



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

**Registro: 2021.0000418522**

**ACÓRDÃO**

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1039951-63.2016.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante UNIÃO CONSULTORIA EXECUÇÃO DE PROJETOS DE GESTÃO S/S, 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 a dra. Fernanda Fagundes Menezes Neves OAB/SP 146648.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente), MÔNICA SERRANO E REZENDE SILVEIRA.

São Paulo, 27 de maio de 2021

**OCTAVIO MACHADO DE BARROS**

**RELATOR**

**Assinatura Eletrônica**



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

**Voto 24.474.**

**Apelação nº 1039951-63.2016.8.26.0053.**

**Apelante: União Consultoria Execução de Projetos de  
Gestão S/S.**

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

APELAÇÃO – AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO – ISSQN – Período de abril de 2011 a setembro de 2016 – Legitimidade ativa da prestadora de serviços que demonstrou ter suportado o encargo financeiro do tributo – CTN, artigo 166 – Responsabilidade do tomador pela retenção do imposto quando o prestador do serviço está estabelecido em município diverso, sem prévia inscrição no Cadastro de Empresas de Fora do Município/CPOM – Ilegitimidade da cobrança, conforme entendimento firmado pelo STF no julgamento do RE nº 1167509/SP - Tema 1020 e precedentes desta Corte - Repetição que deve ser liquidada conforme Súmulas 162 e 188 do STJ – Dívida de natureza tributária – Juros moratórios e correção monetária devidos conforme RE 870.947/SE – STF Tema 810 e STJ Tema 905 – Recurso provido.

Apelação contra sentença que extinguiu o processo por ilegitimidade ativa (CPC, art. 485, inciso VI c.c. art. 316), sob o fundamento de que cabia ao tomador do serviço pleitear a restituição, condenando a autora no pagamento das custas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor atualizado da causa<sup>1</sup>. Inconformada, a apelante sustenta ser parte legítima para pleitear a repetição do indébito porque assumiu o encargo financeiro do tributo, uma vez que o imposto foi descontado do valor que recebeu pela prestação dos serviços, como confirma o laudo pericial (fls. 1.778/1.857). No mérito, alega que a simples inexistência de inscrição no *Cadastro de Prestadores de Serviços de Outro Município – CPOM* não legitima os recolhimentos do ISSQN ao Município

---

<sup>1</sup> Valor da causa: R\$ 210.328,99 em setembro de 2016.



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

de São Paulo, sob pena de violar a competência tributária definida na Constituição Federal e na LC nº 116/03, pois, no caso, o imposto é devido ao Município de Nova Lima/MG, onde se localiza o estabelecimento prestador da autora.

Recurso regularmente recebido e processado com resposta.

**Relatado.**

Impõe-se a reforma da sentença para reconhecer a legitimidade ativa da autora porque demonstrou ter suportado o encargo financeiro, nos termos do artigo 166, do CTN, já que o imposto foi abatido do valor pago pela prestação dos serviços, como demonstra a resposta ao quinto quesito do laudo pericial, em que o *expert* afirma: *conforme escrituração contábil, a autora recebeu de seus clientes o valor líquido pelos serviços prestados, com a retenção do ISS na fonte, o que comprova que a mesma suportou o ônus do tributo (fls. 1.792).*

No mérito, como autoriza o artigo 1.013, § 3º, inciso I, do CPC, o recurso merece provimento.

Cuida-se de ação de repetição de indébito pelo recolhimento de ISSQN ao Município de São Paulo, no período de abril de 2011 a setembro de 2016, por tomadores dos serviços de consultoria em gestão empresarial prestados pela apelante, sediada em Nova Lima/MG, por força do disposto no artigo 9º-A, da Lei Municipal nº 13.701/2013, com redação dada pela Lei Municipal nº 14.042/2005, que exige prévio cadastramento dos prestadores de serviço estabelecidos em município diverso, cabendo ao tomador a obrigação de reter o tributo na fonte se não



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

providenciada a inscrição junto à Secretaria Municipal de Finanças pelo prestador, como no presente caso.

