



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

**Registro: 2019.0000616783**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1029560-15.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante RESIDENCIAL ALFREDO PUJOL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPACOES LTDA., é apelado PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente a Dra. Maria Andréia Ferreira dos Santos Santos.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores BEATRIZ BRAGA (Presidente) e ROBERTO MARTINS DE SOUZA.

São Paulo, 1º de agosto de 2019.

**BURZA NETO**

**RELATOR**

Assinatura Eletrônica



**APELAÇÃO.Nº: 1029560-15.2017.8.26.0053.**  
**COMARCA : SÃO PAULO.**  
**APELANTE. : RESIDENCIAL ALFREDO PUJOL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**  
**APELADO. : PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO.**

**JUIZ 1ª INSTÂNCIA:** Cynthia Thomé.

**VOTO Nº: 45.540.**

EMENTA: Tutela de Urgência Antecipada em Caráter Antecedente - ISS - Construção Civil - Exigência de recolhimento de ISS, previsto em Pauta Fiscal e Portaria SF Desenvolvimento Econômico da Prefeitura do Município de São Paulo nº 74/2017 - Imposto que deve ser recolhido com base no preço do serviço - Alteração da base de cálculo pela Resolução SMF 01/08 - Impossibilidade - Afronta ao princípio da legalidade e hierarquia das normas - Sentença reformada, julgada procedente - Recurso provido.

Trata-se de apelação voltada contra a sentença de fls. 1346/1351 de relatório adotado que julgou improcedente a ação movida por **RESIDENCIAL ALFREDO PUJOL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA** contra a **PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO**. Arcará a autora com as custas processuais e honorários advocatícios que fixo no percentual mínimo de 8% sobre o valor da causa, nos termos do artigo 85, § 3º, inciso II do CPC.

Inconformada, apela a vencida preliminarmente alegando a nulidade da r. sentença e, no mérito, sustenta pelo provimento do recurso a fim de reformar a r. sentença de modo a reconhecer a inexistência de relação jurídica que obrigue a apelante ao recolhimento do ISSQN complementar exigido pela apelada com relação à obra Residencial Alfredo Pujol, reconhecendo-se que o § 3º do artigo 14 da Lei nº 13.701/03 e a Portaria SF Desenvolvimento Econômico da Prefeitura do Município de São Paulo nº 74/2017 violam ao disposto no artigo 156, inc. III da Constituição Federal, bem como ao artigo 7º da Lei Complementar nº 116/03 e ao artigo 148 do Código Tributário Nacional.

Recurso recebido, inclusive com as contrarrazões, estando em termos para julgamento.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

É o Relatório.

**Primeiramente, cabe registrar que a sentença foi proferida em 11.03.2019, motivo pelo qual o presente recurso será julgado à luz do NCP/2015.**

O recurso comporta provimento.

**RESIDENCIAL ALFREDO PUJOL EMPREENDIMENTOS E PARTICIPAÇÕES LTDA**, ajuizou ação em face da **PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO** alegando, em síntese, ser a responsável pelo empreendimento denominado "*Residencial Alfredo Pujol*" que se encontra em fase final de construção.

Em virtude desse fato, necessita obter o documento oficial que comprova a regularidade da obra denominado "Habite-se".

Aduz que para a obtenção de referido documento necessita da certidão de quitação de ISS, sem a qual o documento não é emitido. Ocorre que na ocasião em que a certidão é requerida, o Fisco Municipal faz uma averiguação dos valores recolhidos e exige eventuais diferenças a título de ISSQN.

Argumenta que os valores exigidos pela ré são inconstitucionais e ilegais, vez que se basearam em pauta mínima. Aduz que não há diferenças a serem recolhidas a título de ISSQN.

Requeru a procedência da ação para "reconhecer a inexistência de relação jurídica que obrigue a Autora ao recolhimento do ISSQN complementar exigido pela Ré com relação à obra "*Residencial Alfredo Pujol*", reconhecendo-se que o § 3º do artigo 14 da Lei nº 13.701/03 e a Portaria SF Desenvolvimento Econômico da Prefeitura do Município de São Paulo nº 74/2017 violam o disposto no artigo 156, inc. III da Constituição Federal, bem como ao artigo 7º da Lei Complementar nº 116/03 e ao artigo 148 do Código Tributário Nacional; anular o referido débito fiscal de ISSQN complementar, autorizando-se a Autora a efetivar o levantamento da integralidade do depósito judicial do débito de ISS complementar exigido com relação à obra "*Residencial Alfredo Pujol*" e que foi efetivado nos presentes autos.



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Contudo, a r. sentença julgou improcedente a ação, sob o fundamento de que é perfeitamente possível o lançamento do ISSQN com base em critérios previamente estabelecidos pela autoridade competente, desde que o valor arbitrado se mostre em conformidade com o preço praticado no mercado. O Município de São Paulo utiliza na apuração dos valores estudo técnico elaborado pelo Instituto de Pesquisas Tecnológicas IPT, o qual teve como objetivo fixar novos critérios técnicos para efeito de classificação das edificações, bem como os valores unitários de mão-de-obra aplicados à construção civil.

Pois bem.

Veja-se que a Municipalidade **exigiu o pagamento de ISS valendo-se de pauta Fiscal**, previsto na Portaria SF Desenvolvimento Econômico da Prefeitura do Município de São Paulo n° 74/2017.

Cinge a controvérsia na possibilidade de o Município, lançar por arbitramento (*Pauta Fiscal*) valores a mais do que os recolhidos pelo sujeito passivo da relação jurídico tributária por entender que estes valores estão abaixo daqueles que o Município estabeleceu como mínimos.

