



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

Agravo Interno no Recurso Extraordinário Cível nº 0132050-75.2006.8.19.0001

Agravante: Município do Rio de Janeiro

Agravado: Tim Celular S.A.

Relatora: Desembargadora Maria Augusta Vaz Monteiro de Figueiredo

Mandado de segurança – Tributário – Impetração que se volta contra a incidência de ISS sobre serviço proveniente do exterior do país ou cuja prestação lá se tenha iniciado – Sentença denegatória da ordem mantida pelo acórdão – Recurso Extraordinário – Sobrestamento – Agravo Interno interposto na forma dos artigos 1.021 e 1.030, §2º do CPC – **Correta aplicação do Tema nº 590 do STF** (“*Incidência de ISS sobre contratos de licenciamento ou de cessão de programas de computador (software) desenvolvidos para clientes de forma personalizada.*”), ainda pendente de julgamento – Tema a abordar, inclusive, a incidência do ISS sobre serviço proveniente do exterior do país ou cuja prestação lá se tenha iniciado (**RE nº 688.223/PR**) – Expressa manifestação do Supremo Tribunal Federal nesse sentido nestes autos (**fls. 391**) – Manutenção da decisão agravada – Recurso conhecido e não provido.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de agravo interno no recurso extraordinário nº 0132050-75.2006.8.19.0001, sendo o agravante MUNICÍPIO DO RIO DE JANEIRO e o agravado TIM CELULAR S.A.

ACORDAM os Desembargadores do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro, por maioria de votos, em conhecer o recurso, vencido o Desembargador Nagib Slaibi Filho, que votou pelo não conhecimento; no mérito, também por maioria, negou-se provimento ao recurso, vencido novamente o Desembargador Nagib Slaibi Filho.

Av. Erasmo Braga, 115 –11º andar – Lâmina II
Centro – Rio de Janeiro/RJ – CEP 20020-903
Tel.: + 55 21 3133-4103 e-mail: 3vpgabinete@tjrj.jus.br





Trata-se de **agravo interno interposto em face de decisão que sobrestou recurso extraordinário** ao fundamento de que o assunto nele em debate versa matéria com repercussão geral reconhecida, representada no **Tema nº 590 do STF**, pendente de julgamento definitivo (**fls. 425 e 437/438**).

Inconformado, o agravante pretende a reforma da decisão ao argumento de que a questão discutida no recurso extraordinário difere daquela objeto do tema aplicado. Daí, requer seja conhecido e provido o presente agravo interno, permitindo-se o regular processamento do recurso extremo interposto (**fls. 440/443**).

O recurso foi contra-arrazoado às **fls. 458/461**.

É O RELATÓRIO. PASSO A DECIDIR.

O recurso deve ser conhecido e não provido.

Como ressaltado em sede de embargos de declaração (**fls. 437/438**), embora o enunciado do **Tema nº 590 do STF** (“*Incidência de ISS sobre contratos de licenciamento ou de cessão de programas de computador (software) desenvolvidos para clientes de forma personalizada.*”) mencione apenas a questão atinente à incidência de ISS sobre contratos de licenciamento ou de cessão de programas de computador desenvolvidos ao cliente de forma personalizada, acabou por dizer menos do que aquilo que está em discussão no paradigma (**RE nº 688.223-RG/PR**).

A leitura do voto do Ministro Relator proferido naqueles autos quando do reconhecimento da repercussão geral do tema permite extrair que, para além da referida discussão, ali também será abordada a incidência do ISS sobre serviço proveniente do exterior do país ou cuja prestação lá se tenha iniciado (art. 1º, §1º, da LC nº 116/2003), discussão travada nestes autos. Segundo dele constou:

“Trata-se de recurso extraordinário interposto com fundamento no artigo 102, III, a e c, da Constituição Federal, em face de acórdão prolatado pela Segunda Câmara Cível do Tribunal de Justiça do Estado do Paraná, assim ementado (fls. 231/234):

‘APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA ISS CONTRATO DE LICENCIAMENTO OU CESSÃO DE DIREITO DE USO DE SOFTWARE PREVISÃO NO TIEM 1.05 DA LISTA DE SERVIÇOS DA LC 116/2003 INCIDÊNCIA DO TRIBUTO CONTRATO REALIZADO EM CARÁTER PESSOAL E DE FORMA PERSONALIZADA ENTENDIMENTO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE QUE, NESES CASOS, DEVE INCIDIR O ISS AELGAÇÃO DE IMUNIDADE TRIBUTÁRIA ARTIGO 155, § 3º DA CONSTITUIÇÃO FEDERAL INAPLICABILIDADE SERVIÇO PRESTADO POR TERCEIRO QUE NÃO CARACTERIZA





ATIVIDADE-MEIO DO SERVIÇO DE COMUNICAÇÃO INCIDÊNCIA DO ISS AINDA QUE SEJA SERVIÇO PROVENIENTE DO EXTERIOR OU CUJA PRESTAÇÃO TENHA SE INICIADO NO EXTERIOR DO PAÍS PREVISÃO NO ART. 1º, § 1º DA LC 116/2003 SENTENÇA MANTIDA APELO DESPROVIDO.

