



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2021.0001036089

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1030589-03.2017.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado ABYARA BROKERS INTERMEDIÇÃO IMOBILIÁRIA LTDA.

ACORDAM, em 14^a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U., ressalvado entendimento do 3º juiz quanto aos honorários recursaia que declara. Sustentou oralmente o dr. Fernando Gomes de Souza e Silva OAB/RJ 116966.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores OCTAVIO MACHADO DE BARROS (Presidente sem voto), GERALDO XAVIER E JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 16 de dezembro de 2021.

REZENDE SILVEIRA
RELATOR
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

APELAÇÃO Nº 1030589-03.2017.8.26.0053

APELANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO

**APELADO: ABYARA BROKERS INTERMEDIÇÃO IMOBILIÁRIA
LTDA**

COMARCA: SÃO PAULO

VOTO Nº 26047

EMENTA

APELAÇÃO – AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL – ISS – MUNICÍPIO DE SÃO PAULO – Exercícios de 2009 a 2011 – Voto de qualidade do Presidente do Conselho Municipal de Tributos, para fins de desempate, por força do disposto no art. 60, § 2º da Lei Municipal nº 14.107/2005, regulamentada pelo artigo 11 do Decreto Municipal nº 54.800/2014 - Não caracterização de irregularidade no critério de desempate previsto na lei municipal que atende ao princípio da supremacia do interesse público e não afronta o princípio da isonomia - Em âmbito administrativo, o interesse público na arrecadação de tributos prevalece em caso de empate na análise e julgamento das impugnações e recursos do contribuinte, não cabendo interpretação extensiva ao disposto no artigo 112 do CTN, pois este apenas alude à aplicação de lei tributária mais benéfica em caso de penalidade ao contribuinte e que nada diz respeito ao exame da responsabilidade deste no pagamento do tributo, com as consequências legais do inadimplemento seja da obrigação principal seja da obrigação acessória – Ausência, ademais, de reconhecimento de inconstitucionalidade da lei local – Autuação, no entanto, efetuada por supostas diferenças de ISS relativas aos exercícios de 2009 a 2011 incidentes sobre a parcela de comissões recebidas pelos corretores autônomos na venda de imóveis - Natureza jurídica da relação contratual havida entre a imobiliária e seus corretores associados que é diversa do conceito de serviços - Obrigação de dar e não de fazer - Impossibilidade de cobrança de ISS – Sentença mantida por esses fundamentos - Verba honorária mantida - Recurso improvido.

Vistos.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Trata-se de tempestivo recurso de apelação interposto pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO PAULO** (fls. 1557/1588) por meio do qual objetiva a reforma da sentença de fls. 1542/1552 que julgou procedente o pedido para anular o julgamento de competência da 3º Câmara do Conselho Municipal de Tributos (CMT/SP), proferido por maioria qualificada, por violação ao princípio *do in dubio pro contribuinte*, em razão do voto de qualidade, bem como anular o lançamento fiscal consubstanciado nos autos de infração nºs 6.695.883-0, 6.695.885-7, 6.695.893-8, 6.695.944-6 (dezembro de 2009), 6.695.945-4 e 6.695.949-7, condenando-a ainda ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados, por equidade, em R\$ 200.000,00 (duzentos mil reais).

Em relação ao procedimento administrativo, sustenta, em suma, que o voto de qualidade está em consonância com a legislação tributária e guarda previsão em lei municipal.

Quanto ao mérito, alega que os tomadores contratam a apelada para intermediar a venda de seus produtos imobiliários, atividade descrita no item 10.05 da Lista Anexa à Lei 116/03, mantendo contato exclusivamente com a apelada, pouco importando qual corretor e como será feita a captação de um comprador. Alega que o tomador seja uma incorporadora ou um proprietário contrata a apelada em virtude de seu renome.

Alega ainda que a atuação dos corretores de imóveis vinculados à apelada acontece de maneira conjunta pois os corretores se apresentam como interpostos da empresa e a formação da operação econômica que dá causa ao pagamento da comissão de corretagem é una, razão pela qual o ISS deve incidir sobre o valor total da comissão devida por quem contrata a imobiliária.

