



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

SENTENÇA

Processo nº: **1077283-20.2023.8.26.0053**
 Classe - Assunto **Mandado de Segurança Cível - Abuso de Poder**
 Impetrante: **----- Empreendimento Imobiliário Ltda**
 Impetrado: **Secretário de Finanças da Prefeitura Municipal de São Paulo**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **RENATO AUGUSTO PEREIRA MAIA**

Vistos.

Cuida-se de mandado de segurança impetrado por ----- Empreendimento Imobiliário Ltda em face de suposto ato coator praticado por Secretário de Finanças da Prefeitura Municipal de São Paulo, na qual se narra que a impetrante tem por objeto social a aquisição, desenvolvimento, operação, venda, locação e administração de terrenos e imóveis e, em decorrência de sua atividade, lançará em breve o empreendimento localizado na Rua -----, nº -----, Saúde, São Paulo, SP, onde será necessário o requerimento de emissão do "habite-se". Aduz que a autoridade impetrada, em razão de expressa autorização na legislação municipal já repudiada pela jurisprudência, condicionará a expedição do referido documento à prévia quitação do ISS sobre a pauta fiscal mínima de valores, ainda que recolhido o ISS com base nas notas fiscais de prestação de serviços. Requer o deferimento de liminar para o fim de obstar a autoridade impetrada de vincular a emissão do "habite-se" a questões de ordem tributária e efetuar cobranças com base na pauta mínima no ato da transmissão da DTCO, sem fiscalização, e, ao final, a concessão da segurança para o mesmo fim.

Foi deferida a liminar (fls. 122/134).

O MINISTÉRIO PÚBLICO declinou interesse na demanda (fls. 173/176).

Notificada, a autoridade impetrada apresentou informações. Alegou, preliminarmente, inadequação da via eleita, bem como que não houve requerimento de certificado de conclusão da obra. No mérito, alegou a legalidade do procedimento de vinculação do habite-se ao pagamento de impostos. Requereu ao final fosse denegada a segurança (fls. 186/236).

Relatados. **FUNDAMENTO e DECIDO.**

Para fins do artigo 12 do Código de Processo Civil registro que tenho julgado os



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

1077283-20.2023.8.26.0053 - lauda 1

processos conclusos em curto espaço de tempo, sem caracterização de atraso, observando preferencialmente a ordem cronológica (Lei Federal 13.105/15 alterada pela Lei Federal 13.256/16).

Inicialmente, a preliminar de inadequação da via eleita não merece acolhimento, uma vez que não se trata de ação contra lei em tese, porque há evidentes efeitos concretos no ato questionado.

Não havendo questões jurídicas pendentes, passo ao mérito.

Dentro de uma PERSPECTIVA CONSTRUTIVISTA da dialética processual, após procedimento completo, revisando tudo que praticado nos autos, resgato a TUTELA PROVISÓRIA vazada na qual relatei e decidi da forma que se segue:

" [...] A impetrante pretende a abstenção da vinculação à exigência de expedição de HABITE-SE ao pagamento de tributos de ISSQN. A tese está pautada em torno da doutrina de vedação às sanções políticas. Segundo a causa de pedir, o “habite-se” estaria sendo condicionado à comprovação de regularidade fiscal, o que, em última instância, caracterizaria desvio de finalidade de segurança própria do poder de polícia sobre construções urbanas, tornando-o ferramenta própria do constrangimento de direito, que forçaria o contribuinte a recolher tributos impagos – qualquer que seja o motivo – de forma alheia à Lei de Execução Fiscal.

Compreende-se por sanção política as diferentes formas de meio coercitivo de cobrar tributo usado pelas Fazendas Públicas, alheias à técnica do lançamento. É forma indireta de cobrança de tributo, quando impaga, alheia à Execução Fiscal. Não raras vezes, infelizmente, a Administração Fiscal opta por tolher o direito subjetivo dos contribuintes como modo de obriga-los e coagi-los a recolher tributo que a Administração Pública entende impago. Esse desvio de finalidade que coage direito do administrado é repelido pela jurisprudência, de sorte que, não obstante possa a Fazenda Pública cobrar os tributos que entende devidos, deve fazê-lo sem negar a expedição do habite-se, instrumento que possui finalidade específica que não se confunde com as exações tributárias, ao exemplo de ISSQN.

