



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo nº: **1050347-70.2014.8.26.0053 - Procedimento Ordinário**
 Requerente: **[REDACTED]**
 Requerido: **Prefeitura do Município de São Paulo**
 Juiz(a) de Direito: Dr(a). Lais Helena Bresser Lang

Vistos.

Trata-se de ação ordinária ajuizada por **[REDACTED]** contra Prefeitura do Município de São Paulo, objetivando a anulação de débito fiscal de ISS e o reconhecimento de imunidade tributária.

A autora é fundação sem fins lucrativos e é mantenedora do Hospital do Rim e Hipertensão, a qual se declara como entidade de utilidade pública federal, sendo-lhe reconhecida natureza filantrópica pela Administração Pública em âmbito federal, estadual e municipal. A requerente foi autuada por suposta falta de recolhimento do ISS pela prestação de serviços indicados nos itens 2, 23, 04.03 e 17.01 da lista de serviços tributáveis referentes aos códigos de serviços 03786, 02941, 4189, nos exercícios de 2002 a 2004, sob o fundamento de que estes não seriam enquadráveis no conceito estabelecido no art. 150, V, c e parágrafo 4º da Constituição Federal. Alega, em síntese, que os autos de infração são nulos, na medida em que: (i) houve cerceamento de defesa, tendo em vista que a ré deixou de apresentar o relatório circunstanciado dos fatos que embasaram as autuações; (ii) houve comportamento contraditório da Administração, tendo em vista o reconhecimento de imunidade ao ISS para os exercícios de 2005 a 2010, em que a ré reconhece a esses mesmos serviços a imunidade tributária pleiteada; (iii) os serviços se enquadram na definição estabelecida pelo art. 150, § 4º da Constituição Federal, na medida em que a) a entidade tem natureza beneficente e não distribui parcela de seus lucros aos associados, aplicando todos os seus resultados em atividades beneficentes e b) não há concorrência desleal, tendo em vista que as referidas atividades constituem menos de 20% do faturamento da entidade. Juntou documentos (fls. 48/130), protestou por provas e, à causa, deu o valor de R\$ 14.296.003,26. A gratuidade e a liminar foram deferidas (fls. 132/133).

A ré apresentou contestação (fls. 143/153) sustentando, em resumo, não ser possível a



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

extensão da imunidade para as atividades objeto da demanda, e que tal concessão ocasionaria concorrência desleal. Aduz ainda que os autos de infração são válidos, na medida em que não foram verificados os vícios formais apontados pela autora. Réplica às fls. 156/170.

Relatados. Fundamento e decido.

Julgo antecipadamente o pedido, na forma do art. 330, inciso I, do CPC, eis que de matéria de direito se trata, estando os autos suficientemente instruídos quanto aos fatos.

A pretensão merece guarida.

Cinge-se à controvérsia: (i) nulidade dos autos de infração por conta do cerceamento de defesa e desrespeito ao prazo de apresentação de recurso de 30 dias e não ter apresentado relatório circunstanciado; (ii) a existência de comportamento contraditório da administração; (iii) se as atividades objeto da lide se enquadram na definição estabelecida no art. 150, V, c e parágrafo 4º da Constituição Federal.

Inicialmente, cabe tece algumas considerações acerca do controle judicial dos atos administrativos. Não cabe ao Poder Judiciário reapreciar o conjunto fático-probatório que se produziu no procedimento administrativo, o que configura indevida ingerência da atividade administrativa. Cabe tão somente o exame da legalidade do procedimento, qual seja, se a Administração Pública **obedeceu às prescrições legais, relativas à competência, manifestação de vontade do agente, motivo, objeto, finalidade e forma.** Tal entendimento encontra respaldo na jurisprudência do Tribunal Regional Federal e do TJSP, qual seja:

CONSTITUCIONAL E ADMINISTRATIVO - AGRAVO LEGAL - ART.
 557, § 1º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL - DIREITO
 ADMINISTRATIVO - SERVIDOR PÚBLICO - NULIDADE DO
 PROCESSO ADMINISTRATIVO QUE CULMINOU EM DEMISSÃO -
 PRETENDIDA REINTEGRAÇÃO NO CARGO - ATUAÇÃO DO PODER



