



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1056420-53.2017.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum Cível - Anulação de Débito Fiscal**
 Requerente: **TECHINT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S/A**
 Requerido: **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **JOSE GOMES JARDIM NETO**

Vistos.

TECHINIT ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO S/A, devidamente qualificada nos autos, ajuizou a presente **AÇÃO DECLARATÓRIA** em face do **MUNICÍPIO DE SÃO PAULO e do MUNICÍPIO DE CUBATÃO**, objetivando:

- “c) Ao final a procedência da presente demanda, declarando qual a municipalidade competente para o recolhimento do ISSQN em comento:
- 1) Se a Municipalidade competente for o Município de Cubatão, como aduz a Autora, que sejam declarados nulos e sejam desconstituídos todos os autos de infração lavrados pela Municipalidade de São Paulo, a saber, os AIs nº 67.111.963, nº 67.111.939, nº 67.111.947, nº 67.111.840 e nº 67.111.912, bem como que o Primeiro Réu seja condenado ao pagamento das custas e honorários de sucumbência tanto à Autora quanto à Municipalidade de Cubatão, conforme entendimento do E. TJSP.
 - 2) Se a Municipalidade competente for o Município de São Paulo, a seguradora contratada para o seguro garantia pagará o valor devido à referida municipalidade no prazo legal, requerendo a Autora que seja declarado seu direito a repetir o indébito pago ao Município de Cubatão, devidamente atualizado e com todos os acréscimos legais incidentes a partir do pagamento indevido, bem como que a Municipalidade de Cubatão seja condenada ao pagamento das custas e honorários de sucumbência tanto à Autora quanto à Municipalidade de São Paulo”

Sustenta ser companhia atuante em todo o território nacional na área de engenharia civil/industrial, prestando serviços de construção, montagem, industrialização e fabricação de bens para as indústrias de óleo e gás, mineração e siderurgia, entre outros.

Informa que sua atividade econômica está inscrita no código CNAE sob o nº 42.92-8-01, aplicado à “montagem de estruturas metálicas” e que à luz dos esclarecimentos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

da CONCLA – Comissão Nacional de Classificação, o referido código se aplica ao grupo de “Construção de Outras Obras de Infraestrutura”.

Narra que, no ano de 2010, prestou serviços de construção civil por empreitada global, com fornecimento de equipamentos, materiais e serviços para implementação de unidades de Hidrodessulfurização de Nafta Craqueada (U-2316), Dietalomina (U-22323) e de Hidrotratamento de Nafta de Coque (U-2315) na Refinaria de Presidente Bernardes em Cubatão-SP.

Diz que, por força dos itens 7.02 e 7.19 do artigo 3º, inciso III da LC 116/2003, bem como dos itens 7.02/7.05 e 7.17 da lista anexa à da Lei Municipal de São Paulo nº 13.701/2003 e dos itens 7.02/7.05 e 7.17 da Lei Municipal de Cubatão nº 1.383, de 29/06/1983, alterada pela Lei Complementar nº 70 de 03/12/2012, tanto a autora como seus contratados pegaram ISSQN sobre serviços de construção civil à alíquota de 3% ao Município de Cubatão.

Afirma que, todavia, em 7 de dezembro de 2015, foi intimada, pela municipalidade de São Paulo da lavratura dos Autos de Infração nº 67.111.963, nº 67.111.939, nº 67.111.947, nº 67.111.840 e nº 67.111.912, pela ausência do destaque feito nos documentos fiscais do prestador de serviço com estabelecimento fora do município de São Paulo, que não realizou o cadastro no CPOM.

Aduz que a autoridade ativa relativamente ao ISSQN devido seria o Município de Cubatão, efetivo local de prestação dos serviços.

Defende, ademais, que os serviços prestados seriam de construção civil/engenharia, motivo pelo qual não seria devido o tributo.

Decisão de fls. 424/425 deferiu em parte a tutela de urgência.

Em sua contestação (fls. 437/444), a Municipalidade de São Paulo requereu, preliminarmente, a extinção da ação nº 1049546-52.2017.8.26.0053, em apenso. No mérito, sustenta a legalidade da cobrança combatida, apontando que a documentação apresentada em sede administrativa evidenciaria a correção do enquadramento realizado pela autoridade fiscal.

O Município de Cubatão, por sua vez, contestou às fls. 1484/1491, aduzindo, em preliminar, a inadequação do valor da causa, bem como apontando a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

ilegitimidade ativa da autora para a repetição de indébito tributário, a inépcia da inicial e a ausência de interesse processual.

