

SÚMULA Nº 135

O ICMS não incide na gravação e distribuição de filmes e videoteipes.

Referência:

— Constituição Federal, arts. 155, I, **b** e 156, IV.

— Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, item 63.

— Decreto-lei nº 406, de 31.12.68, art. 8º, § 1º.

REsp 32.133-9-SP (2ª T 20.09.93 — DJ 11.10.93)

REsp 33.860-1-SP (1ª T 16.03.94 — DJ 16.05.94)

REsp 35.551-6-SP (2ª T 02.03.94 — DJ 11.04.94)

REsp 35.573-7-SP (2ª T 01.06.94 — DJ 20.06.94)

REsp 42.860-2-SP (1ª T 11.04.94 — DJ 16.05.94)

REsp 45.686-0-SP (1ª T 18.04.94 — DJ 16.05.94)

Primeira Seção, em 09.05.95.

DJ 16.05.95, p. 13.549

RECURSO ESPECIAL Nº 32.133-9 — SP
(Registro nº 93.0003410-3)

Relator: *O Sr. Ministro Antônio de Pádua Ribeiro*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Drs. Neide Sousa da Silva e outros*

Recorrida: *América Vídeo Filmes Ltda.*

Advogados: *Drs. Célio Rodrigues Pereira e outros*

EMENTA: Tributário. ICMS. ISS. Gravação e distribuição de filmes e videotapes.

I — Não podem ser tributados pelo ICMS a gravação e distribuição de filmes e videotapes, porquanto estão incluídas no item 63 da lista de serviços tributados pelo ISS, aprovada pela Lei Complementar nº 56, de 15-12-87.

II — Ofensa ao art. 8º do Decreto-lei nº 406, de 1968, não caracterizada.

III — Recurso especial não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas anexas, por unanimida-

de, não conhecer do recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator.

Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins e Américo Luz.

Ausentes, justificadamente, os Srs. Ministros José de Jesus e Hélio Mosimann.

Brasília, 20 de setembro de 1993 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 11-10-93.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, com fundamento no art. 105, III, letra a da Constituição Federal, contra o v. acórdão da Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, que, por maioria, afastou a incidência de ICMS à distribuidora de filmes em fitas de vídeo-cassete.

Alega a recorrente negativa de vigência ao artigo 8º do Decreto-lei nº 406/68 e ao artigo 21 do Convênio ICMS 66/88.

Contra-arrazoado (fls. 277-289), o recurso, cujo processamento foi admitido (fls. 306), subiu a esta Corte, onde me veio distribuído.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO (Relator): Esta é a fundamentação do douto voto-condutor do acórdão recorrido, da lavra do ilustre Desembargador Fernandes Braga (fls. 184-186):

“O tributo, como consta do relatório, foi declarado pela apelada e até objeto de pedido de parcelamento.

E a apelada importa e exporta filmes e fitas videocassetes, que também produz, transformando fita virgem, portanto, em fita gravada, com valor artístico ou não, pagando os direitos autorais, comercializando-a, sendo, também, uma distribuidora desses produtos.

Não faz gravação de encomenda, ainda que com fornecimento de mercadoria, a determinada pessoa.

A apelada tem atividade múltipla, mas sempre com relação a filmes e videocassetes.

Mas, assim como no fornecimento de alimentação e bebidas em bares e restaurantes não há separação do serviço, no caso dos autos, não há separação pretendida pela apelante (gravação e circulação).

Como decidido por esta Câmara, com o voto condutor do Desembargador Paulo Shintate (Apelação nº 169.729-2/8, de São Paulo — fls. 170/171):

“A gravação em fitas, quer própria, quer de terceiros, não

se inclui em atividade de telecomunicação, mas de serviços com ou sem fornecimento de mercadorias.”

“A gravação e distribuição de filmes e videotapes estão incluídos no item 63 da lista de serviços tributados pelo ISS municipal constante da Lei Complementar nº 56, de 15.12.87 pelo que não podem ser tributadas pelo ICMS estadual como bem decidido pela r. sentença.”

“No item 63 da lista de serviços aprovada pela Lei Complementar nº 56, de 15.12.87 inclui entre os serviços sujeitos ao ISS “gravação e distribuição de filmes e videotapes”.”

“A expressão distribuição usada pelo legislador abrange a circulação, pois ao distribuir o distribuidor está promovendo a circulação. Assim, se a distribuição de filmes e videotapes gravados pela autora, ou por terceiro, é tributada pelo ISS, nova tributação pelo ICMS como pretendido pela apelante importará em bitributação.”

Como, também, decidido no Processo nº 586/89, da 5ª Vara da Fazenda Pública, da Capital:

“O Município tem competência para instituir imposto sobre “serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, I, b, definidos em lei complementar” (art. 156-VI da Constituição Federal).

“Cuida-se, pois, de hipótese que não está compreendida no art. 155, I, b, da Constituição Federal, e bem como inexistente lei complementar que coloque a prestação de serviços da autora como da competência dos Estados (ICMS). Daí que, o tributo devido é o ISS.”

“Efetivamente, a prestação de serviço da autora não é simplesmente venda de videocassetes, isto é, não comercializa o produto, mas sim presta serviços inerentes ao conteúdo (artístico ou não) dos videocassetes. O mais importante não é a pura venda do produto, mas sim, que com a venda está embutida a prestação de serviço.”

A atividade ampla da autora é compatível, também, com o item 65 da atual lista de serviços, dado que a aquisição de direitos e a produção visam à cópia e à reprodução de matrizes.