Embora o Órgão Especial tenha reconhecido a constitucionalidade da Lei Municipal nº 14.042/2005, na ADI n. 9029095-49.2005.8.26.0000, o entendimento fica superado com o recente julgamento do Recurso Extraordinário, com repercussão geral (RE nº 1167509/SP – Tema 1020), em que o Supremo Tribunal declarou a inconstitucionalidade do artigo 9º, *caput* e §2º, da Lei 13.701/2003, com redação dada pela Lei nº 14.042/2005.

Assim, fica adotada a tese da Repercussão Geral: “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” para reconhecer a ilegitimidade da retenção do imposto, por descumprimento de obrigação tributária acessória, determinada pelo Município de São Paulo como, a propósito, já vinha sendo adotado por este Tribunal de Justiça:

*APELAÇÃO – Repetição de indébito – São Paulo – ISS – Legitimidade ativa para pleitear repetição de indébito – Não transferência do encargo financeiro à empresa tomadora – Artigo 166 do CTN – Obrigação do tomador de reter na fonte o ISS incidente sobre serviços de prestadores estabelecidos em outros Municípios e não inscritos no Cadastro de Empresas de Fora do Município (CPOM) - Art. 9º-A, § 2º, da Lei Municipal nº 13.701/2003 - Empresas prestadoras sediadas no Município de Porto Alegre, contratadas para a prestação de serviços advocatícios e de contabilidade para empresa sediada em São Paulo – Incompetência do Município de São Paulo – Repetição de indébito apenas do ISS retido sobre o valor dos honorários advocatícios – Demais notas fiscais não relacionadas com o objeto da presente demanda – RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.*



TRIBUNAL DE JUSTIÇA  
PODER JUDICIÁRIO  
São Paulo

(Apelação Cível 1029629-47.2017.8.26.0053; Relator (a): Henrique Harris Júnior; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 29/07/2020).

*APELAÇÃO – Ação de Repetição de Indébito – ISS retido na fonte pela tomadora de serviço com sede em São Paulo – Prestadora não cumpriu dever acessório de se cadastrar nessa Municipalidade – Legitimidade para pleitear a repetição do ISS – Descumprimento de obrigação acessória não pode fazer surgir obrigação tributária, já que ausentes os requisitos – 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 – Sentença mantida – RECURSO DESPROVIDO. (Apelação Cível 1024418-59.2019.8.26.0053; Relator (a): Mônica Serrano; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do Julgamento: 14/07/2020).*

E para efeito de restituição dos valores recolhidos indevidamente, respeitado o prazo da prescrição quinquenal, devem incidir juros da mora a partir do trânsito em julgado da sentença (STJ, Súmula 188) e correção monetária desde os pagamentos indevidos (STJ, Súmula 162), como estabeleceu o Supremo Tribunal no julgamento do RE nº 870.947/SE - Tema 810, com Repercussão Geral e bem assim, no julgamento do REsp nº 1495146/MG - Tema 905, submetido ao regime dos Recursos Repetitivos pelo Superior Tribunal de Justiça.

Cabe ainda registrar a inaplicabilidade do artigo 1º-F, da Lei nº 9.494/97, com alteração pela Lei nº 11.960/09, por se tratar de condenação imposta à Fazenda Pública decorrente de relação jurídico tributária, pois a adoção desses índices implicaria em discriminar, de forma arbitrária, em flagrante violação ao princípio da isonomia (CF, art. 5º, *caput*)



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

e ao direito de propriedade (CF, art. 5º, XXII). Portanto, por equidade, aplicam-se os mesmos índices que o município adota para a cobrança dos tributos pagos em atraso, ou seja, com juros moratórios à razão de 1% ao mês, salvo se sobrevier lei em sentido diverso (CTN, art. 161, §1º), ressalvada a possibilidade de utilização da Taxa Selic, vedada a sua cumulação com quaisquer outros índices, desde que observada a regra isonômica, de acordo com a legislação específica do ente tributante. No tocante à correção monetária, fica adotado o IPCA-E porque repõe a desvalorização da moeda no período, como preconizam os julgados supracitados.

Daí porque, **dá-se provimento** ao recurso para determinar a restituição dos valores pagos indevidamente, invertidos os ônus da sucumbência.

*OCTAVIO MACHADO DE BARROS*

*Relator*