Os termos da referida Portaria/Resolução violam o art. 7º, da Lei 116/2003, o qual prevê que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, não podendo a Municipalidade sustentar tal critério, mediante resolução, para impor uma base de cálculo fictícia ou presumida.

Diante deste cenário, impende considerar que decretos, portarias e Resoluções são normas jurídicas hierarquicamente inferiores à lei propriamente dita, devendo com esta guardar relação e obediência, realidade esta, conforme se afere, não respeitada pela Municipalidade.

Acresça-se, ainda, que a postura adotada pela Municipalidade fere o disposto no art. 148 do Código Tributário Nacional, na medida em que apenas quando o sujeito passivo da obrigação tributária é omissivo em informar o preço, ou não mereçam fé suas declarações, esclarecimentos ou documentos por ele expedidos, é que o fisco fica legitimado a arbitrar o



**PODER JUDICIÁRIO**  
**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

valor dos serviços, hipótese incorrente nos autos.

Destarte, descabe outra conclusão senão a de que houve inovação na base de cálculo do ISS, não autorizada por lei.

Como já decidiu o C. STJ, por inteligência, no essencial:

**A delimitação das competências tributárias, atribuídas aos Estados e aos Municípios, no que concerne às operações de prestação de serviços, rege-se, hodiernamente, pelo disposto nos artigos 155, II, § 2º, IX, "b", e 156, III, da Constituição Federal de 1988; 2º, IV, da Lei Complementar 87/96; e 1º, § 2º, da Lei Complementar 116/03 (STJ - 1ª Turma - REsp 879.797/MG rel. Min. Luiz Fux j. 4/11/2008).**

Em relação à impossibilidade da cobrança do ISSQN com base em valor determinado por pauta fiscal, assim já decidiu este E. Tribunal:

**"REEXAME NECESSÁRIO E APELAÇÃO - AÇÃO ORDINÁRIA - ISS Construção civil - Lei municipal que cria base de cálculo fictícia ou presumida - Ilegalidade, pois deve ser o preço do serviço, cf. art. 7º da Lei 116/2003 - Precedentes do E. STJ - Sentença mantida - RECURSOS IMPROVIDOS" (TJSP 15ª Câmara de Direito Público Apelação n.º 0163103-14.2008.8.26.0000 rel. Des. Rodrigues de Aguiar j. 12/2/09).**

E, também:

**"MANDADO DE SEGURANÇA ISS Impetrante que se insurge contra a expedição de "habite-se" condicionada ao recolhimento de ISS sobre base de cálculo estimada - Inadmissibilidade Certificado de quitação do ISS que tem natureza tributária, devendo o imposto ser cobrado pelas vias próprias - Desvirtuamento na base de cálculo do tributo - Subsistência da r. sentença de primeiro grau Recurso desprovido.  
(...)**

**...a Municipalidade ré desvirtua completamente a base cálculo do tributo, utilizando-se de verdadeira pauta fiscal, cobrando o ISS com base em uma tabela elaborada pela própria Prefeitura, que arbitra valores por metro quadrado construído.**

**Malgrado fundamente tal postura no art. 29, parágrafo único, do Decreto Municipal n.º 44.540/04, o qual estabelece que o imposto será calculado "na base mínima dos preços fixados em**



PODER JUDICIÁRIO  
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

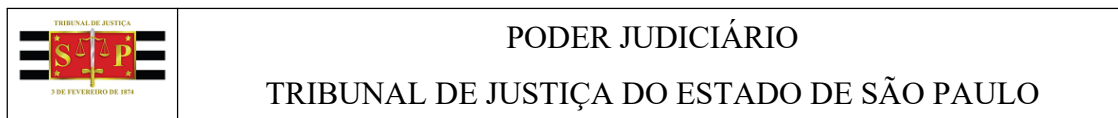
pauta que reflita os correntes na praça", e o ilustre Secretário das Finanças tenha baixado a Portaria SF nº 044/2004, para esse fim, não se pode olvidar que este mesmo Decreto, em seu art. 17, bem como o art. 7º da Lei Complementar nº 116/03 e o art. 53, § 1º, da Lei Municipal nº 6.989/66, estabelecem, extreme de dúvida, que a base de cálculo do imposto em comento é o preço do serviço.

Diante deste cenário, impende considerar que decretos e portarias são normas jurídicas hierarquicamente inferiores à lei propriamente dita, devendo com esta guardar relação e obediência, realidade esta, conforme se afere, não respeitada pela recorrente" (TJSP 12ª Câmara de Direito Público - Apelação nº 0152648-92.2005.8.26.0000 Rel. Des. Wanderley José Federighi j. 14/09/2011).

Portanto, impõe-se a reforma da r. sentença para julgar: ***Procedente a ação, com extinção do feito com julgamento de mérito, nos termos do artigo 487, I, do CPC, os pedidos constantes na ação cautelar e principal, esta última para o fim de declarar a inexigibilidade ilegalidade e inconstitucionalidade do ISSQN cobrado pela requerida com base na pauta fiscal instituída pelo §3º do artigo 14 da Lei nº 13.701/03 e a Portaria SF Desenvolvimento Econômico da Prefeitura do Município de São Paulo nº 74/2017, em razão da violação ao disposto no artigo 156, inc. III da Constituição Federal, bem como ao artigo 7º da Lei Complementar nº 116/03 e ao artigo 148 do Código Tributário Nacional. Sucumbente, arcará a ré com as custas e despesas processuais, além de verba honorária fixada em 10% sobre o proveito econômico obtido com a causa.***

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de pré-questionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006



p.240) .

recurso.                   Ante o exposto, DÁ-SE provimento ao

**LUIZ BURZA NETO**

Relator