No mérito, defende a ocorrência da prescrição e sua competência para a imposição e cobrança de ISSQN no caso concreto. Por fim, acusa a ausência de prova do recolhimento do tributo.

Réplicas às fls. 1495/1508//1518/1526.

Decisão de fls. 1698/1699 afastou as preliminares suscitadas pelas rés, saneou o feito e deferiu a produção de perícia contábil.

Laudo pericial às fls. 1812/1872.

Manifestação da autora às fls. 1884/1886.

Manifestação da Municipalidade de Cubatão às fls. 1916/1919.

Alegações finais da autora às fls. 1928/1937.

Alegações finais da ré Municipalidade de São Paulo às fls. 1938/1943.

É o relatório. DECIDO.

Quanto à preliminar do Município de São Paulo, de extinção da ação nº 1049546-52.2017.8.26.0053, isso deve ser resolvido naqueles autos.

A alegação de inadequação do valor da causa do Município de Cubatão é inespecífica, não trazendo o valor correto, que seria de seu conhecimento. Assim, não é de se acolher nada nesse sentido.

A autora é parte legítima para o feito, porquanto contribuinte de Direito. Não se aplica o art. 166 ao caso, ademais, pois a parte autora não receberia simplesmente o valor do tributo no caso de procedência do pedido de repetição, mas o recolheria ao Município de São Paulo. Somente eventual diferença a maior, se a alíquota de São Paulo fosse menor, seria passível de invocar o referido artigo.

A inépcia da inicial e a ausência de interesse processual também são alegações que não se sustentam.

De fato, o presente caso é medida processual tributária incomum. Quando a dúvida sobre a qual Município deve ser recolhido o ISS se apresenta ao contribuinte antes do recolhimento, é possível o ajuizamento da ação consignatória em pagamento. Todavia, não se pode negar o acesso ao Judiciário nos casos em que o contribuinte recolhe o tributo



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

ao município que entende como sujeito ativo e é autuado por outro.

Nesse último caso, a propositura de uma ação em que conste um litisconsórcio passivo eventual é possível.

Este magistrado já escreveu sobre o assunto, juntamente com o Exmo. Professor Titular da Faculdade de Direito da USP Luíz Eduardo Schoueri. Na oportunidade, consignamos:

"Para resolver a questão relativa ao contraditório, uma primeira solução, relativamente simples, seria estabelecer um litisconsórcio passivo, com a inclusão dos dois Municípios no polo passivo da demanda. Com as mesmas prerrogativas, estaria garantido ao Município A defender-se, trazendo aos autos suas razões de fato e de direito pelas quais entende que o tributo foi corretamente recolhido a seus cofres e, assim, nada ter a reclamar se o resultado da demanda não lhe favorecesse.

(...)

A solução, dessa forma, deve passar pela inclusão, na demanda, de pedido que torne ambos os Municípios legítimos e ela se encontra justamente naquilo que ambos não podem ter ao mesmo tempo: a relação jurídica tributária com o contribuinte. Com efeito, reconhecendo-se que ela nasce em favor de um deles um, necessariamente não ocorrerá para o outro. Ambos tem legitimidade *ad causam* para sagrarem-se vencedores ou sucumbentes neste pedido.

Essa figura, que importa o cúmulo alternativo ou subsidiário de pedidos contra dois ou mais réus é denominada como litisconsórcio passivo alternativo ou eventual e fundado, segundo Dinamarco, na liberdade de demandar e na garantia constitucional do direito de ação, previsto no inc. XXXV do art. da Constituição Federal.

Vale destacar, nesse contexto, que a própria ação consignatória em pagamento, na existência de dois credores, é uma previsão expressa de um litisconsórcio alternativo."¹

Por outro lado, o Superior Tribunal de Justiça já analisou pleito da mesma natureza, entendendo como adequada a medida:

PROCESSUAL CIVIL. LITISCONSÓRCIO EVENTUAL. AÇÕES CUMULADAS. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL CONTRA O MUNICÍPIO DE JUNDIAÍ. PEDIDO SUCESSIVO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO EM DESFAVOR DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO. ARTS. 46 E 289 DO CPC. VIABILIDADE.

1. A Corte de origem considerou descabida a propositura de ação anulatória de

¹ JARDIM NETO e SCHOUERI, Medidas Processuais Não Legislatadas em Matéria Tributária - a exceção de pré-executividade, a ação para antecipação de garantia, o litisconsórcio passivo eventual tributário e a ação consignatória em pagamento na inexistência de dúvida jurídica *in* Direito processual civil contemporâneo: estudos em homenagem ao professor Walter Piva Rodrigues, p. 480 e ss. 2019, Ed. FOCO.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

débito tributário em favor do Município de Jundiaí, com pedido sucessivo de repetição de indébito contra o Município de São Paulo, justificando seu posicionamento na falta de afinidade entre as demandas, incompatibilidade entre os pedidos e impossibilidade de incluir-se no pólo passivo do feito litisconsortes com interesses conflitantes.