Ademais, a imposição de restrições ao exercício das atividades do contribuinte inadimplente, como meio coercitivo para a cobrança do tributo, é descabida e viola o disposto nas Súmulas 70, 323 e 547 da Suprema Corte.

Assim já se pronunciou o E. Supremo Tribunal Federal, ao decidir questão análoga:



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

1077283-20.2023.8.26.0053 - lauda 2

Sanções Políticas no Direito Tributário Inadmissibilidade da utilização, pelo poder público, de meios gravosos e indiretos de coerção estatal destinados a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo (Súmulas 70, 323 e 547 do STF). Restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita. Limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao “substantive due process of law”. Impossibilidade constitucional de o estado legislar de modo abusivo ou imoderado (RTJ 160/140-141 RTJ 173/807-808 RTJ 178/22-24). O Poder de Tributar que encontra limitações essenciais no próprio texto constitucional, instituídas em favor do contribuinte “não pode chegar à desmedida do poder de destruir” (Min. Orosimbo Nonato, RDA 34/132). A prerrogativa estatal de tributar traduz poder cujo exercício não pode comprometer a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria do contribuinte. A significação tutelar, em nosso sistema jurídico, do “estatuto constitucional do contribuinte”. Doutrina Precedentes. Recurso extraordinário a que se nega seguimento (ARE 731833/RS, Rel. Min. Celso de Mello, j. 07/02/2013, DJe 21/02/2013).

Com relação ao tema, o E. Tribunal de Justiça de São Paulo assim tem entendido:

Reexame necessário. Mandado de Segurança. Direito líquido e certo comprovado. Vinculação da concessão de "habite-se" ao pagamento de ISSQN. Impossibilidade. Ordem concedida. Reexame necessário, único interposto, não provido. É majoritário o entendimento deste E. Tribunal no sentido de que não é possível a vinculação de concessão do habite-se ao pagamento de tributo, pois "a Municipalidade é dotada de diversas prerrogativas conferidas por Lei para receber os valores devidos, não podendo coagir, ilicitamente, o contribuinte a pagá-los" (TJSP, Ap.

0008759-51.2009.8.26.0223, 1ª Câm. De Dir. Público, Rel . Des. Vicente de Abreu Amadei, v.u., j. 7.8.12).

ISS. Construção civil. Município de São José dos Campos. Impetração de mandado de segurança com vistas à obtenção de 'habite-se'. Ordem concedida. Hipótese em que a recusa se funda na ausência de recolhimento do ISS. Inadmissibilidade, todavia, dessa

1077283-20.2023.8.26.0053 - lauda 3



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

subordinação. Concessão do alvará sujeita ao exame de requisitos diversos. Precedentes desta Corte Recursos oficial e voluntário não providos (TJSP, Ap. 136250-09.2008.8.26.0000, 15ª Câm. De Dir. Público, Rel . Des. Beretta Filho, v.u., j. 28.6.12).

Passemos ao segundo ponto posto pela impetrante.

**A PAUTA FISCAL MUNICIPAL. CONSTITUCIONALIDADE
DA ESTIMATIVA ANTECIPADA.**

Quanto ao primeiro aspecto, irresigna-se o contribuinte contra a aplicação do regime de pauta fiscal, em razão de alegar que os valores arbitrados pela Administração Pública são inconstitucionais e, por conseguinte, ilegais, não encontrando suporte no ordenamento jurídico brasileiro.

A Lei Complementar nº 116/03, que dispõe sobre os Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências, preconiza em seu artigo 7º que "A base de cálculo do imposto é o preço do serviço".

Nesse teor, o Município sustenta a constitucionalidade do artigo 14, § 3º, da Lei 13.701/2003, o qual assim dispõe:

Art. 14. A base de cálculo do Imposto é o preço do serviço, como tal considerada a receita bruta a ele correspondente, sem nenhuma dedução, excetuados os descontos ou abatimentos concedidos independentemente de qualquer condição. § 1º Na falta desse preço, ou não sendo ele desde logo conhecido, será adotado o corrente na praça. § 2º Na hipótese de cálculo efetuado na forma do parágrafo 1º, qualquer diferença de preço que venha a ser efetivamente apurada acarretará a exigibilidade do Imposto sobre o respectivo montante. § 3º O preço mínimo de determinados tipos de serviços poderá ser fixado pela Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico em pauta que refletira o corrente na praça. (grifo nosso).

