



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000387035

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0013894-16.2002.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante J - 3 VIDEO LOCADORA S/C LTDA., é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Modificaram o resultado do julgamento para dar provimento em parte ao recurso de apelação interposto pela parte autora, apenas para reconhecer a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre a locação de bens móveis, descabida, no entanto, a restituição de valores. V.U.**

, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REZENDE SILVEIRA (Presidente), GERALDO XAVIER E JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 22 de abril de 2025.

REZENDE SILVEIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO Nº: 0013894-16.2002.8.26.0053

APELANTE: J-3 VIDEO LOCADORA S/C LTDA

APELADA: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 36710

EMENTA

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA C.C. REPETIÇÃO DO INDÉBITO – Pretensão de declaração de inexigibilidade do ISS na locação de bens móveis com a restituição dos valores recolhidos – Sentença de improcedência – Interposição de recurso de apelação ao qual foi dado parcial provimento para reconhecer a inconstitucionalidade da incidência do ISS na locação de bens móveis, devida a restituição dos valores indevidamente recolhidos com observação da prescrição quinquenal – Interposição de recurso especial pelo município – Acórdão do STJ que deu provimento ao recurso especial e reconheceu a aplicabilidade do art. 166 do CTN no caso concreto, cassou o acórdão recorrido e determinou o retorno dos autos ao Tribunal de origem para novo julgamento da apelação, observada a diretriz de que o vindicado direito à repetição de indébito exige a comprovação de que a parte autora, na condição de contribuinte de direito, não repassou o encargo econômico do ISS recolhido para os seus clientes ou de que obteve a autorização desses para essa finalidade, convertendo a realização do julgamento do feito em diligência, se necessário fosse – Novo acórdão proferido por essa Câmara que, por unanimidade, converteu o julgamento em diligência, para conceder o prazo de 15 dias para que a autora da ação comprovasse documentalmente o cumprimento expresso do artigo 166 do CTN – Parte autora que não se manifestou – Ausência do cumprimento da determinação de comprovação da assunção do encargo financeiro do tributo ou de autorização expressa de terceiro para fazê-lo – Caso de modificação do resultado do julgamento para dar provimento em parte ao recurso de apelação interposto pela parte autora apenas para

reconhecer a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre a locação de bens móveis, descabida, no entanto, a restituição de valores.

Vistos.

Ao relatório constante do acórdão de fls. 393/396 desta 14ª Câmara, acrescenta-se que os autos retornaram a essa Câmara para novo julgamento nos termos da determinação do acórdão proferido pelo Superior Tribunal de Justiça a fls. 354/358.

É o relatório.

É o caso de modificação do julgamento.

Trata-se de ação declaratória de inexistência de relação jurídico-tributária c.c. repetição de indébito na qual se requereu a declaração de inexigibilidade da tributação de ISS na locação de bens móveis, bem como se requereu a restituição dos valores pagos a esse título desde dezembro de 1991 com a devida atualização monetária e incidência de juros.

O pedido foi julgado improcedente (fls. 207/210), impondo-se à autora o pagamento da sucumbência, arbitrada a verba honorária em 10% (dez por cento) sobre o valor atualizado da causa (R\$ 5.000,00 para fevereiro de 2002).

Interposto recurso de apelação foi a ele dado parcial provimento, para reconhecer a inconstitucionalidade da incidência de ISS sobre a locação de bens móveis e condenar o município à restituição dos valores indevidamente pagos, observada a prescrição quinquenal (fls. 253/256), observada a sucumbência recíproca, nos termos do disposto no artigo 21 do Código de Processo Civil de 1973.

O município interpôs recurso especial (fls. 277/287) ao qual foi negado seguimento (fls. 290).

O município então interpôs agravo de instrumento (fls. 295/299).

Reconsiderado o despacho que negou

seguimento ao recurso especial, foi determinada a suspensão do feito até o julgamento do Tema 905 do Superior Tribunal de Justiça (fls. 302/303).

Posteriormente, consoante despacho de fls. 306, a E. Presidência da Seção de Direito Público determinou o retorno dos autos à Turma Julgadora para juízo de conformidade tendo em vista o julgamento do Tema 398 pelo STJ.

Em julgamento, esta Câmara manteve o resultado do julgamento anterior (fls. 315/321).

Em seguida foi admitido o recurso especial então interposto pelo município (fls. 327/328).

Em julgamento do recurso especial, o Superior Tribunal de Justiça deu provimento ao recurso para, reconhecendo a aplicabilidade do art. 166 do Código Tributário Nacional no caso concreto, cassar o acórdão recorrido e determinar o retorno dos autos ao Tribunal de origem para perfazer novo julgamento da apelação, observada a diretriz de que o vindicado direito à repetição de indébito exige a comprovação de que a parte autora, na condição de contribuinte de direito, não repassou o encargo econômico do ISS recolhido para os seus clientes ou de que obteve a autorização desses para essa finalidade, convertendo a realização do julgamento do feito em diligência, se necessário fosse.

Assim, com o retorno dos autos, esta Câmara proferiu o acórdão de fls. 393/396 que, por votação unânime, converteu o julgamento em diligência, para conceder o prazo de 15 dias para que a autora da ação comprovasse documentalmente o cumprimento expresso do artigo 166 do Código Tributário Nacional em relação à não transferência do encargo financeiro ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la.

Devidamente intimada a autora, no entanto, não se manifestou.

Com efeito, a ausência de comprovação de assunção do encargo financeiro ou de autorização para

requerer em nome de terceiro impede, nos termos do disposto no artigo 166 do CTN, acrescido do quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça no julgamento do recurso especial interposto pelo município, a restituição dos valores recolhidos.

Diante do exposto, meu voto é pela modificação do resultado do julgamento, com o fim de dar provimento parcial para o recurso de apelação da parte autora, apenas para reconhecer a inconstitucionalidade da incidência do ISS sobre a locação de bens móveis, mantida a sucumbência recíproca, devendo cada parte arcar com as custas e despesas processuais que adiantaram, bem como com os honorários de seus respectivos patronos, nos termos do disposto no artigo 21 do Código de Processo Civil de 1973, aplicável ao tempo da prolação da sentença.

REZENDE SILVEIRA
Relator