Sustenta que a forma de pagamento do contrato não tem o condão de alterar a materialidade da relação jurídica em questão.

Sustenta ainda que os valores não transitam no caixa da apelada por opção sua que, na condição de credora, determina o pagamento aos seus interpostos, sendo que a forma



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

de divisão interna dos valores não pode ser oponível ao fisco à luz do disposto no artigo 123 do CTN.

Requer a reforma da sentença e alternativamente a redução da verba honorária fixada.

Contrarrazões a fls. 1592/1616.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

A apelada ajuizou a presente ação anulatória pretendendo a desconstituição dos autos de infração nºs 006.695.883-0, 006.695.885-7, 006.695.893-8, 006.695.944-6 (parte – apenas dez/2009), 006.695.945-4, 006.695.949-7, que exigem Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (“ISSQN”) e multas sobre receitas de corretagem (intermediação) imobiliária, dos exercícios de 2009 a 2011.

Alegou que o modelo de negócios por meio do qual celebra “contratos de parceria” com corretores “associados” é válido, conforme previsto na Lei Federal nº 6.530/78 com a redação dada pela Lei nº 13.087/15; que é ilegal o uso da base de cálculo apurada pela fiscalização, por ter incluído os valores das comissões recebidas pelos corretores “associados”, sendo que o valor recebido a título de comissão seria oferecido à tributação pelo ISS, sendo parte pela apelada e o restante pelos corretores pessoas físicas. Alegou ainda que os corretores não recebem quaisquer remunerações da apelada, uma vez que suas parcelas das comissões foram pagas diretamente pelos compradores dos imóveis.

Alegou ainda que o voto de qualidade proferido em seu desfavor no âmbito administrativo violaria o artigo 112 do CTN, bem como alegou o caráter confiscatória das multas.

A apelante contestou, foi produzida prova pericial e, após a apresentação de alegações finais pelas partes foi proferida a sentença ora recorrida.

Em relação ao voto de qualidade, com razão a apelante.

De fato, em âmbito administrativo, prevalece o princípio da supremacia do interesse público sobre o interesse



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

do particular, notadamente em se tratando de matéria tributária, que vem estampada na Lei Municipal nº 14.107/2005 que dispõe sobre o processo administrativo fiscal e que criou o Conselho Municipal de Tributos, mais precisamente no seu artigo 60, § 2º e também pelo artigo 11 do Decreto Municipal nº 54.800/2014, conferindo ao presidente do aludido conselho, o voto qualificado ou de desempate, justamente para atender à finalidade do órgão julgador tributário, criado dentro da estrutura administrativa do Poder Executivo Municipal que, evidentemente, será norteado, precipuamente, pelo interesse público na arrecadação.

Não há, portanto, que se aplicar o princípio mais favorável ao contribuinte em caso de dúvida, pois o disposto no artigo 112 do Código Tributário Nacional, prevê apenas a aplicação de legislação tributária mais benéfica em caso de infrações ou penalidades se a legislação mais nova assim o prever, o que não se dá no caso concreto.

Como já mencionado, no caso concreto, a apelada deixou de recolher ISS devido pelas receitas de corretagem de seus associados. Não se criou novo tributo e as penalidades previstas na legislação municipal tributária decorrem do descumprimento da obrigação principal e de obrigação acessória, o que, aparentemente, não se mostra abusiva e não há em legislação posterior multa inferior que pudesse ser aplicada.

A apelada interpôs recurso ordinário perante a 3ª Câmara julgadora do Conselho Municipal de Tributos e, como a sua composição é de seis membros, o Presidente que a integra proferiu voto para negar provimento ao recurso na parte que manteve os tributos ora discutidos no que se denomina “voto de qualidade”, para fins de desempate.

O princípio do “in dubio pro reo”, portanto, em matéria tributária examinada em âmbito administrativo, não se aplica e nem prevalece sobre o princípio da supremacia do interesse público na arrecadação de tributos sobre o interesse do contribuinte e nem tampouco na presunção de legalidade do ato administrativo.

