



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

SENTENÇA

Processo nº: 1026379-40.2016.8.26.0053
 Classe - Assunto Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal
 Requerente: Shpaysman Caio Gracco Empreendimentos Imobiliários SPE Ltda
 Requerido: Prefeitura do Município de São Paulo

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Alexandra Fuchs de Araujo

Vistos.

Pretende a autora a anulação do Auto de Infração e Imposição de Multa nº 65.341.783 e a extinção do crédito tributário nele constante. Segundo o réu, a Autora seria responsável tributária, em razão do tributo devido por Activa Demolidora e Serviços LTDA., devendo recolher aos cofres públicos o ISS não recolhido no prazo regulamentar e que seria exigível com base na pauta de valores por metro quadrado de mão-de-obra, veiculada pela Portaria SF nº 15/2006. Entende a autora que é inaplicável o artigo 13, inciso I, da Lei nº 13.701 do Município de São Paulo, pois este só se aplica quando não há prova do pagamento, e o mesmo já foi recolhido pela empresa solidária, tendo sido a nota fiscal admitida como válida no processo administrativo. Tanto que o réu apenas retificou o valor exigido.

Ainda, a Lei Complementar nº 116/2003 trouxe a base de cálculo do imposto em comento, que é o preço do serviço. Entretanto, a lei paulistana alterou a base de cálculo, que passou a ser, nos termos do seu artigo 14, § 3º, um preço mínimo, conforme o corrente na praça. Assim, a ré desconsiderou o preço da nota fiscal e considerou o preço desta tabela (pauta fiscal), que vem sendo afastada pelo TJSP.

Foi indeferida a liminar.

Citada, a ré apresentou contestação, firmando a solidariedade tributária e da inexistência de qualquer abusividade da Municipalidade em fixar índices setoriais na regulação jurídica da economia, o que foi feito com base em estudos da época, e portanto o ato administrativo é fundamentado.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

Houve réplica.

É o relatório.

Decido.

Da **responsabilidade tributária solidária**:

Quanto à alegada inaplicabilidade do artigo 13, inciso I, da Lei nº 13.701 do Município de São Paulo, pois este só se aplica quando não há prova do pagamento, o argumento não pode ser acolhido, porque a solidariedade tributária decorre do disposto nos artigos 121 e 128 do CTN.

O espírito da norma é bem definido por Regina Helena Costa:

"A solidariedade, portanto, revela-se mais um instrumento de praticabilidade no campo tributário, uma vez que propicia ao Fisco a escolha do devedor em relação ao qual seja mais fácil e cômodo exigir a dívida integral. Não fosse desse modo, diante da multiplicidade de devedores numa mesma relação jurídica, a Administração Fiscal estaria obrigada a cobrá-los todos, cada qual por parte do débito, o que, individualmente, acarretaria maior custo e dificuldades à satisfação do crédito tributário".(Curso de Direito Tributário, 4ª ed., São Paulo, Saraiva, 2014, p. 212)

Dos fatos:

No mais, verifica-se pela documentação carreada aos autos que a autora fez prova de que houve retenção do tributo quando da emissão das notas fiscais pela tomadora de serviços, com base no valor do serviço, efetivamente contratado, fato admitido pela ré.

Entretanto, a Municipalidade exigiu o pagamento de diferença de ISS com base na Portaria SF nº 170/2012, que fixou os preços por metro quadrado a serem utilizados na apuração do valor mínimo de mão-de-obra aplicada na construção civil e os coeficientes de atualização dos valores dos documentos fiscais, para fins de cálculo do ISS, com base no artigo 14, § 3º da Lei Paulistana nº 13.701/2003.

Teses em discussão:

A Lei Paulistana nº 13.701/2003, entretanto, viola o art. 7º, da Lei 116/2003, o qual prevê que a base de cálculo do ISS é o serviço efetivamente prestado, e não pode a Prefeitura alterar esta base, mesmo que através de processo administrativo devidamente fundamentado, porque esta é a lei, e decisão administrativa não altera a lei,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

em razão do princípio da hierarquia das normas.

A lei complementar nacional tem como finalidade trazer segurança jurídica ao país, no que pertine à esfera tributária, sendo vedado ao Município inventar outra hipótese de incidência, qual seja, sua tabela de preços.

É com base na lei e na segurança jurídica que esta traz que o poder público e as empresas públicas fazem licitações, e contratam empresas pelo menor preço, no qual já está prevista a incidência de uma determinada carga tributária.

Novamente, recorro aos ensinamentos de Regina Helena Costa:

"À semelhança do ICMS, a lei complementar desempenha importante papel da disciplina desse imposto municipal, no intuito de imprimir-se-lhe uniformidade normativa. Atualmente, é a Lei Complementar n. 116 de 2003 que o exerce" (Ob. Cit., p. 412)..

Já o conceito de serviço tem que ser buscado do Código Civil, que ao cuidar do assunto, estatui que é "toda a espécie de serviço ou trabalho lícito lícito, material ou imaterial, pode ser contratada mediante retribuição" (art. 394.), portanto uma obrigação de fazer.

Da liberdade constituição de contratação.

Os arts. 170 a 192 da Constituição Federal que trazem os fundamentos da ordem econômica, informadores de toda atividade econômica.