Tem aplicação, assim, o Código Tributário Nacional, como também, a Lei Complementar nº 56/87, recepcionados pelo artigo 34, § 5º, do ADCT da Carta Magna/88.

Desse modo, a atividade da autora não está alcançada pela Lei Estadual nº 6.374/89, e Convênio nº 66/88, razão pela qual a sentença não pode ser reformada.”

Consoante de depreende dos transcritos fundamentos, não há divisar ofensa ao art. 8º do Decreto-lei nº 406,

de 1968. Na mesma linha de entendimento do acórdão recorrido, argumentou o ilustre Desembargador Carlos Ortiz, no voto que proferiu na Apelação Cível nº 177.940-2/4, nestes termos (fls. 239-242):

“No mérito, é patente que o principal, nas fitas de filmes gravadas e distribuídas pela autora, e o filme, a envolver gama de direitos, que se cederam a ela para comercialização no país, ou em região do mesmo.

Quando alguém adquire numa loja a fita de um determinado filme, é, menos a fita ou a gravação **per se** que interessam e, sim, o direito de exibi-lo em aparelho de videocassete, abrangendo toda a complexidade de direitos antes envolvidos, como os de autor, imagens, etc., transferidos pelos titulares à autora, desta para o varejista e deste para o consumidor final, que ganha o de exibição do filme.

Comercializa-se, por assim dizer, o filme e não o instrumento (fita, película, etc.) no qual está contido.

Não se discute que, enquanto não sobrevinha nova lei complementar, a que alude o art. 156, inciso IV, da Constituição da República, serve como tal o Decreto-lei nº 406/68, para o fim de estabelecer o elenco dos serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, inciso I, letra **b**, da mesma Carta Magna, que fi-

cam sujeitos ao ISS municipal e não ao ICMS estadual.

Considerado, como deflui dos dispositivos constitucionais aludidos, o caráter residual do imposto municipal sobre serviços de qualquer natureza e, conseqüentemente, deve ser interpretada restritivamente a listagem de serviços a que se refere o art. 8º do Decreto-lei 834, de 8.9.69, ao qual se dá, corretamente, como diploma instituidor de normas gerais tributárias, a força de lei complementar. Bem por isso, como ensina **Aliomar Baleeiro**, “todo serviço não incluído na lista, se envolver emprego de mercadorias, será englobado no valor destas, para sofrer o I.C.M., e só este” (“Direito Tributário Brasileiro”, Ed. Forense, 3ª ed., 1971, pág. 264).

Não se há de desconsiderar, todavia, a regra do § 1º do art. 8º do Decreto-lei nº 406/68, ao estabelecer que os serviços incluídos na aludida lista ficam sempre sujeitos ao tributo municipal, “ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias”. Nesse sentido é o que o mesmo **Aliomar Baleeiro**, após afirmar a taxatividade da lista, por isso que “tributáveis serão só os serviços nela mencionados”, adverte que cada item da listagem comporta “interpretação ampla e analógica” (obra e página citadas). No mesmo diapasão, **Hely Lopes Meirelles**, que, embora destacando a taxatividade da lista, pondera que, “to-

davia, a lista contém itens que não abrangem todas as atividades pretendidas pelo legislador complementar, que por ser muito grande o seu número, ou por não querer subtrair à competência municipal futuros serviços relacionados com um mesmo campo de atividades, preferiu deixar ao intérprete a tarefa de arrolá-las” (“Direito Municipal Brasileiro”, Ed. Revista dos Tribunais, 3ª ed., 1977, pág. 262).

Até mesmo **Bernardo Ribeiro de Moraes**, que sempre sustentou a exaustividade da lista de serviços sujeitos ao ISS, terminou por concordar com **Aliomar Baleeiro**, no tocante à possibilidade de interpretação ampla e analógica de cada item da mesma (cf. trabalho sob a epígrafe “Imposto Sobre Serviços” in “Curso de Direito Tributário”, Ed. Saraiva, 1982, págs. 371 e seguintes, nº 11, pág. 379).

Não se haveria de aplicar no caso, como leciona **Arthur A. Pereira Gomes**, a interpretação integrativa por analogia, como se lacuna houvesse, porque equivaleria à criação de tributo sem lei, o que é inadmissível, mas de interpretação analógica, “a qual leva a juízos autorizados pela lei e assim completa o alcance do direito existente, sem criar direito novo” (cf. trabalho sob a epígrafe “Aspectos do Imposto Sobre Serviços”, in “Noções de Direito Tributário”, Ed. LTr, págs. 169 e seguintes, nº 27, pág. 183).

Ora, a Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, ao arrolar em nova lista, em consonância com o art. 8º do Decreto-lei nº 406/68, os serviços tributados pelo ISS municipal, inclui no item 63, os de gravação e distribuição de filmes e videotapes, certo que os filmes aludidos sempre o serão, estejam em película ou fita de videocassete.

A expressão “distribuição” nenhuma incompatibilidade tem com a comercialização dos filmes, distribuídos pela autora por meio de fitas gravadas em atividade obviamente lucrativa e, pois, sujeita, exclusivamente, ao tributo municipal.

Diz a Fazenda do Estado nas razões de apelação, em suma, que o produto, levado à comercialização, não é mais, precipuamente, a obra artística, mas a fita gravada. Aí está seu equívoco, pois que o precípuo nesse produto sempre será o filme, não o instrumento no qual foi gravado para reprodução.

