



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000277149

Embargos de Declaração Cível Processo nº 2327539-91.2024.8.26.0000/50000

Relator(a): **RICARDO CHIMENTI**

Órgão Julgador: **18ª Câmara de Direito Público**

Comarca: **Franco da Rocha**

Embargante: **Consórcio FBS & Soebe - Tapera Grande**

Embargado: **Município de Franco da Rocha**

DECISÃO MONOCRÁTICA N. 30437

Embargos de declaração. Decisão que indeferiu a tutela recursal de urgência. Alegação de omissão quanto ao pedido liminar recursal subsidiário. Constatação. Depósito judicial do valor controverso solicitado que, embora, em regra, consubstancie direito autônomo da parte que pretende a suspensão da exigibilidade tributária, encontra óbice no caso presente, uma vez que o tributo é retido na fonte pelo substituto tributário, o qual não compõe a lide. Indeferimento do pedido liminar recursal que fica mantido. Embargos acolhidos, para suprir a omissão apontada, sem, contudo, efeito modificativo da decisão embargada.

Fls. 01/03: Trata-se de embargos de declaração opostos por **Consórcio FBS & Soebe - Tapera Grande** em face da decisão de p. 23/26, a qual indeferiu a tutela recursal de urgência, pela qual pretendida a suspensão da exigibilidade do crédito tributário em discussão nos autos principais, com base no artigo 151, V, do CTN e, subsidiariamente, ante o pedido depósito judicial do valor integral do tributo em controvérsia (artigo 151, II, do CTN).

As razões recursais imputam omissão à decisão recorrida, relacionadas ao pedido liminar recursal subsidiário de autorização para depósito judicial



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

dos valores em controvérsia, bem como de determinação para que seja oficiado ao tomador do serviço/responsável tributário (DAEE – Departamento de Águas e Energia Elétrica), para que se abstenha de fazer a retenção, na fonte, do tributo em discussão.

Intimada, a municipalidade embargada apresentou a manifestação de p. 15/21, sustentando, em apertada síntese, que (I) deve ser reconhecida a ilegitimidade da recorrente, dada a sua natureza de substituída tributária, já que, tratando-se de responsabilidade tributária por substituição, a relação jurídico-tributária, *prima facie*, dá-se apenas entre o Fisco e o DAEE; (II) tratando-se de discussão que repercute no âmbito de deveres de terceiro (DAEE), este deveria, no mínimo, compor o polo passivo (litisconsórcio necessário), o que não ocorre no caso presente, o que significa que não é legítima a interferência da impetrante/agravante para pleitear a não incidência do ISS em relação jurídico-tributária estabelecida apenas entre o Fisco Municipal e o DAEE, ainda que por meio de depósitos judiciais.

É o relatório do necessário.

Com razão a embargante quanto à omissão apontada.

A r. decisão embargada foi proferida nos seguintes termos:

“[...]”

Em cognição sumária do caso, conclui-se pela ausência de elementos capazes de conduzir a um juízo positivo quanto à probabilidade de provimento do recurso.

Isso porque, em que pese a combatividade do patrono da agravante e as razões do veto expostos em sua peça recursal sugerirem a não incidência do ISS inclusive sobre as obras relacionadas aos serviços de saneamento,



PODER JUDICIÁRIO

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

o § 1º da Cláusula 7ª do contrato decorrente da concorrência pública (p. 48/56) sugere que no preço pago pelo ente público contratante estão incluídos impostos federais, estaduais e municipais, ou seja, a princípio, neste caso concreto, mesmo que reconhecida a não incidência o custo do serviço será o mesmo, tudo a beneficiar o particular prestador do serviço e não a sociedade em geral. Necessário inclusive que se verifique se os supostos terceiros interessados, cujas propostas foram rejeitadas na concorrência pública, tinham ciência de que o montante do ISS a ser retido na fonte e previsto no contrato poderia ser questionado.

No mais, não há risco de dano irreparável, pois, se ao final a retenção na fonte pelo tomador do serviço for considerada indevida, caberá a repetição do indébito.

Assim, indefiro a tutela recursal de urgência.

Intime-se, por carta postal, o representante judicial do município agravado para ciência desta decisão e para apresentar sua contraminuta no prazo legal.

Sem prejuízo da imediata expedição da intimação, concedo o prazo de cinco dias para que a agravante recolha a despesa postal desta intimação (Guia FEDTJ, cód. 120.1, no valor que será informado pelo Cartório juntamente com a publicação da presente decisão), montante que não está incluído na taxa judiciária (art. 2º, parágrafo único, III, da Lei Estadual n. 11.608/2003). Ainda, por se tratar de recurso em Mandado de Segurança, remetam-se os autos à d. Procuradoria Geral de Justiça para manifestação, no prazo de 10 (dez) dias (art. 12 da Lei n. 12.016/2009).

Com a contraminuta e a(s) manifestação(ões) acima(s) determinada(s), ou se decorrido in albis os prazos, voltem os autos conclusos.

Int.[...]"

Pois bem.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Sem se perder de vista que o momento processual é incipiente e que a decisão embargada é temporária e não exauriente, há que se destacar que, embora, em regra, seja direito autônomo da parte interessada o depósito judicial do valor integral do tributo objeto da controvérsia para que se opere a suspensão da exigibilidade tributária (artigo 151, II, do CTN), no caso presente parece haver óbice à pretensão da agravante/embargante (depósito judicial dos valores controversos e determinação para que seja oficiado ao tomador do serviço, para que se abstenha de fazer a retenção na fonte), considerando-se que o tomador de serviços e substituto tributário (DAEE - Departamento de Águas e Energia Elétrica) não é parte nos autos, a impedir, assim, que a ele (terceiro, estranho à lide) seja determinado qualquer ato tendente ao propósito da impetrante/agravante, dadas as possíveis implicações fiscais daí decorrentes.

Destarte, indefere-se também o pedido liminar recursal subsidiário.

No mais, considerando-se os termos da manifestação da municipalidade embargada, necessário se destacar que a discussão acerca da (i)legitimidade da impetrante/agravante e da exigência, ou não, de litisconsórcio necessário, não foi objeto de decisão pelo juízo “a quo”, o que impede, neste momento, qualquer decisão nessa instância recursal, sob pena de supressão de instância.

Ante o exposto, ficam acolhidos os presentes Embargos de Declaração, para suprir a omissão quanto ao pedido liminar recursal subsidiário, sem, contudo, efeito modificativo da decisão embargada.

P.I.C.

São Paulo, 24 de março de 2025.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

RICARDO CHIMENTI
Relator
(Assinatura Eletrônica)