1. É entendimento pacífico do Superior Tribunal de Justiça que o fornecimento de programas de computador (software) desenvolvidos para clientes de forma personalizada se constitui prestação de serviços sujeitando-se, portanto, à incidência do ISS. 2. Precedentes do STJ (...) (STJ Resp 814.075/MG Rel. Min. Luiz Fux Primeira Turma DJe de 02.04.2008).

2. Impossível estender-se ao licenciamento ou cessão de uso do software a imunidade do artigo 155, § 3º, da Constituição Federal, tendo em vista a prestação por empresa autônoma que possui como atividade fim exatamente este serviço. Não se trata de atividade meio do serviço de telecomunicações, principalmente tendo em conta que a relação tributária se dá entre o prestador de serviço e o Município, sendo a apelada mera responsável tributária.

3. Não se trata o presente de importação de serviço, uma vez que não é o fato de ser proveniente do exterior que faz gerar a tributação; não é que o ISS seja devido porque o serviço entrou no país, especialmente quando se tem em vista que o seu resultado é inteiramente produzido no Brasil.

4. A operação em questão está prevista no item 1.05 da lista de serviços tributáveis, além de enquadrar-se na hipótese do artigo 1º, § 1º, da LC 116/2003, que estabelece que o imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

5. Apelo desprovido.”

Aliás, o **entendimento** acima é **ratificado pelo Supremo Tribunal Federal nestes próprios autos**, pois, originalmente, o recurso extraordinário fora admitido (fls. 375/376), porém, ao chegar àquela Corte, recebeu determinação expressa de retorno a este Tribunal de Justiça para seu sobrestamento até conclusão do julgamento do mérito do **Tema nº 590 (fls. 391)**. Portanto, entender de forma diversa é ir em sentido contrário àquela determinação.

A **Corte Especial do Superior Tribunal de Justiça**, interpretando o artigo 1.021, § 4º, do CPC/2015, considera **manifestamente improcedente** o agravo interno quando interposto contra decisão fundamentada em precedente julgado sob o regime da repercussão geral, sob o rito dos recursos repetitivos ou quando há jurisprudência pacificada acerca do tema:

“EMBARGOS DE DECLARAÇÃO NO AGRAVO INTERNO NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. AGRAVO INTERNO JULGADO IMPROCEDENTE POR UNANIMIDADE. MULTA DO ART. 1.021, § 4º, DO CPC. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. MAJORAÇÃO. TRABALHO ADICIONAL REALIZADO EM GRAU RECURSAL. CABIMENTO. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO ACOLHIDOS. 1. “Considera-se manifestamente improcedente e enseja a aplicação da multa



Poder Judiciário do Estado do Rio de Janeiro
Órgão Especial

prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015 nos casos em que o Agravo Interno foi interposto contra decisão fundamentada em precedente julgado sob o regime da Repercussão Geral, sob o rito dos Recursos Repetitivos ou quando há jurisprudência pacificada acerca do tema (Súmulas ns. 83 e 568/STJ)" (Aglnt no REsp 1.621.441/SC, Rel. Ministra REGINA HELENA COSTA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/8/2017, DJe 30/8/2017), hipótese dos autos. (...)"(EDcl no AgInt no RE nos EDcl no AgInt no AREsp 686.286/SC, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, CORTE ESPECIAL, julgado em 18/10/2017, DJe 27/10/2017).

Via de consequência, tem-se, **como regra**, que o não provimento, por unanimidade, de agravo interno contra decisão da Terceira Vice-Presidência que nega seguimento a recurso excepcional com base no artigo 1.030, I, do CPC, enseja a multa do artigo 1.021, § 4º, do CPC.

Caso o agravante faça o **cotejo analítico** entre o caso concreto e o julgado paradigma a demonstrar, de forma minimamente inteligível e coerente, a **distinção ou superação da tese** ("distinguishing" ou "overruling"), admite-se, **excepcionalmente**, a **inaplicabilidade da referida multa**, na medida em que a parte não pode ser penalizada por se valer, legitimamente, das técnicas que a lei processual disponibiliza para afastamento dos precedentes de caráter obrigatório.

Essa foi a hipótese dos autos, de maneira que se deixa de aplicar a multa prevista no artigo 1.021, § 4º, do CPC. Ademais, eventual aplicação da multa restaria afastada de qualquer forma, eis que o julgamento de mérito não foi unânime.

Por conta de tais fundamentos, o agravo interno deve ser **CONHECIDO e NÃO PROVIDO**, nos exatos termos da fundamentação.

Publique-se.

Rio de Janeiro, 19 de março de 2018.

Desembargadora **MARIA AUGUSTA VAZ MONTEIRO DE FIGUEIREDO**
Terceira Vice-Presidente