Desta feita, o Fisco Municipal defende que o preço mínimo fixado pelo seu setor competente reflete o mais próximo possível do valor real, corrigindo distorções provocadas pela eventual inidoneidade das informações de alguns contribuintes.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Vale citar que a natureza do lançamento do imposto objeto destes autos, sobretudo na melhor doutrina, denomina-se lançamento por homologação ou "autolançamento". Sendo uma das modalidades mais importantes e comum entre os tributos, o autolançamento antecipa atos de ofício do Fisco, incumbindo ao contribuinte a obrigação de mensurar a base de cálculo, aplicar a alíquota correta instituída por cada Município, e recolher previamente o tributo.

Observe o disposto pelo art. 150 do Código Tributário Nacional:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomado conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

A base de cálculo do ISSQN, como se sabe e dito acima, é o preço do serviço. Assim, à luz do esclarecido, o contribuinte, sem o auxílio do Fisco, calcula os valores de seu serviço e realiza o pagamento. Ocorre que, em alguns casos, notado um descompasso entre a base de cálculo declarada pelo contribuinte e a base de cálculo constante nos estudos de cada Município, seja nos índices setoriais, seja no valor mínimo contido em pauta fiscal, realiza-se de ofício o lançamento da diferença, conhecido como lançamento complementar. No caso do Município de São Paulo, a previsão legal que permite o complemento do lançamento pressupõe a DIFERENÇA. Significa dizer que o montante residual entre as bases de cálculo, então, é constatado a partir da comparação dos preços praticados pelo contribuinte com os preços mínimos embutidos na pauta fiscal elaborada pela Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico, na qual se estabelece parâmetros dos preços médios dos serviços praticados pela praça comercial. Nessa senda, o supracitado §3º, art. 14, da Lei Municipal nº 13.701/13, o qual reescrevo:

Artigo 14, § 3º: O preço mínimo de determinados tipos de serviços poderá ser fixado pela Secretaria de Finanças e Desenvolvimento Econômico em pauta que reflita o corrente na praça.

Tecidas as premissas, passo ao cerne.

A causa de pedir finca-se na constitucionalidade da referida Lei. Afinal, pode ou não o Município cobrar complementarmente tributo quando da comparação da base de cálculo declarada



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

pelo contribuinte com pauta fiscal da administração municipal? A meu ver, conforme venho me posicionando, é constitucional e por conseguinte legal tal previsão. A pauta fiscal, dentro de um ponto de vista prático, serve como instrumento de fiscalização dos entes municipais, dando azo para que o Município não fique às cegas, sobretudo desatualizado, quando da conferência dos autolançamentos praticados pelos contribuintes. É um meio cabível de apuração de eventuais inconsistências e omissões nas declarações e documentos apresentados pelo sujeito passivo da relação tributária. Conferir esta possibilidade à administração impede a prática de simulações, fraudes, dentre outras de má-fé, sendo perfeitamente cabível e justificável sua elaboração.

Acrescente-se, ainda, que nada interfere a constituição da pauta fiscal decorrer de Portaria, porquanto a lei que a instituiu permite sua regulação por meios infralegais. Inclusive, a fim de corroborar o fundamentado, há entendimento similar nas cortes superiores. Observe o que entende o E. TJSP:

TRIBUTÁRIO APELAÇÃO AÇÃO ANULATÓRIA ISS MUNICÍPIO DE ARARAQUARA. Alegação de constitucionalidade da utilização de valor mínimo estabelecido em pauta fiscal para o arbitramento do imposto Inocorrência Meio cabível de apuração de eventuais inconsistências e omissões nas declarações e documentos apresentados pelo contribuinte, ante a possibilidade de arbitramento prevista no art. 148 do Código Tributário Nacional Precedentes deste E. Tribunal de Justiça No caso, após a análise dos livros e documentos apresentados pela autora, e por meio de regular processo administrativo, o Município procedeu ao lançamento considerando o valor mínimo da pauta, abatendo o ISS que já havia sido recolhido Ausência de ilegalidade Autora que, ademais, não requereu a produção de prova pericial para que fosse atestada a regularidade das notas fiscais que apresentou, cingindo-se a atacar em abstrato a utilização da pauta fiscal Alegação rejeitada (...) (TJSP; Apelação 1004858-24.2015.8.26.0037; Relator (a): Eurípedes Faim; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Araraquara - 1º Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 06/10/2017; Data de Registro: 06/10/2017).

