



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA DE SÃO PAULO
 FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,
 Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **1035764-41.2018.8.26.0053**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum Cível - Repetição de indébito**
 Requerente: **[REDACTED] Representação Ltda - Epp ([REDACTED])**
 Requerido: **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO**

Tramitação prioritária

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Luiza Barros Rozas Verotti**

Vistos.

[REDACTED] e Representação Ltda - EPP, qualificada nos autos, ajuizou **Ação Declaratória de Inexistência de Relação Jurídico-Tributária c. c. Repetição de Indébito** contra **Prefeitura do Município de São Paulo**, alegando, em síntese, que é pessoa jurídica de direito privado, localizada em Salvador/BA, prestando serviço de agenciamento/intermediação de venda dos espaços de publicidade e propaganda de veículos de comunicação e/ou divulgação. Celebrou contratos de prestação de serviços de intermediação de venda com veículos de comunicação sediados em São Paulo/SP que retiveram indevidamente valores referentes ao recolhimento de ISS, embora prestados os serviços em Salvador/BA. Sustenta haver bitributação, destacando que o imposto é devido no local do estabelecimento do prestador. Requer a restituição dos valores retidos a título de ISS (fls. 1/11). Juntou documentos (fls. 12/185).

Citada, a Municipalidade apresentou contestação, argumentando que a retenção atendeu obrigação acessória estabelecida na Lei Municipal nº 13.701/03 com redação dada pela Lei Municipal nº 14.042/05, cuja constitucionalidade foi ratificada pelo Tribunal de Justiça de São Paulo. Alega que a autora não comprovou a inscrição no Cadastro de Prestadores de Outros Municípios, impondo aos tomadores a retenção-fonte do ISS. Pugna pela improcedência da demanda ou, superada, para que a restituição somente se procede mediante atendimento ao art. 166, do Código Tributário Nacional (fls. 192/207).

Réplica (fls. 211/226).

Deferida a prova pericial contábil (fls. 227), a autora indicou assistente técnico e formulou quesitos (fls. 229/250). A Municipalidade formulou quesitos (fls. 251/252).

Apresentado o laudo pericial (fls. 270/284), as partes se manifestaram (fls. 288 e 289/290).

A autora atravessou petição juntando documentos (fls. 291/357).



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,

Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

A Fazenda Pública arguiu ilegitimidade da autora para pleitear restituição do ISS, posto que o sujeito passivo do tributo é o tomador de serviços (fls. 361/364).

Declarado o encerramento da instrução processual (fls. 366).

Alegações Finais (fls. 371/376 e 377/381).

É o relatório.

Fundamento e decido.

Primeiramente, a arguição de ilegitimidade ativa confunde-se com o mérito e e assim será examinada.

Divergem as partes sobre a possibilidade de a Municipalidade de São Paulo restituir à requerente os valores retidos a título de ISS. Sustenta a autora que o tributo deve ser restituído, em razão da possível bitributação. Por outro lado, defende a Municipalidade de São Paulo a impossibilidade de restituição, tendo em vista a ausência de cumprimento de obrigação acessória por parte da requerente.

Restou incontroverso que a ré exigiu do tomador do serviço o recolhimento do tributo, sob o argumento de que a autora não apresentou o documento exigido nos art. 9-A e 9-B da Lei Municipal n. 13.701/03 como obrigação acessória, qual seja, o comprovante de inscrição no Cadastro de Prestadores de Outros Municípios.

Conforme argumentou a requerida, o Cadastro de Prestadores de Serviços de Outros Municípios - CPOM foi criado com o intuito de evitar a evasão fiscal, tornando obrigatória a inscrição de empresas que exercem determinadas atividades e que, não estando sediadas em São Paulo, aqui prestam serviços. Nos termos do § 2º do artigo 9-A da Lei n. 13.701/03, verifica-se a hipótese de responsabilidade solidária, decorrente do descumprimento da obrigação acessória referida, atribuindo ao tomador de serviços sediado nesta Capital a obrigação de recolher o ISS por retenção nestes casos, a saber, em que o prestador estiver sediado em outra localidade e, para além disso, não esteja inscrito no CPOM:

Art. 9º A - O prestador de serviço que emitir nota fiscal autorizada por outro Município, para tomador estabelecido no Município de São Paulo, referente aos serviços descritos nos itens 1, 2, 3 (exceto o subitem 3.04), 4 a 6, 8 a 10, 13 a 15, 17 (exceto os subitens 17.05 e 17.09), 18, 19 e 21 a 40, bem como nos subitens 7.01, 7.03, 7.06, 7.07, 7.08, 7.13, 7.18, 7.19, 7.20, 11.03 e 12.13, todos constantes da lista do "caput" do art. 1º desta lei, fica obrigado a proceder à sua inscrição em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças, conforme dispuser o regulamento. (Redação acrescida pela Lei nº 14.042/2005) (Artigo regulamentado pelo Decreto nº 46.598/2005)

(...)



