente, da obrigação principal – que no caso dos autos, refere-se à incidência de ISS sobre a atividade da empresa, que é objeto de debate dos embargos em apenso (nº 001/1.16.0120002-2 – não se pode deixar de considerar que o julgamento daquele feito acaba por atingir, diretamente, no deslinde do presente feito, fazendo-se necessária a análise quanto ao mérito da demanda.

A prestação de serviços de propaganda e publicidade contempla atividades de planejamento da campanha, criação de textos, desenhos, etc. Ou seja, há efetiva obrigação de fazer, consistente na elaboração da campanha publicitária.

Entretanto, tal prática não se confunde com a cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda, esta prevista no subitem 3.02 da lista anexa à LC nº 116/03, que consiste na mera autorização pessoal para a exploração da imagem em prol de determinada empresa, como é o caso dos autos.

Diz o citado item:

"3 – Serviços prestados mediante locação, cessão de direito de uso e congêneres.

(...)

3.02 – Cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda.

(...)”

Ocorre que no caso dos autos, inexistente qualquer espécie de contraprestação ou de uma ação de fazer, estando a atividade da empresa embargante limitada à fruição da imagem, voz e nome profissional do atleta profissional, inexistindo a prestação de qualquer serviço de marketing ou publicidade. Logo, não há constituição do fato gerador a autorizar a cobrança de ISS.

Nesse sentido, inclusive, é o entendimento esposado pela jurisprudência do e. TJ/RS:

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTOS. ISS. ITENS 3.02 E 17.06, LISTA ANEXA LC Nº 116/2003. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. SHOPPING BELLA CITTA. - A simples cessão do direito ao uso da marca, sem qualquer espécie de contraprestação ou de uma ação de fazer, atividade limitada à fruição temporária ou permanente do bem, não constitui fato gerador a autorizar a cobrança do ISS. - Em se tratando de prova negativa, a simples alegação da embargante acerca da inexistência de prestação do serviço de propaganda e publicidade, aliado à ausência de qualquer outro elemento a amparar a tese contrária do embargado, é suficiente a concluir pela ausência de fato gerador a dar ensejo à cobrança do tributo com base no item 17.06, Lista Anexa LC 116/2003. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70074266479, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Newton Luís Medeiros Fabrício, Julgado em 13/09/2017) – grifei.

No mais, vale lembrar que a inconstitucionalidade material do item 3.02, da Lista Anexa à LC 116/2003 restou reconhecida pelo eg. TJRS no Incidente de Inconstitucionalidade nº 70029311743, assim ementado:

INCIDENTE DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ITEM 3.02 DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR 116/2003 E LEI MUNICIPAL Nº 3482/2003 DE IGREJINHA QUE DETERMINAM INCIDÊNCIA DE ISS SOBRE CESSÃO DE DIREITO DE USO DE MARCAS E DE SINAIS DE PROPAGANDA. INCONSTITUCIONALIDADE MATERIAL POR VIOLAÇÃO AO ARTIGO 8º DA CONSTITUIÇÃO DO ESTADO E AO ARTIGO 156, III, DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL. Há inconstitucionalidade material nos itens 3.02 da Lista anexa à Lei Complementar 116/2003 e da Lei Municipal n.º 3.482/2003, que determinam a incidência de ISS em caso de cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda, por violação ao artigo 8º da Constituição do Estado e ao artigo 156, III, da Constituição Federal. INCIDENTE JULGADO PROCEDENTE. UNÂNIME. (Incidente de Inconstitucionalidade Nº 70029311743, Tribunal Pleno, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 18/05/2009).

Assim, ainda que a atividade do embargante esteja prevista na lista anexa da LC nº 116/03, não há como incidir ISS sobre os serviços prestados, merecendo prosperar a pretensão do embargante, no tocante ao reconhecimento da não-incidência de ISS sobre a prestação dos serviços de cessão do uso de imagem do atleta Andrés Nicolas D'Alessandro, através da empresa embargante.

Dessarte, inexistindo a obrigação principal – que consiste na incidência de ISS sobre a atividade da empresa –, a multa por descumprimento da obrigação acessória perde seu suporte de validade, merecendo ser extinto o executivo fiscal, nos termos em que pretendido pelo embargante.

Por fim, diante do resultado do julgamento, resta prejudicada a análise dos demais pontos suscitados pelo embargante.

PELO EXPOSTO, JULGO PROCEDENTES os embargos à execução ajuizados por ANDRES NICOLAS D'ALESSANDRO contra o MUNICÍPIO DE PORTO ALEGRE, reconhecendo a nulidade da CDA e extinguindo a execução fiscal nº 001/1.16.0079619-3.

Arcará o embargado com o reembolso das custas processuais (isento legalmente de outras), bem como com honorários advocatícios, que vão arbitrados em R\$ 800,00, atento ao diminuto valor da causa e ao trabalho exigido, com fulcro no art. 85, §§ 2º e 8º, do NCPC.

Remessa necessária dispensada, em face do valor do débito, nos termos do art. 496, §3º, inc. II, do NCPC.

Publique-se.

Registre-se.

Intimem-se.

Porto Alegre, 04 de julho de 2018.

João Pedro Cavalli Júnior

Juiz de Direito