E também:

APELAÇÕES. Anulatória c.c. repetição de indébito Procedência em parte. ISSQN sobre incorporação construção e comercialização de imóveis residenciais Exigência de recolhimento com base em pauta fiscal. Alegação de constitucionalidade



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Inocorrência. Instrumento utilizado como parâmetro em situações que não permitam apurar o real valor do serviço. Provado o apelo da Prefeitura, e desprovido o da autora. (TJSP; Apelação 9089086-19.2006.8.26.0000; Relator (a): João Alberto Pezarini; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro de Piracicaba - 5ª. Vara Cível; Data do Julgamento: 02/02/2012; Data de Registro: 07/02/2012).

Conclui-se pela constitucionalidade da previsão referente à PAUTA FISCAL.

BASE DE CÁLCULO PRESUMIDA E REAL.

Assim, considerando a hipótese existencial da pauta fiscal, ainda há uma resistência em ter o conhecimento de qual seria a BASE DE CÁLCULO CORRETA. Nesse prisma, tem-se, no caso concreto, que os valores da pauta fiscal podem ser elididos pelas notas fiscais específicas do empreendimento. Permite-se o uso dos referidos documentos como dado mais adequado da realidade em lugar da pauta estimada. Afinal, o imposto é pago em concreto, e não em perspectiva de base de cálculo presumida. Isso somente é assim porque nem sempre o contribuinte é omissivo ou age com má-fé. Portanto, não há como presumir que seus lançamentos tributários estejam sempre necessariamente maculados, sob pena de ser ignorado o real preço do serviço em detrimento de se considerar incondicionalmente a pauta fiscal preestabelecida abstratamente. Não que seja impossível afastamento da base de cálculo, mas elidir a presunção decorrente do faturamento do serviço dependeria de prova robusta em sentido contrário.

ARBITRAMENTO FISCAL.
ILEGALIDADE.

Quanto ao aludido arbitramento, antes de prosseguir, vale citar o artigo 148 do Código Tributário Nacional e tecer alguns comentários sobre ele:

Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

Conforme se depreende da leitura da norma legal transcrita, haverá arbitramento, excepcionalmente, quando forem omissos ou não merecerem fé as declarações ou os esclarecimentos prestados pelo contribuinte. À vista disso, o dispositivo não abarca a conduta praticada pela parte ré, sob pena de desvirtuamento da base de cálculo.

Nesse sentido é a jurisprudência do Eg. Tribunal de Justiça de São Paulo:

Apelação – ISS – Tributo sujeito ao regime de lançamento por homologação, tendo por base de cálculo o preço do serviço, conforme art. 7º da LC 116/03 - Desconsideração do valor declarado pelo contribuinte que somente pode ocorrer após regular processo administrativo em que indicadas as razões pelas quais os documentos apresentados não mereçam fé, nos termos do art. 148 do CTN - Previsão de preços mínimos de serviço pelo fisco que pode ter caráter apenas referencial, não podendo ser utilizado como valor mínimo para recolhimento do tributo, com presunção de ilegalidade de qualquer serviço de valor inferior ao fixado previamente – Entender como ilegal qualquer serviço de valor inferior ao pré-fixado viola as dinâmicas próprias do mercado sob regime concorrencial, na qual há flutuação de preços e negociação entre as partes do contrato - Município que, assim, deve indicar precisamente as razões pelas quais negou fé as notas fiscais apresentadas pelo contribuinte e o preço do serviço nelas declarado, não sendo o fato do preço ser inferior a tabela suficiente a justificar o lançamento complementar – Caso concreto no qual o Município realizou lançamento complementar em contrariedade aos ditames do Art. 148 do CTN, não demonstrando qualquer ilegalidade na declaração do contribuinte – Lançamento complementar anulado - Emissão do habite-se que, ainda, não pode ser vinculado ao pagamento do tributo -

Vedação à utilização de meio indireto de coerção para fins de pagamento de tributo – Recurso improvido (TJSP; Apelação Cível 1039103-03.2021.8.26.0053; Relator (a): Tania Mara Ahualli; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Accidentes - 4ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 17/02/2023; Data de Registro: 17/02/2023) E ainda:

APELAÇÃO CÍVEL - Ação anulatória - ISS - Construção civil. 1) Exigência de recolhimento de diferença de ISS que se mostra descabida - Imposto que deve ser recolhido com base no preço do serviço - Alteração da base de cálculo por portaria,