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,

Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

§ 2º *As pessoas jurídicas estabelecidas no Município de São Paulo, ainda que imunes ou isentas, e os condomínios edilícios residenciais ou comerciais são responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS, devendo reter na fonte o seu valor, quando tomarem ou intermediarem os serviços a que se refere o "caput" deste artigo executados por prestadores de serviços não inscritos em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças e Desenvolvimento Econômico. (Redação dada pela Lei nº 15.891/2013)*

§ 3º *Aplica-se, no que couber, o disposto nos parágrafos do art. 9º aos responsáveis referidos no § 2º deste artigo. (Redação acrescida pela Lei nº 14.042/2005)"*

Sobre a questão, o entendimento do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"ADIN - Inconstitucionalidade alegada pelo Prefeito do Município de Poá, quanto aos arts. 1º, 2º, 3º e 4º da Lei nº 14.042, de 30/8/05, do Município de São Paulo, que introduziu modificações na Lei nº 13.071, de 24/12/03, quanto ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) - Inadmissibilidade - Competência suplementar conferida ao Município de São Paulo para regulamentar as normas legislativas federais ou estaduais, para ajustar sua execução a peculiaridades locais - Prova de que as matérias contidas nos arts. 1º e 2º da invocada lei, foram autorizadas pela Lei Complementar Federal nº 116/03 e, ainda, que os arts. 3º e 4º não padecem de nenhuma inconstitucionalidade, à conta de que representam o mero exercício da competência tributária do município - Ação julgada improcedente" (Ação Direta de Inconstitucionalidade de Lei 9029095-49.2005.8.26.0000, Rel. Munhoz Soares, 1ª Câmara de Direito Criminal, j. 25.05.2007).

E ainda que esteja pendente de julgamento no Supremo Tribunal Federal o Tema 1020, de Repercussão Geral, no qual o Pretório Excelso decidirá *"Controvérsia alusiva à constitucionalidade de lei municipal a determinar retenção do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISS - pelo tomador de serviço, em razão da ausência de cadastro, na Secretaria de Finanças de São Paulo, do prestador não estabelecido no território do referido Município"*¹, por ora, não se verifica ilegalidade na retenção do ISS realizada pela Tomadora dos Serviços, posto que reconhecida a constitucionalidade da exigência do cadastro e da obrigação de retenção do ISS.

Entretanto, nos termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/03, o serviço *"considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXV"*.

Nos termos do artigo 4º da referida Lei, o *"estabelecimento prestador"* é o *"local*

¹ vide RE 1167509/SP.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,

Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas".

No caso dos autos, conforme se depreende da leitura dos documentos de fls. 12/32, é incontroverso que os serviços prestados pela autora se enquadram nos itens 10 e 17 da Lista de serviços anexa à LC 116/03:

"10 - Serviços de intermediação e congêneres.

(...)

10.08 - Agenciamento de publicidade e propaganda, inclusive o agenciamento de veiculação por quaisquer meios";

"17 - Serviços de apoio técnico, administrativo, jurídico, contábil, comercial e congêneres.

17.06 - Propaganda e publicidade, inclusive promoção de vendas, planejamento de campanhas ou sistemas de publicidade, elaboração de desenhos, textos e demais materiais publicitários".

Por esta razão, os serviços prestados pela parte autora não estão previstos em nenhuma das exceções dos incisos I ao XXV do artigo 3º, razão pela qual o imposto será devido no local do estabelecimento do prestador, conforme disposição contida no caput do art. 3º, mencionada anteriormente.

Neste sentido, o entendimento do Colendo Superior Tribunal de Justiça:

"PROCESSO CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. ISSQN. COMPETÊNCIA. FATO GERADOR OCORRIDO NA VIGÊNCIA DA LC N. 116/2003. CONSULTORIA EMPRESARIAL. LOCAL DA SEDE DO PRESTADOR DO SERVIÇO PRECEDENTES. 1. Ressalvados os serviços listados nos incisos I a XXII do art. 3º da LC 116/2003, a competência para cobrança do ISS é do Município da sede do prestador do serviço. 2. Agravo regimental não provido" (AgRg no REsp 1413777/SP, Rel. Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, j. 06.10.2015).

Do exposto, é possível concluir que a hipótese de retenção do ISS pelo tomador de serviços de empresa localizada em outra cidade não pode ser aplicada indistintamente. Mesmo que constitucional sua aplicação, devemos observar a regra geral de competência tributária da Lei nº 116/03. Em outras palavras, a permanência da retenção implicaria inegável bitributação, pois a autora será compelida, nos termos do artigo 3º, da LC nº 116/03, a recolher o ISS em favor do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,

Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

Município em que está sediada, revelando-se ilegal que ela venha suportar o mesmo tributo em favor do Município de São Paulo.

