

**14ª Câmara de Direito Público**

<b>Nº do processo</b>		<b>Número de ordem</b>
1010673-70.2023.8.26.0053		16
<b>Pauta</b>		
<b>Publicado em</b>	<b>Julgado em</b>	<b>Retificado em</b>
	26 de setembro de 2024	
<b>Julgamento presidido pelo Exmo(a) Sr(a) Desembargador(a)</b>		
Rezende Silveira		

**Apelação Cível  
Comarca**

São Paulo

**Turma Julgadora**

Relator(a): Octavio Augusto Machado de Barros Filho Voto: 34607  
2º juiz(a): Walter Rocha Barone  
3º juiz(a): Rezende Silveira

**Juiz de 1ª Instância**

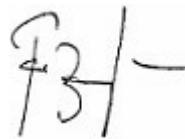
Evandro Carlos de Oliveira

**Partes e advogados**

**Apelante** : Mol Filmes e Produções Ltda.  
**Advogados** : Wesley Oliveira do Carmo Albuquerque (OAB: 330584/SP) e outro.  
**Apelado** : Município de São Paulo.  
**Advogada** : Lucia Barbosa Del Picchia (OAB: 223788/SP) (Procurador).

**Súmula**

DERAM PROVIMENTO AO RECURSO. V. U. SUSTENTOU ORALMENTE O DR. ROBERTO FERNANDES DA SILVA DE SOUSA OAB/SP 482117.



Sustentou oralmente o advogado: Procurador Judicial do recorrente/recorrido Dr. Roberto Fernandes da Silva de Sousa pediu preferência e sustentou oralmente suas alegações.

Usou a palavra o Procurador: Procurador da sessão atual do processo Não informado

Impedido(s): Magistrados impedidos Não informado

<b>Jurisprudência</b>		
Acórdão	Parecer	Sentença



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

**Registro: 2024.0000918690**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1010673-70.2023.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MOL FILMES E PRODUÇÕES LTDA, é apelado MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

**ACORDAM**, em 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento ao recurso. V. U. Sustentou oralmente o dr. Roberto Fernandes da Silva de Sousa OAB/SP 482117.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores REZENDE SILVEIRA (Presidente) E WALTER BARONE.

São Paulo, 26 de setembro de 2024

**OCTAVIO MACHADO DE BARROS**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

**Voto 34.607.**

**Apelação nº 1010673-70.2023.8.26.0053.**

**Apelante: Mol Filmes e Produções Ltda.**

**Apelada: Prefeitura Municipal de São Paulo.**

APELAÇÃO – REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ISS – Sentença de improcedência porque não atendidos os requisitos do art. 166, do CTN - Decisão em Mandado de Segurança nº 1029531-28.2018.8.26.0053, transitada em julgado, que reconheceu a não incidência do ISS – Questões preliminares afastadas – Optante do Simples Nacional, cujo regime pressupõe recolhimento sobre o faturamento, de forma única, como tributo direto – Falta de repasse do encargo tributário aos tomadores de serviço - Inaplicabilidade do art. 166, do CTN – Impetração que interrompe a fluência do prazo prescricional para ajuizamento da ação de repetição de indébito, ressalvado o direito à repetição dos recolhimentos feitos no quinquênio anterior – Apuração dos valores que deverão ser repetidos em liquidação de sentença, conforme Súmulas 162 e 188 do STJ – Dívida de natureza tributária – Juros moratórios e correção monetária de acordo com os parâmetros fixados pelo STF no RE 870.947/SE – Tema 810 e pelo STJ, Tema 905, até a entrada em vigor da EC nº 113/2021 – Incidência da SELIC, uma única vez, a partir de 09/12/2021 – Honorários advocatícios que devem ser fixados na fase de liquidação do julgado - CPC, art. 85, § 4º, inc. II - Precedentes do STJ e deste Tribunal – Sentença reformada com inversão da sucumbência. Recurso provido.

Apelação em face da sentença que julgou improcedente a ação de repetição de indébito<sup>1</sup>, **nos termos do artigo 487, inciso I, do CPC, sob o fundamento de que se trata de tributo indireto, sem que a autora tenha atendido os requisitos do art. 166, do CTN, com condenação no pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em R\$ 30.000,00. Inconformada, a apelante alega, em preliminar, presunção de veracidade dos fatos não impugnados pela Municipalidade e nulidade da sentença por violação à regra de prevenção por continência, além de cerceamento de defesa ante a não apreciação do**

<sup>1</sup> Valor da causa em março de 2023: R\$ 1.625.820,67.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

**pedido para realizar prova pericial, com vistas à comprovação de que não houve transferência dos encargos do tributo. No mérito, afirma recolher ISS pelo *Simples Nacional*, cujo regime não permite repasse do encargo financeiro ao tomador dos serviços, porque adota o valor do faturamento bruto como base de cálculo, afastando, assim, a exigência contida no art. 166, do CTN, que condiciona a repetição do indébito à prova da ausência do repasse e autorização dos tomadores que assumiram o encargo. Ademais, sustenta que a impetração interrompeu o lapso prescricional para a repetição dos valores, daí propugnando pela reforma da sentença para restituir os valores indevidos, a contar do quinquênio anterior à impetração. Recurso recebido, processado e respondido.**