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

JUDICIÁRIO RESTRITA AOS ASPECTOS DA LEGALIDADE DO ATO
 - OBSERVÂNCIA DOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DO
 CONTRADITÓRIO E DA AMLPA DEFESA - AGRAVO LEGAL

IMPROVIDO. 1. A apuração dos fatos e a demissão da servidora ocorreram na vigência da Lei nº 1.711/52 e, portanto, antes da unificação dos regimes jurídicos dos servidores da administração federal direta, autárquica e fundacional. 2. O regime dos servidores das autarquias federais não era obrigatoriamente o da Lei nº 1.711/52 ante a ausência de dispositivo expresso neste sentido na Constituição de 1967, bem como no texto daquela própria lei, diferente de como hoje estabelece o artigo 1º da Lei nº 8.112/90. 3. É vedado ao Poder Judiciário adentrar no mérito administrativo, sob pena de violação ao princípio da separação dos Poderes. A sua atuação é restrita aos aspectos de legalidade do ato. Assim, não é cabível o reexame do mérito das provas colhidas no corpo do procedimento administrativo, mas tão somente a análise formal de sua validade. 4. No decorrer do processo administrativo foram asseguradas à autora as garantias constitucionais do contraditório e da ampla defesa, haja vista que formulou sua defesa e teve oportunidade de produzir as provas e contraprovas que achasse conveniente. 5. O processo administrativo que ensejou a demissão da recorrente está em estrita consonância com os princípios previstos na Constituição Federal e na Lei nº 9.784/99, que regula o processo administrativo no âmbito da Administração Pública Federal. 6. Agravo legal improvido. (TRF-3 - AC:

105114 SP 94.03.105114-0, Relator: DESEMBARGADOR FEDERAL
 JOHONSOM DI SALVO, Data de Julgamento: 28/09/2010, PRIMEIRA
 TURMA)

ADMINISTRATIVO SERVIDOR PÚBLICO MUNICIPAL
 PROCESSO ADMINISTRATIVO APLICAÇÃO DE
 PENALIDADE

Pretensão à declaração de nulidade de processo administrativo que culminou com a demissão a bem do serviço público Improcedência pronunciada em



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Primeiro Grau Decisório que merece subsistir - Servidor que foi punido pela prática de concussão após regular processo administrativo, onde foram observados os princípios do contraditório e ampla defesa Decisão administrativa devidamente fundamentada Poder Judiciário que pode reexaminar os atos da Administração somente sob o aspecto da legalidade e da moralidade Princípios respeitados no particular

Decisão mantida Negado provimento ao recurso. (TJ-SP - APL: 06105722620088260053 SP 0610572-26.2008.8.26.0053, Relator: Rubens Rihl, Data de Julgamento: 27/05/2015, 8ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 27/05/2015)

É incontroverso, *in casu*, que não houve apresentação de relatório circunstanciado, requerido pelo art. 11, II, da Lei nº 14.107/05. Diferentemente do alegado pela ré às fls. 152, houve nítido prejuízo à autora, na medida em que prejudica seu direito de ampla defesa às autuações objeto da demanda, que somam conjuntamente mais de mais de quatorze milhões de reais.

Outrossim, anoto que também houve comportamento contraditório por parte da ré. O STJ já pacificou o entendimento, no julgamento do Recurso Especial 141.879/SP, de que a proibição do "*venire contra factum proprium*" incide nas relações entre particulares e Administração Pública. Nesse sentido:

LOTEAMENTO. MUNICIPIO. PRETENSÃO DE ANULAÇÃO DO CONTRATO. BOA-FE. ATOS PROPRIOS. TENDO O MUNICIPIO CELEBRADO CONTRATO DE PROMESSA DE COMPRA E VENDA DE LOTE LOCALIZADO EM IMÓVEL DE SUA PROPRIEDADE, DESCABE O PEDIDO DE ANULAÇÃO DOS ATOS, SE POSSÍVEL A REGULARIZAÇÃO DO LOTEAMENTO QUE ELE MESMO ESTÁ PROMOVENDO. ART. 40 DA LEI 6.766/79. A TEORIA DOS ATOS PROPRIOS IMPEDE QUE A ADMINISTRAÇÃO PÚBLICA RETORNE SOBRE OS PRÓPRIOS PASSOS, PREJUDICANDO OS TERCEIROS