Nesse sentido, veja-se julgado da Colenda Décima Oitava Câmara Civil, Relator o Desembargador Barbosa Pereira, na Apelação Cível nº 164.913-2, datado de 10 de dezembro de 1990 (fls. 94/95 v.).”

Assinalo, por último, que a alegação de ofensa a Convênio, celebrado entre Estados, não enseja recurso especial, consoante reiterados precedentes desta Corte.

Isto posto, em conclusão, não conhecimento do recurso.

RECURSO ESPECIAL Nº 33.860-1 — SP

(Registro nº 93.0009588-9)

Relator: *O Sr. Ministro Humberto Gomes de Barros*

Recorrente: *Estado de São Paulo (Fazenda Estadual)*

Recorrida: *América Vídeo Filmes Ltda.*

Advogados: *Drs. Pasqual Totaro e outros, e Célio Rodrigues Pereira e outros*

EMENTA: Tributário — Distribuição — Filmes para videocassete — ICMS — Não incidência.

— A distribuição de filmes e video tapes, por integrar o conjunto de atividades descrito no item 63 da relação anexa ao DL 406/68, está livre da incidência do ICMS (DL 406/68, art. 8º, § 1º).

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha, negar provimento ao recurso. Votaram com o Ministro-Relator os Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

Brasília, 16 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro HUMBERTO GOMES DE BARROS, Relator.

Publicado no DJ de 16-05-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS: O Estado de

S. Paulo opõe recurso especial contra o V. Acórdão de fls. 177.

A Decisão recorrida acertou que o ICMS não incide na distribuição de filmes para videocassete.

No sentir do Recorrente, o Aresto contrariou o art. 8º do Decreto-lei 406/68.

É o Relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): O tema já é conhecido desta Turma.

Reporto-me ao voto-vista que proferi no REsp 36.809-0/SP, nestes termos:

“Acompanho os votos dos eminentes Ministros Garcia Vieira e Demócrito Reinaldo.

A distribuição de filmes integra o conjunto de atividades, descrito no Item 63 da Lista anexa ao Dec.-Lei 406/68, **in verbis**:

“Gravação e distribuição de filmes e videoteipes.”

O E. Ministro Garcia Vieira, reportando-se ao V. Acórdão recorrido, lembrou que o DL 406/68, no § 1º do art. 8º é peremptório, ao dizer que “os serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao imposto previsto neste artigo, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.”

Nego provimento ao recurso.”

Neste processo, o V. Acórdão recorrido observou, com muita propriedade (fls. 178):

“Como consta no v. acórdão proferido na Apelação nº 177.940-2/4, relator o eminente Desembargador Carlos Ortiz, cuja cópia está a fls. 132/136, é patente que o principal, nas fitas de filmes gravadas e distribuídas pela autora, é o filme, a envolver gama de direitos, que se cederam a ela para comercialização no país, ou em região do mesmo e, por isso, quando alguém adquire numa loja a fita de um determinado filme, é, menos a fita ou a gravação **per se** que interessam e, sim, o direito de exibi-lo em aparelho de videocassete, abrangendo toda a complexidade de direitos antes envolvidos, como os de autor, imagem etc., transferidos

pelos titulares à autora, desta para o varejista e deste para o consumidor final, que ganha o de exibição do filme. Comercializa-se, por assim dizer, o filme e não o instrumento (fita, película etc.) no qual está contido (**passim**)”.

Nego provimento ao Recurso.

VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Sr. Presidente, examinando o referido voto, anotei que não estive presente na sessão em que se deu aquele julgamento. Nesta assentada, filio-me, pedindo vênias aos Srs. Ministros, à exposição feita pelo eminente Advogado, porque me parece muito nítida a verificação de duas atividades: uma, que diz respeito à distribuição — é uma operação autônoma —, e outra, a de venda.

Foi lembrado da tribuna, como exemplo, de que a distribuição de filmes para os cinemas é o caso típico da usufruição exclusiva dos resultados econômicos da própria distribuição. Ora, as locadoras de vídeo exercem a mesma atividade típica de distribuir. Entretanto, quando há a venda autônoma de uma fita de vídeo, obvia-se que não há distribuição, porque o adquirente não está locando, mas adquirindo, ou seja, incorporando-a ao patrimônio pessoal do adquirente. Portanto, há uma aquisição na saída daquela fita da locadora de vídeo para o adquirente, constituindo fato gerador diverso da locação.

O caso para mim, pela natureza das operações, não apresenta nenhuma dificuldade, bem distinguindo duas operações: a distribuição e a aquisição. Desse modo, nesta assentada, divirjo dos demais, comungando com as razões aduzidas pela parte recorrente.

ADITAMENTO AO VOTO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Complementando meu voto, em homenagem às bem colocadas razões feitas pelo eminente Ministro Gomes de Barros, lembro que é preciso não se distanciar das origens do negócio mercantil, porque as distribuidoras de vídeo são similares às distribuidoras de filmes cinematográficos. A operação inicial que ocorreu no sistema de distribuição do videocassete, do videoteipe, foi assemelhada ao negócio jurídico das distribuidoras cinematográficas.

Na distribuição, o produtor assegura e não cede o domínio da fita, continuando a imagem e a fita úteis para sucessivas locações. Na venda, embora mantido o direito autoral, o adquirente torna-se proprietário. Há, portanto, no que se refere à segunda hipótese, uma típica compra e venda. Talvez possa ser infeliz na comparação, mas na venda do aparelho "Lep Top", o direito autoral do inventor e o do fabricante continuam resguardados, mas realiza-se a venda para permanente utilização.

