



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2021.0000555923**

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1009876-48.2020.8.26.0361, da Comarca de Mogi das Cruzes, em que é apelante MUNICIPIO DE MOGI DAS CRUZES, é apelado REICHHOLD DO BRASIL LTDA.

**ACORDAM**, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores ERBETTA FILHO (Presidente sem voto), RODRIGUES DE AGUIAR E EUTÁLIO PORTO.

São Paulo, 15 de julho de 2021.

**SILVA RUSSO**  
**Relator(a)**  
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Voto nº 34558**

**Apelação nº 1009876-48.2020.8.26.0361**

**Comarca de Mogi das Cruzes**

**Apelante: Prefeitura Municipal de Mogi das Cruzes**

**Apelada: Reichhold do Brasil Ltda. e outro**

Ação Anulatória de Débito Fiscal – ISSQN – Exercício de 2014 – Município de Mogi das Cruzes – Auto de Infração lavrado contra empresa que tomou serviços de outras empresas não localizadas em Mogi das Cruzes e não realizaram cadastro no órgão municipal competente – Lei municipal que impõe à empresa tomadora o dever de recolher o ISSQN devido aos cofres municipais – Tema 1020 do STF – É incompatível com a Constituição Federal lei municipal que prevê a obrigatoriedade de cadastro, em órgão municipal, de prestador de serviço não estabelecido no território do Município – Auto de infração declarado nulo em primeiro grau – Sentença mantida – Apelo desprovido.

Cuida-se de apelação tirada contra a r. sentença de fls. 1543/1547, que julgou procedente o pedido anulação do auto de infração nº 3691/2019 imposto pelo Município de Mogi das Cruzes, buscando a apelante nesta sede, a reforma do julgado, preliminarmente, porque a autora ajuizou esta ação em face da Procuradoria Geral do Município de Mogi das Cruzes, órgão ser personalidade jurídica ou capacidade processual. No mérito, sustenta que o artigo 8º-A da Lei Municipal nº 26/03 instituiu o cadastro das empresas prestadoras de serviços que emitem notas fiscais autorizadas por outros municípios com tomador estabelecido no Município de Mogi das Cruzes é fruto do exercício do poder de fiscalização deferido ao ente tributante, nos termos do artigo 113, §2º



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do CTN. Nesse sentido, defende a validade do auto de infração nº 3691/2019, uma vez que a autora confessa que tomou serviços de prestadores localizados em outro município, não inscritos no CPOM, e que não reteve o ISS, a despeito de saber que a legislação do Município de Mogi das Cruzes determina a retenção na fonte do ISS, por parte do contribuinte, na qualidade de tomador do serviço, nos casos em que o prestador estabelecido fora do Município de Mogi das Cruzes não promover a sua inscrição no citado Cadastro de Prestadores de Outros Municípios – CPOM. Subsidiariamente, requer a redução dos honorários advocatícios fixados em primeiro grau. (fls. 1550/1579)

Recurso tempestivo, isento de preparo, respondido (fls.1584/1600) e remetido a este E. Tribunal.

É o relatório, adotado, no mais, o da respeitável sentença.

Trata-se de ação anulatória de débito fiscal ajuizada por Reichold do Brasil Ltda em face do Município de Mogi das Cruzes sob a alegação de que o Auto de Infração nº 3691/2019, referente a supostos créditos de ISSQN devidos no exercício de 2014, seria nulo porque o Município não pode exigir da autora o recolhimento de ISSQN em razão de não cumprimento de obrigação acessória prevista em lei municipal em evidente confronto com a distribuição da competência tributária realizada pela LC 116/03.

Em primeiro grau, o pedido foi julgado procedente, uma vez que:

*(...) Por isso, de rigor se reconhecer a insubsistência do auto de infração, porquanto o*



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

*Município de Mogi das Cruzes é incompetente para tributar a atividade descrita, não sendo hipótese de aplicação da Lei municipal 26/03, restrita aos serviços prestados/tomados no âmbito de sua circunscrição territorial”. Por fim, a pretensão do Município pela retenção do ISSQN pelo tomador do serviço, diante da falta de inscrição no Cadastro de Empresas não Estabelecidas no Município de Mogi das Cruzes, à época dos serviços, conforme disposto no artigo 8º-A da Lei Municipal nº 26/03, acrescentado pela LC 80/2010 que impôs tal obrigação aos tomadores localizados no município, quando os serviços forem prestados por empresas não cadastradas, não procede, uma vez que na hipótese vertente, as prestadoras de serviço encontram-se fora de sua circunscrição territorial, sendo portanto, inaplicável tal legislação. Não se desconhece que referido cadastro foi instituído pelo Município a fim de evitar a sonegação fiscal e já está pacificada a sua constitucionalidade. Entretanto, a regra municipal não pode suplantiar a regra da competência tributária prevista no artigo 3º da LC 116/03. Em outras palavras, inexistente relação tributária entre as partes, não podendo a apelante exigir o tributo, sob pena de incorrer em bitributação.*

A sentença deve ser mantida.

Inicialmente, é preciso afastar a alegação de inépcia da petição inicial.

Com efeito, ainda que a Procuradoria Geral do Município seja órgão sem personalidade jurídica própria e, ainda,



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

sem capacidade processual, não se pode afirmar que sua inclusão no polo passivo da demanda tenha gerado qualquer prejuízo à municipalidade que, a despeito disso, foi adequadamente citada e apresentou defesa tempestivamente.

Em outros termos, o equívoco cometido pela autora era plenamente sanável, tendo o Município de Mogi das Cruzes exercido o contraditório e ampla defesa plenamente.