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

QUE CONFIARAM NA REGULARIDADE DE SEU PROCEDIMENTO. RECURSO NÃO CONHECIDO. (STJ - REsp: 141879 SP 1997/0052388-8, Relator: Ministro RUY ROSADO DE AGUIAR, Data de Julgamento: 17/03/1998, T4 - QUARTA TURMA, Data de Publicação: DJ 22/06/1998 p. 90)"

Da mesma forma, é o posicionamento dominante do TJSP sobre o tema, qual seja:

“SEGURO PRESTAMISTA. AÇÃO DE OBRIGAÇÃO DE FAZER. LEGITIMIDADE PASSIVA DA INSTITUIÇÃO FINANCEIRA CONFIGURADA. CONTRATO DE FINANCIAMENTO DE VEÍCULO. Adesão a seguro prestamista para garantia do financiamento. Falecimento do contratante. LIMITAÇÃO DE IDADE PARA CONTRATAR. Contratação que não atentou para a idade do contratante. Inequívoca conduta contraditória do réu, que, ao aceitá-lo como segurado, criou-lhe uma justa expectativa. Vedação ao "venire contra factum proprium". Incompatibilidade com a boa fé objetiva. Decisão mantida. RECURSO DESPROVIDO. (TJ-SP - APL: 00154985620088260132 SP 0015498-56.2008.8.26.0132, Relator: Alberto Gosson, Data de Julgamento: 08/09/2014, 20ª Câmara de Direito Privado, Data de Publicação: 12/09/2014)”

“Apelação Cível - Obrigação de Fazer - Direito à vida e à saúde.

Cerceamento de defesa - Realização de Perícia - Desnecessidade ? Suficiência do atestado e laudo médicos apresentados - Não há o que contestar, do ponto de vista médico, o tratamento recomendado à parte autora, sendo desnecessária a realização de perícia ? Doença suficientemente comprovada pelo laudo médico, no qual o profissional que acompanha o estado de saúde do paciente indica o medicamento e tratamento a ser utilizado. Postura contraditória do Poder Público, que se insurge contra atestado de seu próprio



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

preposto - Vedação ao "venire contra factum proprium" - Temerária conduta processual da parte demandada. Fornecimento de medicamentos - Necessidade imperiosa de se preservar, por razões de natureza ético-jurídica, a saúde e vida das pessoas - Responsabilidade do Poder Público - Arts. 6º, 196 e 203, IV da CF/88 e art.

219 da Carta Paulista - Recursos improvidos. (TJ-SP APL 00175001620128260566 SP 0017500-16.2012.8.26.0566, Relator: Marrey Unt, Data de Julgamento: 29/07/2014, 3ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 29/08/2014)''

O princípio da legalidade, dessa maneira, vincula também o administrador público, "*sendo defeso à Administração Pública agir praeter legem ou contra legem, podendo atuar apenas secundum legem*" (ZANCANER, Weida. *Da convalidação e da invalidação dos atos administrativos*. São Paulo: Malheiros Editores, 2008, p. 25). A presunção da legitimidade dos atos administrativos só ocorre caso os atos do administrador estejam em harmonia com o ordenamento jurídico, o que não ocorreu no presente caso.

Tal como indicado pela autora às fls. 05/08, os serviços relacionados, objeto da lide, foram reconhecidos como imunes nos exercícios subsequentes (2005 a 2010). A ré não demonstrou *in casu* os motivos e as condições diferenciadas que justificariam o reconhecimento da imunidade em um determinado período e não em outro (2002 a 2004). Houve, dessa forma, clara violação ao princípio da segurança jurídica e da isonomia, na medida em que estão presentes, nos períodos supramencionados, o mesmo fato gerador e hipótese de incidência, o que não justifica um tratamento jurídico-tributário diferenciado.