Parece-me muito clara a compra e venda, vale dizer, o fato gerador.

Há uma saída autônoma da mercadoria. É o caso do disco, que não é locado, mas vendido, tornando-se propriedade de quem o compra: há uma compra e venda. Seria diferente se uma fita cassete ou o disco fossem distribuídos, como ocorre com a locação das fitas, CD's, existindo casas locadoras. Não são vendidas. São alugadas para serem ouvidas, com a obrigação de serem restituídas, para que possam ser locadas sucessivamente, diferentemente das casas de discos ou mesmo de fitas, em que são vendidas.

A raciocinar-me que não se realiza a compra e venda, não seria possível a cobrança do ICMS de uma casa que venda discos ou fitas gravadas.

Faço essas referências no veio teórico dos princípios doutrinários quanto ao fato gerador, para confirmar a minha conclusão.

ESCLARECIMENTOS

O SR. MINISTRO HUMBERTO GOMES DE BARROS (Relator): Sr. Ministro Milton Luiz Pereira, V. Exa. me permitiria uma observação? Também meditei um tanto a propósito desta preocupação de V. Exa., a respeito da diferença entre vender e distribuir, mas parece-me que a venda é simplesmente um modo de distribuir, porque distribuir é tirar várias coisas que estão acumuladas em determinado conjunto e transferi-las para vários outros conjuntos, usando a linguagem da matemática mo-

derna: transferir de um só lugar para vários outros.

A distribuição pode ser feita através de doação, de venda, etc. Parece-me que a locação é que talvez não traduza exatamente distribuição. É que no aluguel ocorre uma distribuição provisória com posterior retorno

ao conjunto originário. Na venda existe a distribuição efetiva: as diversas unidades que estavam juntas, são espalhadas, distribuídas entre diversos outros conjuntos.

Esta minha preocupação terminou com esta conclusão que agora transfiro a V. Exa.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.551-6 — SP
(Registro nº 93.0015237-8)

Relator: *O Sr. Ministro José de Jesus Filho*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *Produtora Brasileira de Vídeo Ltda. — PBV*

Advogados: *Drs. Célia Mariza de Oliveira e outros, e Célio Rodrigues Pereira e outros*

EMENTA: *Tributário. ICMS. ISS. Gravação e distribuição de filmes e videoteipes.*

I — Conforme já decidiu esta colenda Turma, a gravação e distribuição de filmes para cinemas e videocassetes, estão incluídas no item 63 da Lista de Serviços tributados pelo ISS, consoante a Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, por isso que fica vedada a tributação Estadual pelo ICMS. Precedente.

II — Recurso não conhecido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos, em que são partes as acima indicadas:

Decide a Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, não conhecer do recurso e determinar a remessa dos autos ao Excelso Pretório, na forma do rela-

tório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Hélio Mosimann, Peçanha Martins, Américo Luz e Antônio de Pádua Ribeiro.

Brasília, 02 de março de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro JOSÉ DE JESUS FILHO, Relator.

Publicado no DJ de 11-04-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, com arrimo no art. 105, III, alínea a, do permissivo constitucional, contra o v. acórdão proferido pela Décima Sexta Câmara Civil do Tribunal de Justiça daquele Estado, que afastou a incidência de ICMS na distribuição de filmes e vídeos, reconhecendo que tal atividade está sujeita ao tributo municipal (ISS).

Sustenta a recorrente, em síntese, negativa de vigência ao art. 8º, do Decreto-lei nº 406/68 e art. 21 do Convênio ICM 66/88, editado com força de lei complementar.

Às fls. 178/186, recurso extraordinário.

Admitidos ambos os recursos, subiram os autos a esta egrégia Corte, onde dispensei a manifestação da douta Subprocuradoria Geral da República.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO JOSÉ DE JESUS FILHO (Relator): Tenho que a pretensão da recorrente não merece guarida, posto que a matéria já é co-

nhecida desta colenda Turma que, ao apreciar, recentemente, o Recurso Especial nº 32.133-9/SP, relator o eminente Ministro Pádua Ribeiro, votação unânime, entendeu-se que a gravação e distribuição de filmes para cinemas e videocassetes estão incluídas no item 63 da Lista de Serviços tributados pelo ISS, consoante a Lei Complementar nº 56, de 15.12.87, por isso que fica vedada a tributação Estadual pelo ICMS.

É o que se vê de sua ementa, **verbis**:

“Tributário. ICMS. ISS. Gravação e distribuição de filmes e videoteipes.

I — Não podem ser tributados pelo ICMS a gravação e distribuição de filmes e videoteipes, porquanto estão incluídas no item 63 da lista de serviços tributados pelo ISS, aprovada pela Lei Complementar nº 56, de 15.12.87.

II — Ofensa ao art. 8º do Decreto-lei nº 406, de 1968, não caracterizada.

III — Recurso especial não conhecido.”

Isto posto, por compartilhar da mesma linha de entendimento e não vislumbrar qualquer ofensa ao art. 8º, do Decreto-lei nº 406/68, não conheço do recurso no âmbito desta Corte.

É o meu voto.