**Relatado.**

A prejudicial de nulidade por ofensa à regra da prevenção fica rejeitada por se tratar de nulidade relativa, que deveria ter sido suscitada na forma e momento processual oportuno, com demonstração do efetivo prejuízo. Igualmente, a alegada falta de enfrentamento específico da sentença, em face de todos os pontos aduzidos na inicial, não resulta em presunção de veracidade de tais alegações, por tratar-se de direito indisponível que não admite confissão (CPC, art. 341, inc. I). Já a preliminar de cerceamento de defesa se confunde com o mérito e será analisada conjuntamente.

Ação de repetição de indébito tributário relativo a créditos de ISS no período dos cinco (5) anos que antecedem o ajuizamento do Mandado de Segurança nº 1029531-28.2018.8.26.0053, com decisão transitada em julgado, que concedeu, em parte, a ordem *para afastar a incidência do ISS sobre as atividades de produção de filmes, determinando-*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*se ao impetrado e respectivo ente tributante que se abstenha de assim proceder.*

A sentença julgou improcedente o pedido por considerar que a autora não comprovou os requisitos do art. 166, do CTN, porque a impetrante *não demonstrou ter arcado com o ônus financeiro do tributo, que, ao que tudo indica, era indireto* e não apresentou *autorização dos contribuintes de fato para promover a repetição indébito*.

Contudo, verifica-se que a autora comprovou o recolhimento dos tributos por meio do *Simples Nacional* (fls. 65/419), regime simplificado em que o pagamento ocorre de forma única, com base no faturamento, independentemente da quantidade dos serviços efetivamente prestados. Dessa forma, o ISS se torna tributo direto, em que não é possível transferir o encargo ao tomador dos serviços, afastando, portanto, a aplicação do art. 166, do CTN, como já decidiu este Tribunal:

*Apelação – "Ação de repetição de indébito c.c. pedido declaratório de inexigibilidade de débitos" de ISSQN – Município de São Paulo – Discussão a respeito da regularidade do desenquadramento do autor do regime especial de tributação das sociedades uniprofissionais previsto pelos artigos 9º, §1º e § 3º, do Decreto-lei nº 406/68, e 15, II, e § 1º, da LM 13.701/03, bem como de pagamento de ISSQN efetuado, também, por meio de PPI, em decorrência do desenquadramento, no valor total de R\$317.866,15 – (...) – Caso concreto em que o ISSQN tem feição de tributo direto, já que foi recolhido sobre a renda (faturamento) do autor, que suportou o encargo financeiro sem repassar o imposto municipal aos tomadores, a dispensar o preenchimento dos requisitos do art. 166 do CTN e permitir o acolhimento do pedido de repetição de indébito, uma vez que é inegável o pagamento a maior e sem respaldo legal do ISSQN – Precedentes – Encargos aplicados ao indébito que estão de acordo com o requerido pela própria Municipalidade em sede de apelação – Hipótese em que o proveito econômico obtido pelo autor supera os 200 (duzentos) salários mínimos – Verba honorária arbitrada nos percentuais mínimos previstos em cada faixa do art. 85, § 3º, I a V, do CPC, afastando o percentual fixo de 15%, como definido pelo sentenciante – Recurso do Município de São Paulo parcialmente*



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

*provido apenas para o fim de ajustar a verba honorária devida pelo réu ao escalonamento previsto pelo art. 85, § 3º, e § 5º, do CPC. (TJSP; Apelação Cível 1039871-89.2022.8.26.0053; Relator (a): FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 13/05/2024; Data de Registro: 13/05/2024 - grifado).*

*APELAÇÃO CÍVEL - Repetição de indébito - ISS do exercício de 2018. 1) Alegações de ilegitimidade ativa e inobservância do art. 166 do CTN afastadas - Conforme consta nas notas, a responsabilidade pelo recolhimento do tributo é do prestador e não houve retenção do ISS - Autor optante do Simples Nacional - Ausência de repasse do encargo tributário aos tomadores. 2) Pretendida restituição dos valores pagos ao município de São Paulo - Cabimento - Jurisprudência do STJ determinando o recolhimento no local da sede do prestador do serviço - Inteligência do art. 3º, da LC 116/03 - Serviços de treinamento profissional - Notas fiscais que apontam como local da prestação dos serviços o Município de Campinas, onde se localiza a sede do estabelecimento do autor. 3) Pedidos subsidiários de aplicação do IPCA para fins de correção monetária e do §8º do art. 85 do CPC não acolhidos. 3.1) Superveniência da EC nº 113/2021, que prevê a aplicação da taxa Selic para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora. 3.2) Valor da causa em junho de 2022 equivalente a R\$ 109.090,13 - Inaplicabilidade do art. 85, § 8º, do CPC, conforme julgamento do REsp nº 1.850.512/SP (Tema nº 1.076). 4) Sucumbência recursal - Majoração dos honorários para 11% na primeira faixa (art. 85, §3º, I, do CPC) - Inteligência do § 11º do art. 85 do CPC - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1031680-55.2022.8.26.0053; Relator (a): EUTÁLIO PORTO; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 8ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 08/05/2023; Data de Registro: 08/05/2023 - grifado).*