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

através de pauta mínima - Impossibilidade - Afronta ao princípio da legalidade e à hierarquia das normas - Comprovação da autora de que houve o recolhimento do tributo, através da retenção nas notas fiscais. 2) Expedição de "habite-se" condicionada ao pagamento do tributo - Impossibilidade - Precedentes do STF, do STJ e deste TJSP - Súmulas 70, 323 e 547 do STF - Possibilidade de exigência do tributo por meios próprios. 3) Sucumbência recursal - Honorários advocatícios majorados para 11% na primeira faixa - Inteligência do § 11 do art. 85 do CPC - Sentença mantida - Recurso improvido. (TJSP; Apelação Cível 1043083-21.2022.8.26.0053; Relator (a): Eutálio Porto; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 15ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 15/03/2023; Data de Registro: 15/03/2023)

Tecidas essas considerações, a denúncia de utilização da pauta fiscal sem abertura de processo administrativo sinaliza arbitrariedade do ato administrativo guerreado, com preterição de cálculo efetuado com fulcro nas atividades efetivadas e escrituradas pela parte autora para, elegendo-se, prioritariamente, o critério de pauta fiscal sem observância de sua subsidiariedade nos termos do artigo 148 do CTN supratranscrito.

Quanto a isso, o artigo 148 do CTN exige procedimento administrativo regular para tanto. E aqui a questão maior. O Município silencia quanto a abertura do procedimento administrativo e se resume a defender a pauta fiscal, de maneira que exsurge essa questão como eloquente à interpretação que se está (a não) fazer. Observe-se que mesmo o ônus probatório pesando sobre a autora, a ela é impossível provar a inexistência de processo, o que perfeitamente poderia ser feito pela simples juntada de documentos com a contestação. Nesse aspecto, diante da dúvida e da prova diabólica, consultando a jurisprudência, constata-se que a Municipalidade é useira e vezeira em não abrir procedimento administrativo para esse fim. Aplica aparentemente a pauta indiscriminadamente, e aqui o contexto parece se encaixar na prática. Assim, tudo pesado, vergo-me na direção de que nulo o uso direto e injustificado da pauta fiscal sem procedimento administrativo:

REEXAME NECESSÁRIO e APELAÇÃO – Ação Declaratória c.c. Repetição de Indébito – ISSQN recolhido apurado com base em 'pauta fiscal de preço mínimo' – Base de cálculo do ISS é o efetivo preço do serviço – Inadequação da utilização de pauta fiscal, sem critério, para cobrança do ISS, como regra a substituir a constatação de irregularidade em procedimento administrativo regularmente instaurado – Inexistência de procedimento administrativo – Sentença mantida – Majoração dos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

honorários advocatícios que se impõe – Recurso da Fazenda Pública não provido. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1062207-29.2018.8.26.0053; Relator (a): Fortes Muniz; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Accidentes - 16ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 11/05/2020; Data de Registro: 11/05/2020)

Ação ordinária. ISS. Empreendimento imobiliário. Município de São Paulo. Condicionamento da expedição do "habite-se" ao prévio recolhimento do imposto. Impossibilidade. Meio coercitivo para cobrança de tributos. Violação ao princípio constitucional do livre exercício da atividade econômica. Imposto complementar lançado com base em pauta fiscal, fundado em apuração de valor de mão de obra fictício. Inadmissibilidade. Ausência de qualquer das hipóteses do art. 148 do CTN. Procedimento administrativo fiscal não instaurado. Sentença de parcial procedência. Recurso do Município não provido. Recurso da autora provido (TJSP).
 0135190-29.2007.8.26.0053 Classe/Assunto: Apelação Cível / ISS/ Imposto sobre Serviços Relator(a): Carlos Violante Comarca: São Paulo Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público Data do julgamento: 27/09/2018 Data de publicação: 27/09/2018).

Dessa forma, independentemente se incorporação direta ou não, se idôneos ou não os documentos apresentados, na falta de procedimento fiscal regular mediante contraditório e ampla defesa, nulo qualquer arbitramento de ISSQN complementar.

E nem se diga que deve incidir no caso o artigo 166 do CTN ("Art. 166. A restituição de tributos que comportem, por sua natureza, transferência do respectivo encargo financeiro somente será feita a quem prove haver assumido o referido encargo, ou, no caso de tê-lo transferido a terceiro, estar por este expressamente autorizado a recebê-la"), pois, conforme demonstrado nos autos, a autora assumiu o encargo, recolhendo o imposto a fim de viabilizar a emissão do habite-se. Portanto, inexiste qualquer possibilidade de repasse do encargo ao suposto consumidor final, perfazendo-se todas as características de tributo direto, incabível a aplicação do artigo 166 do CTN supratranscrito.