VOTO — VISTA

O SR. MINISTRO PEÇANHA MARTINS: Trata-se de recurso especial

oposto ao acórdão que proclamou a incidência do ISS sobre a produção e distribuição de fitas para videocassete. Pedi vista dos autos para examinar a argumentação desenvolvida pela Fazenda Estadual em prol da incidência do ICMS. Sustenta que o v. acórdão negou vigência ao art. 8º do Decreto-lei nº 406 e ao art. 21 do Convênio ICM 66/88, editado com força de Lei Complementar. Argumenta que na área da filmografia e cinematografia a Autora desenvolve quatro operações básicas: gravação, distribuição, locação e comercialização de filmes e “videoteipes”. Chamou-me a atenção a última das atividades — comercialização — desenvolvida sob grande publicidade. As três primeiras operações, não contesta a Fazenda, têm a natureza jurídica de prestação de serviços. A última, a venda dos filmes e “videoteipes” constituiria “atividade comercial autônoma”, que não estaria descri-

ta nos itens 63 e 79 da Lista de Serviços instituída pela Lei Complementar nº 56/87, e, por isso mesmo, configuraria hipótese de incidência tributária prevista no Convênio 66/88, a que confere força de lei complementar, e na Lei Estadual nº 6.374/89.

Penso que não assiste razão ao Estado. É que no vocábulo *distribuição* (s.f. ação de distribuir, repartição Caldas Aulete) se insere circulação da mercadoria com ou sem transferência da propriedade. Assim ocorre, por exemplo, no comércio de livros, como bem acentuou o acórdão. Demais disso é indubitável que a atividade comercial da Autora não é a venda da fita virgem, mas do filme, da obra de arte nela gravada, como bem definiu o Des. Carlos Ortiz, relatando a Apelação Cível nº 177.940-2/4, cujo voto é parcialmente transcrito no acórdão recorrido.

Por tais razões, acompanho o voto do Eminentíssimo Relator.

RECURSO ESPECIAL Nº 35.573-7 — SP

(Registro nº 93.0015306-4)

Relator: *O Sr. Ministro Hélio Mosimann*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Advogados: *Célia Mariza de Oliveira e outros*

Recorrida: *Distribuidora Internacional de Vídeo Ltda. — DIV*

Advogados: *Célio Rodrigues Pereira e outros*

EMENTA: Tributário. Gravação e distribuição de filmes e videoteipes. Incidência do ISS e não do ICMS.

Estando a atividade ligada à gravação e distribuição de filmes e videoteipes incluída na competência dos municípios, não pode sofrer incidência do ICMS.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por unanimidade, não conhecer do recurso. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Peçanha Martins, Américo Luz, Antônio de Pádua Ribeiro e José de Jesus.

Brasília, 01 de junho de 1994 (data do julgamento).

Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, Presidente. Ministro HÉLIO MOSIMANN, Relator.

Publicado no DJ de 20-06-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN: Trata-se de recurso especial interposto pela Fazenda do Estado de São Paulo, fundado no artigo 105, inciso III, alínea a, da Constituição Federal, contra acórdão da Segunda Câmara Civil do Tribunal de Justiça do Estado que reconheceu a não incidência do ICMS na distribuição de filmes e vídeos, por estar dita atividade sujeita ao tributo municipal (ISS).

Alega a recorrente contrariedade ao disposto no artigo 8º, § 1º, do Decreto-lei nº 406/68.

A douta Subprocuradoria Geral da República, às fls. 426/428, manifestou-se pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO HÉLIO MOSIMANN (Relator): Senhor Presidente, a empresa ora recorrida dedica-se à distribuição de filmes para videocassete, importando, produzindo e comercializando obras cinematográficas.

A Lei Paulista nº 6.374, de 1º de março de 1989, instituidora do ICMS no Estado, dispõe ocorrer o fato gerador do imposto no fornecimento de mercadorias com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios.

A atividade em questão está inserida na competência originária dos municípios porque incluída na lista de que trata o Decreto-lei nº 406/68, com a redação que lhe deu a Lei Complementar nº 56, de 15 de dezembro de 1987, constando do Item 63 os serviços de “gravação e distribuição de filmes e videotapes”.

Daí o acerto da decisão recorrida, em sua inteireza, ao dar por incidente, na espécie, apenas o ISS.

Veja-se, a propósito, a ementa do acórdão no REsp nº 32.133-9-SP, Relator o eminente Ministro Antônio de Pádua Ribeiro:

“Tributário. ICMS. ISS. Gravação e distribuição de filmes e videotapes.

I — Não podem ser tributados pelo ICMS a gravação e distribuição de filmes e videotapes, porquanto estão incluídas no item 63 da lista de serviços tributados pe-

lo ISS, aprovada pela Lei Complementar nº 56, de 15.12.87.

II — Ofensa ao art. 8º do Decreto-lei nº 406, de 1968, não caracterizada.

III — Recurso especial não conhecido.”

No mesmo sentido REsps nºs 36.809-0-SP, 39.816-9-SP e 40.121-6-SP, todos da relatoria do eminente Ministro Garcia Vieira.

Face ao exposto, não conheço do recurso.

É como voto.

RECURSO ESPECIAL Nº 42.860-2 — SP

(Registro nº 94.0001498-8)

Relator: *O Sr. Ministro Demócrito Reinaldo*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrido: *Vídeo Cast Produções Ltda.*

Advogados: *Valéria Bertazoni e outros, e Célio Rodrigues Pereira e outros*

EMENTA: *Tributário. ISS. Distribuição de filmes e videotapes. Afastada incidência do ICMS.*

A distribuição de filmes e “videotapes” é hipótese de incidência do ISS, por achar-se expressamente prevista na lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 406/68.

O item 63 da referida lista trata da distribuição como gênero, tornando defeso ao Poder Tributante identificar, em suas espécies, fatos geradores subsumidos a distintas hipóteses de incidência.