Portanto, da análise conjunta de todo o exposto, verifica-se que a regra do CPOM, atribuindo responsabilidade de retenção do tributo ao tomador dos serviços prestados por empresas não inscritas no cadastro, deve ser aplicável somente nos casos em que não exista a bitributação. Isto é, nas exceções previstas nos incisos do artigo 3º da Lei Complementar 116/03, fato que não se aplica ao caso concreto.

Da análise das notas fiscais acostadas aos autos (fls. 292/357), verifica-se que a restituição é devida, pois o valor do ISS foi retido pela tomadora por ocasião do pagamento do serviços prestados pela requerente. Assim sendo, restou comprovado que a autora suportou ônus financeiro respectivo que, considerado indevido, deve lhe ser restituído.

Destaque-se o quanto esposado no laudo pericial: "*1) A Requerente, de fato recolheu e permanece recolhendo ISS em sua sede de domicílio, qual seja, Salvador - BA. Isso tem base nas NF's eletrônicas emitidas pela mesma e juntada aos autos. Sendo a NF emitida eletronicamente, do ponto de vista técnico temos que a mesma é verdadeira confissão de dívidas perante o FISCO*" (fls. 284).

Neste sentido, a jurisprudência do Egrégio Tribunal de Justiça de São Paulo:

"APELAÇÃO CÍVEL/REEXAME NECESSÁRIO - Ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária c.c repetição de indébito e pedido de tutela provisória - Município de São Paulo - ISS incidente sobre serviços de consultoria prestados no município de São Paulo - Empresa prestadora sediada em Porto Alegre, Estado de Rio Grande do Sul, local onde o tributo foi devidamente recolhido - Obrigação de retenção pelos tomadores determinada pelo art. 69 do Decreto o nº 53.151/12 e Lei Municipal 14.042/2005, em razão da ausência de cadastro de prestadores de serviços de outros municípios (CPOM) - Constitucionalidade da Lei Municipal n. 14.042/2005 que acrescentou o artigo 9º na Lei n. 13.701/2003 o qual obrigou empresas prestadoras de serviço sediadas em outro Município de realizarem cadastramento em São Paulo, caso a tomadora de serviço fosse ali sediada - Norma declarada constitucional pelo E. Órgão Especial deste Tribunal - No caso em apreço, no entanto, não se discute a constitucionalidade de referida norma, mas sim a criação de obrigação tributária em razão do descumprimento de obrigação acessória - Impossibilidade - Lei Municipal que não pode sobrepujar a regra geral de competência prevista no art. 3º da LC 116/2003 - Serviço de consultoria não se encontra descrito nas exceções previstas nos incisos I a XXV do art. 3º da LC 116/03 - Competência do município onde a prestadora possui sede ou estabelecimento -



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO PAULO

FORO CENTRAL – FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES

13ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA

Vd. Dona Paulina nº 80, sala 1005, Centro, São Paulo/SP, CEP 01501-020,

Telefone: 11 32422333 ramal 2137, e-mail: sp13faz@tjsp.jus.br

Aplicabilidade da regra geral contida no caput do mesmo art. 3º da LC 116/03 - Precedentes do E. STJ e desta 15ª Câmara de Direito Público - Recurso oficial não conhecido e voluntário do município não provido" (Apelação / Remessa Necessária 1046559-43.2017.8.26.0053, Rel. Raul De Felice, 15ª Câmara de Direito Público, j. 16.06.2020).

"Ação declaratória de inexigibilidade c.c. repetição de indébito tributário. Município de Campinas. ISS. Sociedade de advogados situada no Município de São Paulo. Imposto retido e repassado pela tomadora de serviços, ante ausência de inscrição no cadastro municipal. Obrigação acessória que não possui o condão de originar a exação tributária. Atribuição de responsabilidade tributária ao tomador somente seria possível se o tributo fosse devido ao Município beneficiado pela retenção. Repetição do indébito devida. Sentença de procedência. Recursos oficial e voluntário do Município não providos" (Apelação / Remessa Necessária 1000379-14.2016.8.26.0114, Rel. Carlos Violante, 18ª Câmara de Direito Público, j. 01.08.2019).

Isto posto, por estes fundamentos e mais que dos autos consta, **JULGO PROCEDENTE** a presente ação e extinto o feito, com resolução de mérito, nos termos do art. 487, inciso I, do Código de Processo Civil para o fim de reconhecer a inexistência de relação jurídico tributária entre as partes, quanto à incidência de ISS retido na fonte pelas tomadoras dos serviços da autora discutidos nesta ação, bem como para condenar a municipalidade a restituir os respectivos valores retidos a este título.

Correção monetária desde o desembolso e juros moratórios a partir do trânsito em julgado obedecerão os entendimentos do STF (Tema 810) e do STJ (Tema 905), para repetição de indébito tributário.

Sucumbente, arcará a ré com custas, despesas e honorários advocatícios fixados em 10% do valor repetido.

Decorrido o prazo para recurso voluntário, ao reexame necessário.

P. R. I.

São Paulo, 07 de outubro de 2020.

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