



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000002751

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1033550-03.2023.8.26.0506, da Comarca de Ribeirão Preto, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante MUNICÍPIO DE RIBEIRÃO PRETO, é apelado CIPRESTE RESIDENCIAL INCORPORADORA IMOBILIÁRIA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª 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 REZENDE SILVEIRA (Presidente), GERALDO XAVIER E JOÃO ALBERTO PEZARINI.

São Paulo, 7 de janeiro de 2025.

REZENDE SILVEIRA

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

APELAÇÃO Nº 1033550-03.2023.8.26.0506

APELANTE: PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO

**APELADA: CIPRESTE RESIDENCIAL INCORPORADORA
IMOBILIÁRIA LTDA**

COMARCA: RIBEIRÃO PRETO

VOTO Nº: 35236

EMENTA

APELAÇÃO – AÇÃO DECLARATÓRIA DE NULIDADE DE LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO C.C REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO – ISS – Serviços de construção civil - Utilização de “pauta fiscal”, com base em lei municipal - Impossibilidade - Prevalhecimento do disposto no artigo 7º da Lei Complementar nº 116/2003 que prevê a base de cálculo como sendo o preço do serviço - Inobservância do disposto no art. 148 do CTN - Sentença que julgou procedente o pedido mantida - Recurso improvido.

Vistos.

Trata-se de tempestivo recurso de apelação interposto pela **PREFEITURA MUNICIPAL DE RIBEIRÃO PRETO** (fls. 158/170), por meio do qual objetiva a reforma da sentença de fls. 143/152 que julgou procedente o pedido para o fim de declarar a nulidade do lançamento tributário a título de ISS no valor de R\$ 171.438,09, cobrado sobre as atividades de incorporação no imóvel descrito na inicial, afastando-se a cobrança de ISSQN apurada pelo município sobre a incorporação de imóvel próprio, condenando a municipalidade a restituir à autora/apelada o valor pago e indevidamente cobrado, aplicando a título de correção monetária o IPCA-E da data do desembolso até o trânsito em julgado e, após o trânsito em julgado, a taxa Selic, que abrange os juros e correção monetária, tudo nos termos do art. 1º- F da Lei nº 9.494/97, das teses fixadas pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento do RE nº 870947/SE, com repercussão geral reconhecida (Tema nº 810) e pelo Superior

Tribunal de Justiça no julgamento do REsp Repetitivo nº 1.495.146/MG (Tema nº 905), e do art. 3º da Emenda Constitucional nº 113/21, condenando-a ainda ao pagamento das custas, despesas processuais e honorários advocatícios fixados em 10% sobre o valor da causa atualizado (R\$ 171.438,09 em julho de 2023).

Sustenta, em suma, a nulidade da sentença por cerceamento de defesa, uma vez que não houve a realização de prova pericial requerida pela apelante, sendo imprescindível a análise dos documentos por perito judicial para comprovação da existência de prestação de serviços de terceiros.

No mérito, alega que o fato de não ter a apelada, realizado prestação de serviços a terceiros por ocasião da execução da obra, não tem o condão de afastar, a sua obrigação de recolher o tributo na qualidade de responsável tributária, de acordo com o disposto no artigo 121 do CTN e no Código Tributário Municipal.

Aduz que a apelada é a responsável por reter o valor do imposto devido pelo fato gerador praticado por cada prestador de serviço por ela contratado para a realização da obra.

Alega que a cobrança do ISS não tem como fato gerador a incorporação direta, mas sim a responsabilidade tributária da apelada pela prestação de serviços de terceiros por ela contratados.

Alega ainda que, visando evitar a sonegação fiscal e buscando-se uma forma razoável de fiscalização, os municípios têm apurado o valor total mínimo dos serviços de construção civil. Assim, ao se requerer a aprovação do projeto na municipalidade, esta tem acesso à quantidade de metros quadrados que será construída, ao padrão da construção e aos demais dados para se calcular, com base no valor mínimo por metro quadrado do serviço de construção civil, o valor total mínimo dos serviços necessários para a construção do empreendimento.

Alega que, se o valor total constante das notas fiscais apresentadas pela construtora for inferior ao

mínimo estabelecido para a construção civil, e é devida a cobrança da diferença entre eles. Sustenta que o art. 84, parágrafo único, do Decreto nº 302/95, o qual regulamenta as disposições do CTM a respeito do ISS, prevê expressamente que a base de cálculo mínima para os serviços de construção civil pode ser fixada pela Secretaria da Fazenda, desde que observados alguns requisitos mínimos nele previstos.