O art. 170 da Constituição Federal estabelece os princípios da atividade econômica, preconizando no caput que:

A ordem econômica, fundada na valorização do trabalho humano e na livre iniciativa, tem por fim assegurar a todos existência digna, conforme os ditames da justiça social, observados os seguintes princípios:

[...] IV – livre concorrência

São nove os princípios constitucionais da ordem econômica: soberania nacional, propriedade privada, função social da propriedade, livre concorrência, defesa do consumidor, defesa do meio ambiente, redução das desigualdades regionais e sociais, busca de pleno emprego e tratamento favorecido para as empresas de pequeno porte constituída sob as leis brasileiras e que tenham sua sede e administração no país. Sobre estes princípios, ensina Eros Roberto Grau:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
 COMARCA de SÃO PAULO
 FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
 6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
 VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

a ordem econômica na Constituição de 1988 consagra um regime de mercado organizado, entendido como tal aquele afetado pelos preceitos da ordem pública clássica (Geraldo Vidigal); opta pelo tipo liberal do processo econômico, que só admite a intervenção do Estado para coibir abusos e preservar a livre concorrência de quaisquer interferências, quer do próprio Estado, que do embate econômico que pode levar à formação de monopólios e ao abuso do poder econômico visando aumento arbitrário dos lucros - mas sua posição corresponde ao do neo-liberalismo ou social-liberalismo, como a defesa da livre iniciativa (Miguel Reale); (note-se que a ausência do vocábulo "controle" no texto do art. 174 da Constituição assume relevância na sustentação dessa posição; a ordem econômica na Constituição de 1988 contempla a economia de mercado, distanciada porém do modelo liberal puro e ajustada à ideologia neo-liberal (Washington Peluso Albino de Souza); a Constituição repudia o dirigismo, porém acolhe o intervencionismo econômico, que não se faz contra o mercado, mas a seu favor (Tércio Sampaio Ferraz Júnior); a Constituição é capitalista, mas a liberdade apenas é admitida enquanto exercida no interesse da justiça social e confere prioridade aos valores do trabalho humano sobre todos os demais valores da economia de mercado. (In: A ordem econômica na Constituição de 1988, 4. ed., São Paulo: Malheiros, 1998, p. 212-213).

Estes princípios foram expressamente previstos na Constituição Federal com o fim de promover a justiça social, preservar a dignidade humana e o bem-estar-social, integrando esses valores ao desenvolvimento econômico produzido pela iniciativa privada dentro de uma ótica capitalista e de liberdade de exercício de atividade econômica.

Está claro que a tabelamento de preços para fins tributários viola frontalmente estes princípios, já que limitam a livre iniciativa e desvaloriza o trabalho humano.

E no país, vige o princípio da liberdade contratual: as partes podem vender o serviço que querem, desde que lícito, pelo preço que querem. E devem pagar o tributo sobre o valor do serviço prestado, conforme a hipótese de incidência prevista na lei complementar, que estabelece o fato gerador do tributo, não podendo o Município criar outra base de cálculo fictícia, qual seja, uma tabela administrativa para os serviços, simplesmente extinguindo do sistema o princípio da livre concorrência e da liberdade contratual.

Argumentos complementares:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA de SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
6ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, SÃO PAULO - SP - CEP 01501-020

Aduz ainda o autor que seus livros jamais foram examinados pelo fisco, e que a autora jamais foi inimada para comprovar a regularidade fiscal, tendo sido a pauta fiscal aplicada automaticamente, quando o art. 148 do CTN estipula que o lançamento por arbitramento ocorre apenas em processo administrativo, quando as declarações do contribuinte forem omissas ou não mereçam fé. Assim, o comportamento da ré não obedece ao princípio da legalidade.

Ainda, que o AII lavrado estaria contaminado de nulidade por ter desatendido aos requisitos legais para a sua lavratura, como a ausência de descrição do fato; não mencionar a identificação de critérios adotados para a definição do grau de absorção de mão de obra e a determinação do preço unitário por metro quadrado aplicável ao imóvel em causa; e por não mencionar expressamente a penalidade aplicável em caso de infração.

E, de fato, o fisco não comprovou ter observado o regular processo administrativo para imposição da pauta fiscal. Não investigou se o serviço foi prestado pelo preço declarado, não analisou os documentos fiscais do autor, enfim, simplesmente lançou de ofício, em completa violação ao artigo 148 do CTN; o auto de infração também é nulo, pois não está descrita a conduta ilícita, nem a penalidade aplicável. Pretende o fisco transformar o ISSQN num lançamento de ofício, o que é inadmissível, já que deve corresponder ao serviço efetivamente prestado. A chamada "pauta fiscal" não pode substituir o processo administrativo, em caso de suspeita de fraude por parte do fisco, com as decorrentes garantias constitucionais que lhe são inerentes, como o contraditório, o devido processo legal e a ampla defesa.

Dispositivo:

Com estes fundamentos, julgo a ação procedente, para anular o Auto de Infração e Imposição de Multa nº 66.902.126 e a extinção do crédito tributário nele constante, confirmando a antecipação de tutela antes concedida. Deixo de apreciar os pedidos subsidiários, porque o pedido principal foi acolhido.

Em razão da sucumbência, a Municipalidade arcará com custas e honorários, que fixo em 20% do valor da causa.

São Paulo, 21 de setembro de 2016.