Inclusive, o Supremo Tribunal Federal, por



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

meio de decisão monocrática proferida pelo ministro LUIZ FUX, na condição de presidente daquela Corte, em razão do impedimento do Ministro DIAS TOFFOLI, julgou procedente o pedido de suspensão de concessão de ordem em mandado de segurança quando da execução de sentença que anulou o julgamento realizado pela 1ª Câmara Superior de Recursos Fiscais do CARF, formulado pela União Federal, para restabelecer os efeitos do voto de qualidade do presidente daquele órgão administrativos, previsto no art. 25 da Lei nº 11.941/2009, ratificando a liminar anteriormente deferida, justamente para evitar o perigo de grave dano à ordem e economias públicas (Suspensão de Segurança nº 5282/DF, publicado no DJE 129 de 14.06.2019), o que mais reforça a prevalência do interesse público.

E como não se tem notícia da declaração de inconstitucionalidade da Lei nº 14.107/2005 ou análoga pelo órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado de São Paulo ou mesmo de pronunciamento do Supremo Tribunal Federal com força de repercussão geral, não se pode acolher as alegações de ilegalidade ou violação de princípios constitucionais no julgamento administrativo tributário, com adoção do voto de qualidade atribuída ao presidente do Conselho Municipal de Tributos ou da Câmara Julgadora, para fins de desempate no julgamento dos recursos interpostos pelos contribuintes naquele âmbito, prevalecendo a presunção de legalidade do ato.

Não se olvida que a matéria referente ao voto de qualidade está em discussão no STF, na ADI 6399, mas atualmente, o julgamento está suspenso, sem data para retorno, a pedido do Ministro Alexandre de Moraes, prevalecendo, assim, o entendimento supramencionado que entende válido o voto de qualidade, não havendo, assim, que se falar em reforma do julgamento administrativo.

Quanto à incidência do ISS, no entanto, sem razão a apelante, no que se mantém a conclusão e fundamento da sentença, suficiente para julgar procedente o pedido.

A natureza jurídica da relação contratual havida entre a apelada e seus corretores associados é bem diversa do conceito de serviços, pois implica em obrigação de



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dar e não de fazer, uma vez que tal associação ou parceria cria relação jurídica com obrigações e deveres, mediante vantagem recíproca entre os associados ou parceiros, em típica obrigação de dar, bem diversa da obrigação de fazer que reclama o fato gerador do ISSQN.

Ademais, a própria Prefeitura Municipal, por meio de Parecer Normativo da Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico nº 1 de 31 de agosto de 2015 reconheceu expressamente que os valores recebidos pelos corretores de imóveis, na condição de pessoas físicas, em decorrência de contrato de associação com imobiliárias, não compõem a base de cálculo do ISSQN incidente sobre os serviços de agenciamento, corretagem ou intermediação de bens imóveis previstos no subitem 10.05 da lista anexa da Lei Municipal 13.701/2003, devido pelas imobiliárias, na condição de pessoas jurídicas.

Ainda que o parecer não tenha efeito retroativo, o seu conteúdo e reconhecimento jurídico autoriza a conclusão de que, a par da não incidência de ISSQN sobre o contrato firmado entre a apelada e seus corretores autônomos, incluindo a eventual vantagem percebida por força dessa relação contratual, inexistente relação jurídico-tributária que retroage ao tempo dos créditos, que foram objeto de autuação e que deram origem aos títulos que aparelham as execuções fiscais, objeto da presente da ação anulatória.

Ressalte-se, ademais, que o laudo pericial é extreme de dúvida quanto ao fato de que a remuneração dos corretores associados não ingressou no caixa da apelada (fls. 1301), ou seja, o pagamento da corretagem aos corretores associados foi feito diretamente pelo comprador àqueles que seriam então os responsáveis tributários pelo recolhimento do ISS sobre os valores por eles recebidos.

Assim, não há como responsabilizar a apelada por valores que não foram por ela recebidos.

Por sua vez, nada há a ser alterado em relação à verba honorária fixada na sentença, pois de acordo com o disposto no artigo 85, § 8º do Código de Processo Civil,



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

atendidos os requisitos previstos no § 2º do mesmo artigo, especialmente quanto à complexidade da causa e tempo decorrido desde o ajuizamento.

Por fim, majora-se a verba honorária, a título de honorários recursais, em mais R\$ 50.000,00 (cinquenta mil reais), de acordo com o disposto no artigo 85, § 8º e 11 do Código de Processo Civil, considerando a extensão dos trabalhos do patrono do vencedor em âmbito recursal.