O vocábulo “distribuição”, para fins de tributação pelo ISS, abrange inclusive a venda de fitas às chamadas “videolocadoras”, afastada, in casu, a incidência do ICMS.

Recurso improvido, por maioria.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados os autos, em que são partes as acima indicadas, decide a Primeira Turma do Superior

Tribunal de Justiça, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator, na for-

ma do relatório e notas taquigráficas constantes dos autos, que ficam fazendo parte integrante do presente julgado. Participaram do julgamento os Srs. Ministros Humberto Gomes de Barros, Milton Luiz Pereira, Cesar Asfor Rocha e Garcia Vieira.

Brasília, 11 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente e Relator.

Publicado no DJ de 16-05-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO: Trata-se de recurso especial interposto pelo Estado de São Paulo, com arrimo na letra **a** do admissivo constitucional, contra v. acórdão da Décima Terceira Câmara Civil do Tribunal de Justiça Paulista, no sentido de afastar do campo de incidência do ICMS os serviços de distribuição de filmes gravados em fitas de videocassete.

Em suas razões, o Estado recorrente aponta violação ao artigo 8º do Decreto-lei nº 406/68, fundado em que a atividade exercida pela recorrida caracteriza-se como de “comercialização” de mercadoria, não se incluindo no conceito de “distribuição” estatuído no item 63 da Lei Complementar nº 36, de 15.12.87.

Ofertadas as contra-razões (folhas 308/311), subiram os autos a esta superior instância, vindo-me conclusos.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO DEMÓCRITO REINALDO (Relator): O **thema decidendum** reside precipuamente na busca da correta delimitação do termo “distribuição”, contido no item 63 da lista de serviços instituído pela Lei Complementar nº 56/87, que torna tributáveis pelo ISS os serviços de “gravação e distribuição de filmes e videoteipes”.

Entende o recorrente que a atividade desempenhada pela recorrida, consistente na venda de fitas de videocassete e empresas especializadas em sua locação a consumidores desejosos de obter sua simples reprodução em aparelho doméstico (videolocadoras), configura operação eminentemente mercantil, traduzida na alienação de bem material.

Segundo lhe parece, não se pode conferir ao vocábulo “distribuição” amplitude tal a ponto de englobar negócios jurídicos cujo elemento central consista na venda de mercadoria.

Preambularmente, julgo oportuno rememorar alguns aspectos normativo-conceituais relativos ao ISS, com força para esmaltar a controvérsia e concorrer sobremaneira para seu adequado deslinde.

É cediço que tanto o ISS como o ICMS quadram-se como tributos destinados a onerar a circulação, aqui concebida como marcha de bens e serviços em direção ao consumo. Noutras palavras: ambas as imposições tributárias têm por suporte fático idêntico fenômeno econômico, a

saber, a circulação (**vide**, a propósito, **Bernardo Ribeiro de Moraes**, in *Doutrina e Prática do ISS*, 1ª ed., 3ª tiragem, 1984, págs. 74 e ss.).

Ao legislador coube a tarefa de diferenciar e delimitar a hipótese de incidência destes tributos, tendo por ponto de partida a preponderância do elemento imaterial (serviço) ou material (mercadoria) dos bens “**in comércio**” gravando a circulação onde impere o primeiro com o ISS e o segundo com o ICMS.

Em determinadas situações, onde a prestação de serviço inclui fornecimento de mercadoria, incidirá apenas a exação municipal, desde que o fato imponível figure na lista instituída pela norma de regência (artigo 8º, § 1º do D.L. 406/68).

Igualmente, caso o fornecimento de mercadorias abranja prestação de serviços especificados na citada lista, fica a operação sujeita, com reserva, ao ISS, conforme dessume-se, a **contrario sensu**, da leitura do indigitado artigo 8º, § 2º do D.L. 406/68).

Desta maneira, solucionou o legislador os casos em que a operação possui caráter misto, envolvendo prestação de serviços e fornecimento de mercadoria, definindo a subsunção do ato de mercancia segundo a supremacia do fator imaterial ou material nele incrustado.

Isto posto, há de se considerar, nesse passo a taxatividade da lista de serviços, cuja conseqüência primeira é afastar do campo de incidência do ISS qualquer serviço que não se ache ali consignado.

Nesse ponto, adentro o **meritum causae**, analisando o significado do vocábulo “distribuição” e seu contexto de inserção, no desiderato de precisar seus exatos alcance e sentido.

Na oportunidade, reporto-me às bem lançadas razões do voto-condutor do aresto recorrido, da lavra do ilustre Desembargador Érix Ferreira, do seguinte teor:

“Não pode prevalecer, entretanto, o conceito restrito sustentado pela Fazenda. O contrato de “distribuição” de filmes e “videoteipes”, na acepção de mera “locação” do direito de exibição da obra, sem perda para o produtor dos seus direitos sobre ela, pode ocorrer, como de fato tem ocorrido nas práticas observadas. Estas, entretanto, não se esgotam nessa única modalidade de “distribuição”, não sendo raros os negócios em que parece às partes mais conveniente “vender” a obra ao seu consumidor e não simplesmente exibi-la. Essa alternativa viabilizou-se a partir do surgimento dos videocassetes com os correspondentes equipamentos domésticos destinados à sua reprodução. Se, quanto aos filmes, a “locação” da obra por prazo determinado representava a opção mais interessante em vista de sua reprodução restrita às salas dos cinemas públicos, no tocante aos videocassetes a realidade prática tornou-se muito diferente. Ao lado da venda das fitas gravadas diretamente ao consumidor final, em

lojas especializadas e até em magazines e supermercados, proliferaram-se as “videolocadoras”, empresas dedicadas exclusivamente ao aluguel dessas fitas aos interessados na sua reprodução doméstica. E essas empresas, por sua vez, têm suas fitas adquiridas dos produtores, normalmente por intermédio de empresas “distribuidoras”, tais como a autora.