Ademais, ao contrário da impugnação apresentada pela Municipalidade (fls. 1.604/1.614), não é o caso de reconhecer a prescrição da pretensão repetitória (CTN, art. 168, inc. I - extinção do crédito tributário), uma vez que a impetração interrompe a fluência do prazo extintivo, na esteira da jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça:



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
São Paulo

*PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DIREITO À COMPENSAÇÃO. DECLARAÇÃO. SÚMULA 213 DO STJ. VALORES RECOLHIDOS ANTERIORMENTE À IMPETRAÇÃO NÃO ATINGIDOS PELA PRESCRIÇÃO. APROVEITAMENTO. POSSIBILIDADE. 1. O provimento alcançado em mandado de segurança que visa exclusivamente a declaração do direito à compensação tributária, nos termos da Súmula 213 do STJ, tem efeitos exclusivamente prospectivos, os quais somente serão sentidos posteriormente ao trânsito em julgado, quando da realização do efetivo encontro de contas, o qual está sujeito à fiscalização pela Administração Tributária. 2. O reconhecimento do direito à compensação de eventuais indêbitos recolhidos anteriormente à impetração ainda não atingidos pela prescrição não importa em produção de efeito patrimonial pretérito, vedado pela Súmula 271 do STF, visto que não há quantificação dos créditos a compensar e, por conseguinte, provimento condenatório em desfavor da Fazenda Pública à devolução de determinado valor, o qual deverá ser calculado posteriormente pelo contribuinte e pelo fisco no âmbito administrativo segundo o direito declarado judicialmente ao impetrante. 3. Esta Corte Superior orienta que a impetração de mandado de segurança interrompe o prazo prescricional para o ajuizamento da ação de repetição de indébito, entendimento esse que, pela mesma ratio decidendi, permite concluir que tal interrupção também se opera para fins do exercício do direito à compensação declarado a ser exercido na esfera administrativa, de sorte que, quando do encontro de contas, o contribuinte poderá aproveitar o valor referente a indêbitos recolhidos nos cinco anos anteriores à data da impetração. 4. Embargos de divergência providos. (EREsp n. 1.770.495/RS, relator Ministro Gurgel de Faria, Primeira Seção, julgado em 10/11/2021, DJe de 17/12/2021 grifado).*

Assim, impõe-se a restituição dos valores recolhidos indevidamente, respeitado o prazo prescricional de cinco (5) anos anteriores à impetração, cujo montante será apurado em liquidação de sentença, quando o autor deverá apresentar os comprovantes de todos os pagamentos que alega ter efetuado, facultada a realização de prova pericial, com incidência de juros de mora a partir do trânsito em julgado da sentença (STJ, Súmula 188) e correção monetária desde o pagamento indevido (STJ, Súmula 162), aplicando-se até 08/12/2021 os mesmos índices adotados pelo Município para



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA**  
**PODER JUDICIÁRIO**  
 São Paulo

a cobrança de tributos em atraso, ou seja, com juros moratórios à razão de um por cento (1%) ao mês, salvo se sobrevier lei em sentido diverso (CTN, art. 161, §1º), ressalvada a possibilidade de utilização da *Taxa Selic*, sem cumulação com quaisquer outros índices, conforme parâmetros estabelecidos no julgamento do RE 870.947/SE Tema 810/STF e Tema 905/STJ.

A despeito do disposto no art. 167, parágrafo único, do CTN, a partir da vigência da Emenda Constitucional nº 113/2021, em 09/12/2021, a *Taxa Selic* deverá incidir uma única vez para cálculo dos consectários legais, como estabelece o artigo 3º:

*Nas discussões e nas condenações que envolvam a Fazenda Pública, independentemente de sua natureza e para fins de atualização monetária, de remuneração do capital e de compensação da mora, inclusive do precatório, haverá a incidência, uma única vez, até o efetivo pagamento, do índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), acumulado mensalmente” (grifado).*

E como a matéria ainda depende do julgamento da ADI nº 7.047/DF, em que se questiona a constitucionalidade do aludido artigo 3º, da EC nº 113/2021, em que será definido o marco temporal para a sua aplicação, incide, no caso, a regra geral da retroatividade mínima, aplicando-se aquela norma somente após a sua vigência.

Daí porque, **dá-se provimento ao recurso** para determinar a restituição dos valores pagos indevidamente ao Município de São Paulo, como estabelecido, invertidas a sucumbência e a verba honorária que serão definidas em liquidação do julgado (CPC, art. 85, § 4º, inc. II).

*OCTAVIO MACHADO DE BARROS*

Relator