Dessa forma, conquanto acolhida a tese da apelante quanto à validade do voto de qualidade, é o caso de improvimento do recurso diante da manutenção da anulação dos lançamentos em razão do reconhecimento da ilegalidade da exigência de ISS sobre valores de prestação de serviços efetuados por corretores associados da apelada.

Diante do exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

REZENDE SILVEIRA
Relator



Voto nº 35835 [DIGITAL]

Apelação nº 1030589-03.2017.8.26.0053

Apelante: Município de São Paulo

Apelada: Abyara Brokers Intermediação Imobiliária Ltda

Comarca: São Paulo

DECLARAÇÃO DE VOTO

Acompanho o voto do Relator, ressaltando, contudo, posição quanto aos honorários recursais.

Conforme entendimento do Superior Tribunal de Justiça, também nas causas de elevado valor em que seja parte a Fazenda Pública, cabe fixação de verba honorária por equidade, afastando-se a aplicação dos parâmetros previstos no §3º, do art. 85 do CPC.

Veja-se:

“(…) A fixação dos honorários advocatícios não está adstrita aos limites percentuais de 10% (dez) e 20% (vinte) por cento, constante do § 2º do art. 85 do CPC, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou a condenação ou mesmo uma quantia fixa, segundo o critério de equidade previsto no § 8º do mencionado normativo. Precedentes do STJ.(…)”.¹

E, ainda, esta Corte:

“PROCESSUAL CIVIL – CUMPRIMENTO DE SENTENÇA – EXECUÇÃO CONTRA A FAZENDA PÚBLICA – IMPUGNAÇÃO – REJEIÇÃO - SUCUMBÊNCIA - HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS - APRECIÇÃO EQUITATIVA - ADMISSIBILIDADE. 1. Cumprimento de sentença contra a Fazenda Pública. Impugnação rejeitada.

¹ AgInt no AREsp 1284752 / RS. Relatora Ministra Nancy Andrighi, j. 21.8.2018.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sucumbência. **Condenação em honorários advocatícios consoante apreciação equitativa (art. 85, § 8º, CPC). Admissibilidade.** 2. Assim como é cabível o arbitramento por equidade nas causas em que for inestimável ou irrisório o proveito econômico ou, ainda, quando o valor da causa for muito baixo (art. 85, § 8º), pela mesma razão há de se adotar o arbitramento por equidade nas hipóteses em que o elevado valor da causa resultar em honorários incompatíveis com o trabalho desenvolvido no processo. Aplicação dos princípios da moralidade administrativa e razoabilidade. Decisão reformada. Recurso provido, em parte”.²

Assim, diante do elevado valor da causa³, e considerando os honorários advocatícios fixados por equidade pelo Juízo (R\$ 200.000,00), entendo que a majoração desta verba pelo trabalho adicional realizado em sede recursal em mais R\$ 50.000,00 - *correspondente a 25% da remuneração devida aos patronos da autora por todo o trabalho desenvolvido em primeira instância, que envolveu realização de perícia, além de intenso contraditório* -, não atende o princípio da razoabilidade.

Ante o exposto, pelo meu voto, **nega-se provimento** ao recurso, ressalvado entendimento quanto à verba honorária recursal.

João Alberto Pezarini
Desembargador

² Agravo de instrumento nº 2251416-33.2016.8.26.0000, Relator Décio Notarangeli, j. 08.03.2017.

³ R\$ 18.826.217,00 em 07/07/2017.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Este documento é cópia do original que recebeu as seguintes assinaturas digitais:

Pg. inicial	Pg. final	Categoria	Nome do assinante	Confirmação
1	8	Acórdãos Eletrônicos	ALOISIO SERGIO REZENDE SILVEIRA	17F00254
9	10	Declarações de Votos	JOAO ALBERTO PEZARINI	183BDCF2

Para conferir o original acesse o site:

<https://esaj.tjsp.jus.br/pastadigital/sg/abrirConferenciaDocumento.do>, informando o processo 1030589-03.2017.8.26.0053 e o código de confirmação da tabela acima.