Para analisar se a concessão das imunidades fere o princípio da livre concorrência, cabe tecer algumas considerações acerca do disposto no art. 150, VI, c § 4º, que assim estabelece:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

VI - instituir impostos sobre



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

c) patrimônio, renda ou serviços dos partidos políticos, inclusive suas fundações, das entidades sindicais dos trabalhadores, das instituições de educação e de assistência social, sem fins lucrativos, atendidos os requisitos da lei;

(...)

§ 4º - As vedações expressas no inciso VI, alíneas "b" e "c", compreendem somente o patrimônio, a renda e os serviços, relacionados com as finalidades essenciais das entidades nelas mencionadas.

O intuito principal da norma que concede a referida imunidade é garantir que entidades privadas exerçam funções essenciais do Estado. Dessa forma, é constitucionalmente admissível que as fundações gozem de imunidade tributária, sem que se possa falar em abuso de poder econômico e eliminação da concorrência, proibições estabelecidas nos arts. 170, IV e 173 § 4º da Constituição Federal. Contudo, caso as atividades, mesmo que relacionadas indiretamente aos serviços essenciais das entidades imunes, sejam idênticas ou análogas às atividades das empresas privadas, não devem gozar de proteção imunitória.

O art. 14 do CTN estabelece os critérios para que possa se auferir se tais atividades podem ser submetidas ao regime imunitório, *in verbis* (grifou-se):

Art. 14. O disposto na alínea c do inciso IV do artigo 9º é subordinado à observância dos seguintes requisitos pelas entidades nele referidas:

I não distribuírem qualquer parcela de seu patrimônio ou de suas rendas, a qualquer título;

II - aplicarem integralmente, no País, os seus recursos na manutenção dos seus objetivos institucionais;

III - manterem escrituração de suas receitas e despesas em livros revestidos de formalidades capazes de assegurar sua exatidão.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

§ 1º Na falta de cumprimento do disposto neste artigo, ou no § 1º do artigo 9º, a autoridade competente pode suspender a aplicação do benefício.

§ 2º **Os serviços a que se refere a alínea c do inciso IV do artigo 9º são exclusivamente, os diretamente relacionados com os objetivos institucionais das entidades de que trata este artigo,** previstos nos respectivos estatutos ou atos constitutivos.

A autora, fundação sem fins lucrativos de natureza filantrópica e beneficente, demonstrou que a remuneração obtida das atividades por ela desenvolvidas são revertidas integralmente para a manutenção financeira da entidade, bem como não há distribuição de lucros, o que, aliás, é incontroverso. Ademais, não há que se falar em concorrência desleal, tendo em vista que a fundação atua no mercado para a consecução de serviço de nítido interesse da coletividade, o que justifica o tratamento jurídico-tributário diferenciado. Dessa forma restaram igualmente imotivados os processos administrativos ora em análise quanto ao enquadramento jurídico dos serviços prestados, situação esta que traz enormes prejuízos à autora, bem como à continuidade e eficiência do reconhecido serviço público prestado pela entidade. Assim, presentes os vícios formais e materiais ora apontados, impõe-se a anulação dos procedimentos administrativos e dos autos de infração impugnados.

Ante o exposto, julgo **procedente** o pedido inicial e extinto o processo, com base no art. 269, I, do Código de Processo Civil, confirmando a liminar para anular os lançamentos indicados às fls. 25. Ante a sucumbência, arcará a parte ré com as custas e despesas processuais e honorários, que fixo em R\$ 14.000,00, nos termos do art. 20, parágrafo 4º, do CPC, considerando-se que, mesmp vultoso o valor da causa, a lei exige na hipótese de julgamento contrário à Fazenda Pública, fixação dos honorários por equidade, tendo ocorrido ainda, no presente caso concreto, julgamento antecipado da lide. Oportunamente, com o trânsito em julgado, ao arquivo, com as devidas anotações.

P.R.I.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
2ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA Nº 80, São Paulo - SP - CEP 01501-000

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

São Paulo, 25 de fevereiro de 2016.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**

DATA

Recebi em cartório em ____/____/2016 Eu,
_____ escrevente, subscrevi.