2. Segundo a lição de Cândido Rangel Dinamarco, "tem-se o cúmulo eventual, quando uma ação é proposta para o evento de que outra seja rejeitada. O autor formula duas demandas, tendo preferência pela primeira mas pedindo ao juiz que conheça e acolha a segunda (que por isso mesmo se considera subsidiário) no caso de não poder a primeira ser atendida" (in Litisconsórcio. São Paulo: Editora Malheiros, 2002, pp. 391-392) 3. Ambas as demandas ostentam causa de pedir comum, qual seja, a prestação de determinados serviços de engenharia que desencadearam a obrigação de recolhimento do ISS, de maneira que fica configurada a conexão a autorizar o litisconsórcio, nos termos do art. 46, III, do CPC.

4. Forte na interpretação do art. 289 do CPC ("É lícito formular mais de um pedido em ordem sucessiva, a fim de que o juiz conheça do posterior, em não podendo acolher o anterior") conjugada com as características do litisconsórcio eventual, não se vislumbra incompatibilidade dos pedidos de anulação de cobrança e repetição de indébito em virtude do caráter sucessivo que lhes foi conferido pela petição inicial. Em outras palavras, o escalonamento contorna uma pretensa falta de harmonia entre os pleitos.

5. O conflito de interesses entre os Municípios de Jundiaí e São Paulo não representa empecilho à inclusão de ambos os entes na demanda na qualidade de litisconsortes passivos, sendo igualmente certo, sublinhe-se, que esta situação de antagonismo é intrínseca ao litisconsórcio eventual.

6. Desde que atendidos os requisitos genéricos previstos no art. 46 do CPC e não haja incompatibilidade absoluta de competência e procedimento, é viável o ajuizamento conjunto de ações conexas pela causa de pedir com pedidos sucessivos contra réus diversos, hipótese cognominada litisconsórcio eventual.

7. Há que se reintegrar ao pólo passivo da demanda o ente municipal indevidamente excluído, sendo impositivo o retorno dos autos à instância ordinária para que se dê continuidade ao feito com a apreciação integral dos pedidos deduzidos pela ora recorrente.

8. Recurso especial provido.

(REsp n. 727.233/SP, relator Ministro Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 19/3/2009, DJe de 23/4/2009.)

Assim, parece efetivamente adequada a medida processual, bem como é legítimo o Município de Cubatão para integrar a lide.

No mérito o pedido principal deve ser acolhido.

Conforme se extrai dos autos, todos os autos de infração foram lavrados em razão da "ausência do destaque feito nos documentos fiscais do prestador de serviço com estabelecimento fora do Município de São Paulo, que não realizou o cadastro no CPOM, sujeitando a Recorrente à condição de responsável pela retenção/recolhimento na fonte do ISS".



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
9ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020
Horário de Atendimento ao Público: das 13h00min às 17h00min

Todavia, tal espécie de cadastro já foi declarada inconstitucional em sede de repercussão geral, o que gerou a tese 1020, cujo texto sedimenta 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."

Mais sobre este ponto não é preciso desenvolver, pois os autos de infração que derivam unicamente da falta de cadastro de prestadores e outros municípios devem ser anulados, por força precedente vinculante citado, em obediência ao inc. III do art. 927 do CPC.

Cabe, por fim, estabelecer o critério do ônus de sucumbência.

Em analogia à sistemática estabelecida na ação consignatória em pagamento, o ônus da sucumbência deve ser integralmente suportado pelo Município de São Paulo, devendo devolver as custas e despesas antecipadas pela parte autora, bem como pagar honorários ao patrono desta e ao procurador do Município de Cubatão.

Ante o exposto, JULGO PROCEDENTE a presente ação, resolvendo seu mérito nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil, para ANULAR o crédito tributário constante dos autos de infração objeto do presente processo.

Após o trânsito em julgado, à requerida caberá devolver as custas e despesas processuais arcadas pela autora e o pagamento de honorários no montante de 5% do valor da causa ao patrono de cada uma das demais partes, conforme aplicação do inc. I do § 3º do art. 85 do CPC, considerando-se o valor do salário mínimo à data do ajuizamento.

P.R.I.C.

São Paulo, 12 de maio de 2023.

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