Percebe-se, pois, que a “distribuição” de videocassetes assemelha-se bastante à prática equivalente costumeiramente adotada para a “distribuição” de livros e revistas. E não se pode negar aos contratos que se fazem entre produtor e “distribuidor” visando, tanto uma como a outra operação, o qualificativo “de distribuição” apenas porque neles haveria uma transmissão do direito de uso da obra, corporificada pela venda e compra do seu meio de gravação, a fita ou o livro.

O paralelo com o livro presta-se, ainda, a evidenciar que, tanto para a obra gravada em fita como para a impressa no livro, preservam-se os direitos autorais, vedada ao “adquirente” sua reprodução ou exploração comercial. E, como o livro nas bibliotecas, permite-se às “videolocadoras” seu aluguel a terceiros.

Se consultada a doutrina, verificar-se-á não ser estranho como objeto dos contratos de distribuição em geral a venda de mercadorias. Ao contrário, esse é o objeti-

vo normal de tais contratos. A “distribuição” de filmes é que, diante de suas peculiaridades, costumava exibir características especiais, como se viu.

Discorrendo sobre o contrato de concessão comercial, como nele compreendido o contrato de distribuição, assim se manifesta **Rubens Requião**:

“Em todos esses conceitos de concessão comercial ou de franquia, vemos que a operação comercial de “distribuição” de produtos e mercadorias se correlaciona estreitamente com o contrato de compra e venda em massa. O objetivo do contrato, qual seja, o seu **nomen juris**, é impor e expandir a comercialização, vale dizer, a venda dos produtos ao consumidor.” E, mais adiante: “O contrato de distribuição, como se sabe, está em via de tipificação legal no Direito brasileiro, sendo objeto de definição no Projeto de Código Civil, dispondo o parágrafo único do art. 708: “Caracteriza-se a distribuição quando o agente tiver a sua disposição coisa a ser negociada.” (folhas 269/270).

A toda evidência, a operação **in comento** (comercialização de obras cinematográficas gravadas em fitas de videocassete) afigura-se passível de sujeitar-se à incidência do ICMS. Contudo, o legislador optou por tipificá-la como fato gerador do ISS, de certo, repito, por considerar a preva-

lência do elemento imaterial (prestação de serviço inclusa na produção e reprodução da obra) sobre o corpóreo (venda da fita na qual acha-se encaixado o trabalho cinematográfico).

O ponto de vista esposado pela Fazenda de São Paulo é incompatível com a sistemática do ISS, pois o que mais importa no exame do fato imponível em tela não é a comercialização do instrumento (fita de videocassete, película, etc.) e sim a prestação de serviço nela embutida. Noutras palavras: o fator primordial a delinear a moldura fática da exação é a supremacia da obra artística (filme) sobre o instrumento à qual a mesma incorporou-se, restando óbvio, pelos fins da atividade comercial examinada, que a aquisição da fita é motivada pelo conteúdo a ela agregado.

Em resumo, a recorrente esforça-se na tentativa de diferenciar a distribuição dos filmes e fitas de videocassete de sua comercialização, apegando-se à natureza de mercadoria desses bens.

Falece-lhe razão, contudo, na medida em que busca distinguir onde a

lei não o faz, separando a distribuição com propósito “locatício” daquela realizada com escopo alienatório.

O item 63 da lista de serviços trata da distribuição como gênero, tornando defeso ao aplicador de norma identificar em suas espécies fatos geradores subsumidos a distintas hipóteses de incidência tributária.

Ante o exposto, conheço do recurso e lhe nego provimento, para que a distribuição de fitas de “videoteipes” realizada pela recorrida sujeitasse exclusivamente à tributação pelo ISS, afastada, assim, a incidência do ICMS sobre a mesma operação.

É como voto.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, **data venia**, fico vencido.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO CESAR ASFOR ROCHA: **Data venia**, fico vencido.

RECURSO ESPECIAL Nº 45.686-0 — SP

(Registro nº 94.0007961-3)

Relator: *O Sr. Ministro Garcia Vieira*

Recorrente: *Fazenda do Estado de São Paulo*

Recorrida: *América Vídeo Filmes Ltda.*

Advogados: *Drs. Geórgia Grimaldi de Souza Bonfá e outros, e Célio Rodrigues Pereira e outros*

EMENTA: ICMS — Distribuição e gravação de filmes e vídeos — Impossibilidade de sua incidência.

A gravação e distribuição de filmes e vídeos estão incluídas no item 63 da lista de serviços tributados pelo ISS constante da Lei Complementar nº 56/87, sendo ilegítima a incidência de ICMS.

Recurso improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Srs. Ministros da Primeira Turma do Superior Tribunal de Justiça, na conformidade dos votos e das notas taquigráficas a seguir, por maioria, vencidos os Srs. Ministros Milton Luiz Pereira e Cesar Asfor Rocha, negar provimento ao recurso. Votaram com o Relator os Srs. Ministros Demócrito Reinaldo e Humberto Gomes de Barros.

Brasília, 18 de abril de 1994 (data do julgamento).