Anote-se, por fim, que o atual Código de Processo Civil, muito embora defenda a autonomia do processo em relação ao direito material, deixa clara a relação instrumental que há entre eles. O processo é um meio de realização do direito material e, desse modo, vícios formais sanáveis e que não causam prejuízo a outra parte, não devem gerar a extinção do processo.

Portanto, afasto a preliminar de inépcia.

No mérito, não tem melhor sorte a apelante.

Sustenta a apelante, em síntese, que o auto de infração nº 3691 deve ser considerado válido, pois a empresa autora tinha o dever de recolher o ISSQN das empresas que lhe prestaram serviços, uma vez que estas não observaram a obrigação acessória de manter cadastro de prestadoras de serviços no órgão municipal.

Em outros termos, pode-se dizer que a empresa autora foi autuada por ter tomado serviços de empresas com sede em outro município e que, no entanto, não se inscreveram no cadastro municipal de Mogi das Cruzes como prestadoras de serviços. Pela legislação municipal, a tomadora de serviços, no caso a autora, teria o dever de recolher o ISSQN devido por estes fatos geradores ocorridos em 2014.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

O Município de Mogi das Cruzes previu, por meio de lei municipal, a obrigatoriedade de empresas estabelecidas em outros municípios de realizarem cadastro em seu órgão municipal, com o objetivo de fiscalizar a ocorrência de fatos geradores de ISSQN e, assim, impedir a sonegação fiscal.

Contudo, é preciso, tal como destacado na sentença, observar que este poder de fiscalização do Município não pode alterar ou inovar nas regras de distribuição de competência firmadas pela Constituição Federal e pela LC 116/03.

Nos termos da lei complementar federal, o ISSQN deve ser recolhido, em regra, ao Município onde localizado o estabelecimento prestador (artigo 3º), sendo certo que tal regra será excepcionada nas hipóteses dos incisos I a XXV do mesmo artigo 3º.

No caso em questão, nenhum dos serviços tomados pela autora encontram-se excepcionados pelos incisos do artigo 3º, de modo que deve ser observada a regra geral, isto é, o ISSQN deveria ter sido recolhido no Município em que estabelecido o prestador dos serviços.

Esclareça-se que, os contratos de prestação de serviços apresentados (fls.49/171) dão conta de que os serviços prestados à empresa autora, de fato, não estão relacionados nos incisos I a XXV do artigo 3º da Lei Complementar 116/03, tendo em vista que possuem as seguintes naturezas: (i) Serviços Advocatícios; (ii) Representação Comercial; (iii) Serviços em Comércio Exterior; (iv) Distribuição; (v) Financiamento Bancário; (vi) Manutenção de Extintores de Incêndio; (vii) Serviços de Recrutamento e Seleção; entre outros.

Logo, nota-se que o Município de Mogi das Cruzes está a exigir o recolhimento de ISSQN que não era de sua



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

competência, sob a alegação de que tais estabelecimentos prestadores não cumpriram a obrigação acessória de manterem cadastro no órgão municipal.

Esta distorção da competência tributária estabelecida por lei complementar federal promovida pela legislação municipal não pode ser aceita.

E tanto é assim que recentemente o Supremo Tribunal Federal deu provimento ao Recurso Extraordinário 1167509 com repercussão geral (Tema 1020) para estabelecer o entendimento de que:

*“É incompatível com a Constituição Federal disposição normativa a prever a obrigatoriedade de cadastro, em órgão da administração municipal, de prestador de serviços não estabelecido no território do município e imposição ao tomador da retenção do Imposto Sobre Serviços – ISS quando descumprida a obrigação acessória”.*

O caso decidido pelo STF refere-se à legislação do Município de São Paulo que, tal como a Lei nº 26/03 de Mogi das Cruzes, tornou obrigatória a realização de cadastro, na Secretaria Municipal de Finanças, dos prestadores de serviços situados fora do território da capital paulista e submetidos ao ISS de outra municipalidade. No caso de ausência de cadastramento, o tomador dos serviços ficaria compelido a reter o valor do tributo.

Prevaleceu, no julgamento, o voto do relator do recurso, ministro Marco Aurélio, segundo o qual, a pretexto de afastar evasão fiscal, o município estabeleceu obrigação a





PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

contribuinte submetido a imposição tributária de outra municipalidade. Para o relator, não se pode potencializar a finalidade fiscalizatória do cadastro a ponto permitir a criação de encargos, à margem da Constituição Federal e da legislação nacional sobre a matéria, por quem não integra a relação jurídica tributária. Nesse sentido, a Lei Complementar federal 116/2003 prevê, como regra geral, que o imposto é devido pelo prestador de serviços no local onde está sediado o estabelecimento. Portanto, se não há competência para instituição do tributo, não é possível o fisco municipal criar obrigação acessória.

Além da usurpação da competência legislativa da União, o julgado entendeu que houve ofensa ao artigo 152 da Constituição Federal, pois a medida resultaria em tratamento diferenciado em razão da procedência do serviço.

Desse modo, não há dúvidas de que o auto de infração deveria ser declarado nulo, razão pela qual fica mantida a sentença.

Mantida, ademais, a fixação dos honorários advocatícios por ter sido observada regra expressa do Código de Processo Civil.

Tendo em vista a manutenção do decidido em primeiro grau, determino, ainda, a majoração dos honorários advocatícios para 11% sobre o valor atualizado da causa, em observância ao disposto no artigo 85, §11º do CPC.

Por tais razões, nego provimento ao recurso.

**SILVA RUSSO**  
**RELATOR**