



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

SENTENÇA

Processo nº: **1011989-45.2018.8.26.0037**
 Classe - Assunto: **Procedimento do Juizado Especial Cível - Repetição de indébito**
 Requerente: **B. de J. Pacheco - Epp**
 Requerido: **'Município de Araraquara**

Juiz de Direito: Dr. **João Baptista Galhardo Júnior**

Vistos.

Dispensado o Relatório, na forma do artigo 38 da Lei nº 9.099/95.

A ação é procedente.

Nos termos do artigo 156, inciso III, da Constituição da República, compete aos Municípios instituir impostos sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar”.

Os serviços a que se refere o texto constitucional são aqueles prestados em favor de terceiro, mediante a cobrança de preço, constituindo, pois, obrigação de fazer, como bem ensina MARCELO CARON BAPTISTA:

“A hipótese de incidência do ISS refere-se às prestações de fazer, ou seja, aquelas marcadas pela ação pessoal do devedor. Essa conclusão não se alcança com base na eficácia normativa experimentada por esse tributo ao longo do tempo mas por meio de indicativo colhido da própria Constituição Federal”. (...) “O tomador do serviço, quando o contrata” o prestador “objetiva não a apropriação de um bem, mas o resultado do esforço e da capacidade, física ou intelectual, da outra parte, ainda que esse resultado se expresse, no mundo fenomênico, por meio de um bem



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

material. Prestação de serviço, por isso, é prestação jurídica de fazer” (Em sua obra ISS do texto à norma (Quartier Latin, 2005, pág. 281).

Nesse quadro, descabida a incidência do ISS sobre a “cessão de direito”, não obstante a previsão no item 10.05 do anexo I da lei complementar n. 17/97 (Código Tributário do Município de Araraquara) que discrimina os serviços de corretagem, agenciamento ou intermediação de bens móveis ou imóveis, porquanto tal atividade não implica obrigação de fazer, própria da prestação de serviços.

De fato, conforme demonstra o contrato juntado pela autora (fls. 16/22), a par do contrato de agenciamento e intermediação dos atletas profissionais de futebol, ela adquire, temporariamente, o direito exclusivo de exploração comercial dos atributos da personalidade de referidos atletas, os quais lhe cedem, ainda, os direitos econômicos dos mesmos, ou seja, ocorre cessão de direitos, a qual não implica em obrigação de fazer; é prestação de dar, consistente em transferir a propriedade ou os direitos de uso e gozo de bem imaterial a terceiro e, por isso, não é fato gerador do ISSQN, que deve incidir, necessariamente, sobre uma obrigação de fazer.

Veja-se, ainda, lição do referido jurista, na obra acima citada:

“A cessão de direito sobre bem imaterial, seja qual for o seu objeto específico, não implica prestação-fim de fazer. Trata-se de uma relação contratual cuja prestação independe de esforço humano e, pois, não aperfeiçoa o comportamento necessário à configuração do critério material da hipótese de incidência do ISS. É prestação-fim de dar, no contexto da classificação antes exposta, consistente em transferir a propriedade ou os direitos de uso e gozo de bem imaterial a terceiro. O ISS não incide sobre o contrato em si, como já afirmado, mas em virtude da prestação que corresponda a um fazer, nele fundada. Por essa razão, absolutamente inconstitucional a Lei Complementar nº 116/03, ao elencar como serviços tributáveis, por exemplo, em seu item 3.02, a ‘Cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda.’ (pag. 352)

Ademais, não existe previsão na Constituição da



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425

República, atribuindo aos Municípios competência para a tributação em discussão, de modo que somente à União, nos termos do artigo 154, inciso I da Magna Carta, caberia a instituição de tributo federal sobre cessão de bens imateriais.

Sendo assim, a cobrança de ISSQN sobre as verbas recebidas pela autora a título de remuneração pela cessão dos direitos de exploração comercial de uso da imagem, voz e apelidos dos atletas, bem como sobre aquelas decorrentes da cessão dos direitos econômicos de atleta profissional de futebol, que não derivam de obrigação de fazer, própria da prestação de serviços, viola, assim, os termos do artigo 110 do Código Tributário Nacional. Nenhuma lei pode pretender determinar como serviço o que não é. Desse modo, o ISS somente incidirá sobre receita auferida com prestação de serviço. E esta não se configura nos contratos de cessão de direitos supra mencionados.

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** o pedido formulado pela autora para: a) declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e o réu, em relação à cobrança de ISSQN incidente sobre as parcelas remuneratórias da cessão do direito, específicas mencionadas na inicial, de uso de imagem e demais atributos da personalidade de atletas de futebol profissional, decorrentes do contrato firmado com entidade de prática desportiva de futebol profissional, vez que não se trata de uma prestação de serviços; b) determinar a restituição do valor pago indevidamente a título de ISSQN em questão, porquanto inconstitucionais, devidamente corrigidos desde a data do pagamento indevido.

Com relação aos juros e correção monetária aplicar-se-á os Temas 905 do STJ e 810 do STF, determinando-se a aplicação da modulação dos efeitos após julgamento dos embargos do RE nº 870/947/SE.

Sem custas ou honorários nesta fase, ao teor do artigo 55 da Lei 9.099/95

P.R.I.

Araraquara, 22 de novembro de 2018.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE ARARAQUARA
FORO DE ARARAQUARA
1º VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA DOS LIBANESES, 1998, Araraquara - SP - CEP 14801-425