Ministro DEMÓCRITO REINALDO, Presidente. Ministro GARCIA VIEIRA, Relator.

Publicado no DJ de 16-05-94.

RELATÓRIO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA: América Vídeo Filmes Ltda. ajuizou ação ordinária contra a Fazenda do Estado de São Paulo, visando a declaração de ilegalidade da cobrança de ICMS sobre sua atividade de distribuidora de filmes para videocassete, a qual está sujeita somente ao pagamento de ISS.

Julgada procedente a ação (fls. 160/165), foi a r. sentença monocrática confirmada pelo E. Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo, ao argumento de que, se já incide o tributo municipal (ISS), resta expressamente vedada a aplicação concomitante do ICMS (fls. 244/248).

Inconformada, a Fazenda do Estado de São Paulo interpôs o presente recurso especial, com apoio na alínea a do permissivo constitucional, apontando como violado o artigo 8º, § 1º do Decreto-lei nº 406/68, com a redação da Lei Complementar nº 56/87, além do Convênio ICM 66/88, artigo 2º, inciso VIII.

Esclarece a Fazenda que a atividade da recorrida desdobra-se em três fases distintas, quais sejam, a gravação, distribuição e comercialização de fitas de videocassete, sendo que apenas as duas primeiras estão sujeitas ao ISS (art. 63 da lista anexa ao Decreto 406/68).

Prossegue aduzindo que a comercialização de filmes constitui operação de circulação de mercadorias, estando sujeita ao ICMS (fls. 267/272).

Deferido o processamento do especial (fls. 450/451), subiram os autos a este C. Tribunal.

É o relatório.

VOTO

O SR. MINISTRO GARCIA VIEIRA (Relator): Aponta a recorrente vários dispositivos legais como violados, versando sobre questões devidamente prequestionadas.

Conheço do recurso pela letra **a**.

O recurso é admissível, mas não merece provimento.

A autora tem por objetivo a produção, distribuição e comercialização de filmes para videocassetes, cinema e televisão. Sua atividade encaixa-se no item 63 da lista de serviço anexa a Lei Complementar nº 56/87,

“Gravação e distribuição de filmes e videoteipes.”

O imposto a ser cobrado é apenas o ISS, de competência dos Municípios, porque a estes compete instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, inciso I, letra **b** definidos em lei complementar (CF, artigo 156, inciso IV). Ora, no caso não se trata de serviços de transporte interestadual ou intermunicipal.

O ISS tem como fato gerador “a prestação por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo, de serviço constante da lista anexa” (artigo 8º, **caput** do Decreto-lei nº 406/68) e estes serviços incluídos na lista ficam sujeitos apenas ao ISS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias (parágrafo 1º).

Admite a recorrente que a gravação, distribuição e locação de filmes e vídeos estão sujeitas apenas ao

ISS, mas entende estar sujeita ao ICM a comercialização das fitas. No caso, a comercialização não é operação autônoma.

Com inteira razão o venerando aresto hostilizado, ao acentuar que:

“Como, na nova lista que a Lei Complementar nº 56, de 15/12/87, introduziu no Decreto-lei nº 406/68, recepcionado pela nova ordem constitucional, no tocante à matéria em questão, consta, no item 63, como serviços sujeitos à tributação pelo ISS municipal, os de gravação e distribuição de filmes e videoteipes, e considerando que o par. 1º do art. 8º estabelece que os serviços incluídos na referida lista ficam sempre sujeitos ao tributo municipal, ainda que a sua prestação envolva fornecimento de mercadorias, é evidente que sobre ela não pode incidir o ICMS.

Não tem razão a apelante quando pretende desmembrar a gravação dos filmes e das fitas e a sua distribuição da alegada comercialização porque não existe essa distinção na lei, estando todas as operações abrangidas pela expressão “distribuição”.

No v. acórdão publicado na RJTJESP nº 138/151, da Colenda Décima Quinta Câmara, desta Corte, relatado pelo eminente Desembargador Roberto Stucchi, foi consignado com precisão, que, como tem sido lembrado pelas inúmeras sentenças proferidas nas Varas da Fazenda Pública de São Paulo, a distribuição de videocas-

setes assemelha-se à distribuição de livros e revistas: inexistente Lei Complementar autorizando a cobrança de ICMS; e a própria Lei nº 6.374, 1989, dispõe que não cabe o ICMS quando há recolhimento do ISS, ou seja, disciplina a ocorrência do fato gerador do imposto no fornecimento de mercadoria com prestação de serviços não compreendidos na competência tributária dos municípios, ou que, embora nela compreendidos, sujeitam-se, por expressa indicação de lei complementar, à incidência do imposto (art. 2º, inciso IV, **a** e **b**), decisões que têm recebido confirmação deste Tribunal, conforme julgamentos relacionados no v. acórdão e outros cujas cópias estão nos autos (**passim**).

Não houve, assim, ofensa ao art. 8º, do Decreto-lei nº 406/68, aos arts. 155, I, **b** e 156, IV, da Constituição Federal, ao art. 21 do Convênio ICM e ao art. 7º da Lei Estadual nº 6.374/89.” (fls. 246/247)

Neste sentido vem, reiteradamente, decidindo esta C. Corte, bastando citar a decisão proferida no Recurso Especial nº 40.121-6-SP, julgado em 06.12.93.

Nego provimento ao recurso.

VOTO — VENCIDO

O SR. MINISTRO MILTON LUIZ PEREIRA: Senhor Presidente, **data venia**, fico vencido.