Por sua vez, a Instrução Normativa nº 07/15 da Secretaria da Fazenda consolida os critérios para cálculo do ISS incidente sobre construção civil e em seu artigo 1º prevê que para tanto será aplicada a Tabela Mensal do Sindicato da Indústria da Construção Civil do Estado de São Paulo – “Tabela SindusCon/ São Paulo –Custo Unitário Básico – CUB / Mão-de-Obra”.

Nota-se, assim, que o Município não arbitrou aleatoriamente uma base de cálculo mínima para os serviços, mas sim considerou o custo unitário básico da construção civil no Estado de São Paulo.

Alega que a falta de justificativa plausível sobre a diferença de custo previsto nas notas fiscais e no valor mínimo estipulado pela Secretaria da Fazenda torna correto o arbitramento da diferença de ISS discutida, tendo em vista a ausência de notas fiscais de serviços com valores suficientes para a execução do empreendimento, tomando-se como base o custo básico estipulado na Tabela SindusCon, possibilitando o arbitramento, com base no disposto no artigo 148 do CTN.

Requer a nulidade da sentença para realização de prova pericial e, alternativamente, a reforma da sentença com a improcedência do pedido.

Contrarrazões a fls. 174/190.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Primeiramente não há que se falar em nulidade da sentença uma vez que a matéria é exclusivamente de direito, restringindo-se à possibilidade ou não de aplicação

de pauta mínima para cobrança de ISS, não havendo necessidade de prova pericial.

Nos termos do disposto no artigo 9º, do Decreto-Lei nº 406/68 e artigo 7º, da Lei Complementar nº 116/03, a base de cálculo do ISSQN é o preço do serviço.

Destarte, uma vez que a Lei Complementar n.º 116/03 e, antes dela, o Decreto-lei n.º 406/68, não autorizam a cobrança do ISSQN, com base em uma pauta fiscal mínima, a ser expedida por ato do Poder Executivo, não se admite a sua instituição pela legislação municipal.

Assim, ocorrendo o fato gerador, o imposto é devido, devendo ser utilizado como base de cálculo o preço do serviço, não podendo a municipalidade cobrar o imposto arbitrando valores com base na chamada “pauta fiscal”, que impõe uma base de cálculo fictícia ou presumida.

No caso concreto, a autora, ora apelada, apresentou os documentos necessários para que fosse considerado o valor real dos serviços, devendo, portanto, a municipalidade levar em consideração o valor real empregado pelo contribuinte na efetivação da obra.

O artigo 148 do Código Tributário Nacional prevê a hipótese em que somente se os documentos não fossem apresentados ou a documentação não fosse digna de fé, o imposto poderia ser arbitrado, o que não ocorreu caso concreto.

A Fazenda Municipal, ao utilizar desde logo da pauta fiscal, não considerou a base de cálculo real e adotou uma base de cálculo do ISS diversa da prevista em lei, o que é suficiente motivo para anular o lançamento descrito na inicial.

Esta Corte, em diversas oportunidades já se posicionou no sentido da impossibilidade da cobrança do aludido tributo com base em valor mínimo determinado por pauta fiscal, conforme os seguintes julgados:

“Apelação. Ação anulatória de lançamento fiscal com pedido cumulado de repetição de indébito. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Exercício de 2023. Construção civil. Lançamento complementar por

arbitramento com base em pauta fiscal. Inadmissibilidade. Não comprovação de inidoneidade das declarações prestadas pelo contribuinte ou por terceiros. Desrespeito aos artigos 7º, “caput”, da Lei Complementar 116/03 e 148 do Código Tributário Nacional. Recurso denegado”. (TJSP – 14ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 1037156-51.2023.8.26.0114, Rel. Desembargador Geraldo Xavier, j. em 23.07.2024);

“APELAÇÃO E REEXAME NECESSÁRIO - AÇÃO ANULATÓRIA - ISSQN - Lançamento com base em pauta fiscal - Base de cálculo que deve corresponder ao valor do serviço prestado - CTN, art. 148 - Inaplicabilidade - Sentença mantida, com majoração da verba honorária para 15% do valor atualizado da causa de R\$ 76.340,00, em abril de 2023 - §11, do art. 85, do CPC. Reexame necessário não conhecido e recurso voluntário desprovido”. (TJSP – 14ª Câmara de Direito Público, Apelação nº 1023856-11.2023.8.26.0053, Rel. Desembargador Octavio Machado de Barros, j. em 1º de julho de 2024).

Assim, agiu com acerto o magistrado ao julgar procedente o pedido para declarar a nulidade do lançamento tributário, devendo a sentença ser mantida.

Fixo a verba honorária recursal em 5% (cinco por cento) sobre o valor atualizado da execução (R\$ 171.438,09 em julho de 2023), de acordo com o disposto no artigo 85, § 11 do CPC.

Diante do exposto, meu voto nega provimento ao recurso.

REZENDE SILVEIRA
Relator