



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0000415318

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2007212-09.2021.8.26.0000, da Comarca de Campinas, em que é agravante MAIORH CONSULTING LTDA, é agravado MUNICÍPIO DE CAMPINAS.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), BEATRIZ BRAGA E HENRIQUE HARRIS JÚNIOR.

São Paulo, 30 de maio de 2021.

RICARDO CHIMENTI

Relator

Assinatura Eletrônica

Voto n. 19515

Ano: 2021

Agravo de Instrumento n. 2007212-09.2021.8.26.0000

Comarca: Campinas

Agravante: Maiorh Consulting Ltda

Agravado : Município de Campinas

Execução Fiscal. ISS e Multa pelo Descumprimento de Obrigação Acessória (inserção de dados incorretos em nota fiscal). Decisão que rejeitou exceção de pré-executividade oposta, sob o fundamento de que não ocorreu a decadência dos créditos executados, o Auto de Infração é válido e a base de cálculo do ISS referente à atividade desempenhada pela executada já foi determinada quando do julgamento do processo de nº 0036822-88.2010.8.26.0114, havendo coisa julgada sobre a matéria. Insurgência do excipiente. Pretensão à reforma. Desacolhimento.

Nulidade em razão da ausência de individualização das bases de cálculo de ambos os serviços que não se verifica. Auto de Infração que é fundão apenas nos serviços enquadrados no item 17.05 da Lista Anexa a Lei Municipal nº 12.392/05. Inexistência de menção a serviços referentes ao item 17.04.

Alegação da executada de que exerce preponderantemente atividade de intermediação de mão de obra temporária, de forma que o ISS deve ser calculado tomando por base o valor da “taxa de agenciamento”, e não o valor total das notas fiscais de prestação de serviço. Ausência de prova cabal. Necessidade de dilação probatória, só viável em sede de embargos à execução fiscal.

Decisão mantida. Recurso não provido.

I – Relatório

Trata-se de agravo de instrumento interposto por **Maiorh Consulting Ltda.** em face da r. decisão de p. 106/108 dos autos da Execução fiscal de nº 1045905-33.2018.8.26.0114 (copiada às p. 126/128), que rejeitou a exceção de pré-executividade oposta pela executada, ante o reconhecimento de que: a) não ocorreu a decadência dos créditos executados; b) o Auto de Infração é

válido; c) a base de cálculo do ISS referente à atividade desempenhada pela executada já foi determinada quando do julgamento do processo de nº 0036822-88.2010.8.26.0114, havendo coisa julgada sobre a matéria.

Preliminarmente, requer a agravante a antecipação dos efeitos da tutela, ante o risco iminente de expropriação de seus bens.

No mérito, alega, em síntese, que (I) exerce as atividades de agenciamento de mão de obra temporária (intermediação), no regime da lei nº. 6.019/74 e, em algumas ocasiões, a terceirização de mão de obra (itens 17.04 e 17.05 da Lista Anexa a Lei Municipal nº 12.392/05); (II) nos termos da Súmula 524 do Superior Tribunal de Justiça as referidas atividades possuem base de cálculo distintas para o ISS; (III) o Auto de Infração lavrado pela municipalidade não diferenciou os serviços prestados, em que pese o reconhecimento da prestação de ambos, aplicando a alíquota de ISS, em ambos os casos, sobre o valor total das notas, o que implica em sua nulidade; (IV) o entendimento firmado quando do julgamento do processo de nº 0036822-88.2010.8.26.0114, foi anterior à Súmula 524 do C. STJ; (V) a executada exerce atividade de intermediação de mão de obra temporária, de forma que o ISS deve ser calculado tomando por base o valor da “taxa de agenciamento”, e não o valor total das notas fiscais de prestação de serviço. Requer o conhecimento e provimento do presente recurso, nos termos das razões recursais (p. 01/20).

A antecipação dos efeitos da tutela for indeferida pela decisão de p. 135/137

A municipalidade agravada apresentou contraminuta de p. 144/155

II – Fundamentação

O recurso, tempestivo e preparado (p. 132/133 e 142), não comporta provimento.

decadência restou incontroverso, tendo em vista que a agravante não apresentou qualquer manifestação em sentido diverso em suas razões recursais.

No mais, compulsando os autos, verifica-se que, embora a fiscalização da Fazenda Pública tenha auditado a contabilidade da executada no período de julho de 2010 a novembro de 2015 (cf. p. 27), o Auto de Infração que deu origem à presente execução refere-se apenas às infrações cometidas entre 05/06/2014 e 30/11/2015 (cf. p. 23). Ademais, conforme se extrai claramente dos documentos de p. 73/97 dos autos do processo em primeiro grau, especialmente do documento de p. 95, a autuação tomou por base unicamente as notas fiscais de atividades prestadas pela executada e descritas no item 17.05 da Lista de Serviços, não havendo qualquer menção a serviços enquadrados no item 17.04.

Conforme se extrai da *ratio decidendi* do acórdão proferido na Apelação referida pela r. Sentença (sem efeito prospectivo) e da Súmula 524 do C. STJ, a base de cálculo do ISSQN engloba também os valores dos salários e encargos sociais dos trabalhadores por ela contratados nas hipóteses de fornecimento de mão de obra (que o serviço descrito no item 17.05 utilizado para justificar a autuação questionada).