Isso posto, **DEFIRO LIMINAR** para que seja expedido o habite-se do imóvel descrito na inicial sem a exigência de quitação de tributos de ISSQN pela impetrante, bem como obstar a autoridade impetrada de efetuar cobranças de ISSQN complementar com base na pauta fiscal mínima sem o devido procedimento administrativo. [...].



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

ENTRETANTO, apesar do fundamento original estar mantido, OUTRAS RAZÕES reforçaram a impressão inicial, e merecem ser anotadas para exaurimento do tema.

Inicialmente, observa-se que o pedido liminar foi feito de forma preventiva, antes de o impetrante se submeter ao procedimento administrativo. Tal fato não obsta o prosseguimento do feito, em especial porque (i) é cabível o mandado de segurança preventivo (ii) é da postura da administração tal procedimento, o que configura fato notório. Sobre a reiteração do pedido liminar, observa-se que a dispensa do habite-se em liminar não suprime a existência de regular procedimento administrativo, sendo que a liminar apenas dispensa a existência de tributos, mas não dos demais requisitos.

Somado a isso, o impetrante deve se submeter ao regular procedimento administrativo, inclusive com análise do feito administrativo segundo a ordem cronológica da administração.

Logo, revertendo a cognição sumária, agora em exauriente reconheço o direito de -----
 ---- Empreendimento Imobiliário Ltda.

Enfim, diante de tudo que processado, assento - *pois* – razão ao direito pretendido, isso notadamente se considerando a relação jurídica deduzida e os elementos processuais produzidos. Finalmente, para fiel cumprimento do artigo 489 do Código de Processo Civil¹, revisito a causa de pedir e de defesa deduzidas por ----- Empreendimento Imobiliário Ltda e Secretário de Finanças da Prefeitura Municipal de São Paulo, respectivamente. Naquilo tudo que deduzido, consoante já pronunciado pelo C. Superior Tribunal de Justiça, firmo que *à luz dos argumentos e dos julgados oferecidos durante toda tramitação do processo, não vislumbro qualquer premissa fática ou jurídica, ressalva feita evidentemente àquelas que acolhi, que possam em tese ou em concreto infirmar as conclusões lançadas, no esteio da abordagem contida em fundamentação.*

PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA. (...) 2. O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art.

¹ Enunciado 9 da ENFAM: É ônus da parte, para os fins do disposto no art. 489, § 1º, V e VI, do CPC/2015, identificar os fundamentos determinantes ou demonstrar a existência de distinção no caso em julgamento ou a superação do entendimento, sempre que invocar jurisprudência, precedente ou enunciado de súmula.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11ª VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida. (...) (STJ, 1ª Seção, EDcl no Mandado de Segurança nº 21.315-DF (2014/0257056-9), Relator Ministro Herman Benjamin, julgado em 8/6/2016, g.n.).

Isso posto, **CONCEDO A SEGURANÇA** para que seja expedido o habite-se do imóvel descrito na inicial sem a exigência de quitação de tributos de ISSQN pela impetrante, bem como obstar a autoridade impetrada de efetuar cobranças de ISSQN complementar com base na pauta fiscal mínima sem o devido procedimento administrativo. Oficie-se-lhe.

Custas e despesas na forma da Lei.

Descabida a condenação em honorários advocatícios em face do art. 25 da Lei nº 12.016, de 07 de agosto de 2009.

Haverá reexame necessário.

P.R.I.C.

São Paulo, 09 de fevereiro de 2024.

RENATO AUGUSTO PEREIRA MAIA

Juiz de Direito

Documento Assinado Digitalmente²



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO PAULO
FORO CENTRAL - FAZENDA PÚBLICA/ACIDENTES
11^a VARA DE FAZENDA PÚBLICA
VIADUTO DONA PAULINA, 80, São Paulo - SP - CEP 01501-020

² O presente é assinado digitalmente pelo MM. Juiz de Direito, Dr. RENATO AUGUSTO PEREIRA MAIA, nos termos do artigo 1º, § 2º, inciso III, alínea "a", da Lei Federal nº 11.419, de 19 de dezembro de 2006.

1077283-20.2023.8.26.0053 - lauda 12