No tocante à alegada incorreção do enquadramento do serviço, observo que na execução fiscal admite-se defesa pela chamada exceção ou objeção de pré-executividade, versando questões suscetíveis de cognição de plano, sem prévia dilação probatória.

Nesse sentido o entendimento do Superior Tribunal de Justiça, consolidado na Súmula 393, do seguinte teor:

“A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória”.

No caso dos autos, no entanto, a excipiente, ora agravante, efetivamente não apresentou prova pré-constituída capaz de respaldar a sua

pretensão. Isso porque alega que exerce preponderantemente atividade de intermediação de mão de obra temporária, a ser enquadrada no item 17.04 da Lista Anexa a Lei Municipal nº 12.392/05, de forma que a base de cálculo do ISS devido deveria tomar por base apenas a “taxa de agenciamento”, e não o valor total das notas fiscais de prestação de serviços.

Todavia, não se verifica que a agravante tenha juntado aos autos qualquer documento apto a comprovar a alegação.

A exequente, por sua vez, reitera-se, apresentou os documentos de p. 93/117 destes autos e páginas 73/97 dos autos do processo em primeiro grau), os quais sugerem que a executada prestou serviços de fornecimento de mão de obra (a justificar o enquadramento no item 17.05), bem como para esclarecem que “*apenas a atividade de fornecimento de mão de obra (item 17.05) foi considerada na lavratura do AIIM em debate.*” (p. 115).

Com isso, a via estreita da exceção de pré-executividade não permite se deliberar, com segurança, sobre a natureza dos serviços prestados pela executada e, conseqüentemente, a base de cálculo adequada para cálculo do ISS. Com isso, a presunção, ainda que *juris tantum*, de legalidade dos atos do Poder Público deve ser mantida por ora e só poderá ser afastada após dilação probatória favorável ao executado e que não é compatível em exceção de pré-executividade.

Em síntese, trata-se de matéria que somente pode ser decidida em sede de embargos à execução, após dilação probatória, uma vez que as questões levadas ao juízo singular não restaram cabalmente demonstradas nos autos da execução fiscal.

Frise-se que neste E. Tribunal de Justiça, em casos assemelhados, as Câmaras especializadas em matéria tributária municipal têm adotado o entendimento aqui externado:

Confirmam-se as ementas:

“Execução Fiscal. Decisão que rejeitou a exceção de pré-executividade, na qual alegada ilegitimidade passiva. Pretensão à reforma. Desacolhimento. Documentos acostados aos autos que não comprovam, de plano, a ilegitimidade passiva do agravante. Decisão mantida. Recurso não provido..”

(Relator(a): Ricardo Chimenti, Comarca: Bariri, Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 13.07.2017; Data da publicação: 19.07.2017)

“Agravado de instrumento – Execução fiscal – ISSQN – Exercício de 2011 – Exceção de pré-executividade rejeitada – Pretensão à reforma da decisão – Inadmissibilidade - Questões aventadas que demandam dilação probatória, inviável em sede de exceção de pré-executividade – Decisão agravada mantida – Agravo desprovido.”

(Relator(a): Roberto Martins de Souza; Comarca: Campos do Jordão; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 25.05.2017; Data da publicação: 26.05.2017)

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - Execução fiscal – Exceção de pré-executividade - IPTU dos exercícios de 2007 a 2010 e de 2013 a 2015. 1) Alegação de ilegitimidade passiva e de prescrição dos créditos de 2007 a 2010 - Decisão que entendeu que a análise das alegações demandaria dilação probatória - Questões controvertidas - Discussão que não se admite na estreita via da exceção de pré-executividade. 2) Pretensão da Municipalidade de alteração dos fundamentos da decisão para reconhecer desde logo a legitimidade passiva do excipiente e afastar a alegação de prescrição - Impossibilidade – Recurso interposto apenas pelo excipiente - Alteração que implicaria reformatio in pejus - Decisão mantida. Agravo improvido”

(Relator(a): Eutálio Porto, Comarca: São José do Rio Preto; Órgão julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 22.06.2017; Data da publicação: 27.06.2017)

Cumpra registrar que diante da rejeição da exceção, não há condenação nos encargos da sucumbência, pois com o desacolhimento do incidente a execução prosseguirá.

Assim, não há mais nada a se considerar para concluir que o entendimento esposado pelo MM. Juiz a quo deve prevalecer.

A fim de evitar o ritual de passagem estabelecido no artigo 1025 do CPC/2015, a multiplicação dos embargos de declaração prequestionadores e os prejuízos dele decorrentes, nos termos dos artigos 8º (em especial dos princípios da razoabilidade e da eficiência) e do art. 139, II (princípio da duração razoável do processo), ambos do CPC/2015, para fins de “prequestionamento ficto” desde logo se consideram incluídos neste acórdão os



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

elementos que cada a parte suscitou nas suas razões de recurso.

III – Conclusão

Diante do exposto, **nega-se provimento ao recurso.**

RICARDO CHIMENTI
Relator
(Assinatura Eletrônica)