



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Registro: 2025.0000300226

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação / Remessa Necessária nº 1086003-63.2022.8.26.0100, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO e Apelante MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, é apelado TELEFONICA CIBERSEGURANCA E TECNOLOGIA D.

ACORDAM, em 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Deram provimento parcial à remessa necessária e ao recurso do Município de São Paulo para o fim de anular a r. Sentença com determinação. V.U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente sem voto), HENRIQUE HARRIS JÚNIOR E RICARDO CHIMENTI.

São Paulo, 27 de março de 2025

FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI

RELATOR

Assinatura Eletrônica



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

VOTO Nº 10663

Apelação/Remessa necessária nº 1086003-63.2022.8.26.0100

Comarca: São Paulo

Recorrentes: Juízo *ex officio* (remessa necessária) e Município de São Paulo (réu)

Recorrida: Telefônica Cibersegurança e Tecnologia do Brasil Ltda. (autora)

Ementa: Remessa necessária e apelação – Ação de repetição de indébito tributário de ISSQN – Município de São Paulo – Sentença de procedência para o fim de “*declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e o Município de São Paulo, referente ao ISSQN indevidamente recolhido entre 12/2020 a 11/2021, condenando-se o Município de São Paulo ao pagamento de R\$ 2.714.585,67, corrigidos pela SELIC, que já contém os juros moratórios, conforme Emenda Constitucional n. 113/2021*” – Insurgência da Municipalidade – Preliminar de ofensa ao princípio da dialeticidade afastada – Acolhimento em parte, quanto à nulidade da r. Sentença – Autora sediada no Município de Santana do Paranaíba – Prestação de serviço para empresa situada no Município de São Paulo que, por sua vez reteve o ISSQN em favor do Município, em razão da legislação local então vigente, que assim determinava aos tomadores de serviços em relação aos prestadores que não possuísem registro no Cadastro de Prestadores de Serviços de Outro Município (“CPOM”) – Possibilidade do acolhimento de pedido implícito de inexistência de relação jurídico-tributária em sendo reconhecida a repetição de indébito, tendo em vista que a própria Municipalidade não se opôs à alegação da autora de irregularidade da retenção do ISSQN pelo tomador do serviço – Observância do TEMA 1020 fixado pelo C. STF no Recurso Extraordinário nº1.167.509/SP, julgado em regime de repercussão geral – Entretanto, para que seja possível a devolução dos valores indevidamente recolhidos, o ordenamento tributário exige que se verifique se o prestador de serviço arcou com estes encargos ou se possui autorização de quem efetuou o pagamento (tomador), por aplicação do disposto no art. 166, do CTN – Autora apontando que o valor relativo ao ISSQN foi retido diretamente pelo tomador do serviço – Documentação fiscal e contábil juntada com a petição inicial que, em princípio, está apta a demonstrar o preenchimento do requisito do art. 166, do CTN, desde que realizada prova pericial contábil – Inviável, nesta fase processual, examinar o mérito da ação, uma vez que a autora pediu expressamente a realização de “perícia técnica contábil” a impedir o julgamento antecipado da lide, como feito – Sentença anulada, determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem, para a produção de prova pericial, como requerido expressamente pela autora – Remessa necessária e recurso de apelação do Município providos em parte.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Trata-se de remessa necessária e recurso de apelação interposto pelo **Município de São Paulo** contra a r. sentença de fls.555/556 que julgou procedente ação de repetição de indébito tributário de ISSQN ajuizada por **Telefônica Cibersegurança e Tecnologia do Brasil Ltda.** para o fim de “*declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e o Município de São Paulo, referente ao ISSQN indevidamente recolhido entre 12/2020 a 11/2021, condenando-se o Município de São Paulo ao pagamento de R\$ 2.714.585,67, corrigidos pela SELIC, que já contém os juros moratórios, conforme Emenda Constitucional n. 113/2021.*”, arbitrando verba honorária no valor mínimo previsto no art. 85, § 3º, CPC.

Anoto que o juízo sentenciante acolheu a pretensão apontando que houve retenção irregular, pelo Município de São Paulo, de imposto que era devido a Município diverso, justificada a remessa necessária diante do valor dado à causa (R\$2.714.585,67 – fls.18).

Inconformada, apela a Municipalidade defendendo a nulidade da r. sentença proferida, apontando que o juízo de primeiro grau não analisou o contrato de prestação de serviços celebrado entre a autora e a tomadora de seus serviços, a empresa Telefônica Brasil S.A., bem como não foi exigida nenhuma prova de que foi a autora quem assumiu com o encargo pelo pagamento do ISS dos serviços supostamente contratados. No mérito, sustenta a ilegitimidade ativa da autora para propor a presente demanda, *pois ela não faz parte da relação jurídico-tributária que deu azo ao recolhimento do ISS para os cofres paulistanos* e que o único que recolheu tributo neste caso foi o tomador, de modo que eventual diferença em face do seu substituto tributário tem natureza privada e não de tributo. Alega a falta de interesse de agir, visto que poderia ter pleiteado administrativamente a repetição, apontando o Tema 350 do STF. Argumenta ainda que a ação carece de documentos essenciais à propositura, qual seja, o contrato de prestação de serviços, não havendo documentação hábil a comprovar que sua tomadora de serviço reteve o valor do ISS das notas fiscais pertinentes ao contrato mencionado na peça inicial. Defende que o pedido não preenche os requisitos do art. 166 do CTN, ressaltando a Súmula 546 do STF e a imprecisão dos valores apontados pela apelada. Insurge-se ainda contra a fixação da verba honorária, entendendo que deve ser aplicado o art. 85, § 8º, do CPC, tendo em vista o valor expressivo da ação, os princípios da razoabilidade e da

proporcionalidade, citando jurisprudência e aduz que a discussão do Tema 1076 do STF permanece em aberto. Requer a anulação da r. sentença com o retorno aos autos à instância a quo para novo julgamento ou a reforma da r. sentença para julgar improcedente o pedido formulado pela autora (fls.561/582).

Contrarrazões levantando preliminar de ausência de impugnação específica da sentença e, no mérito, defendendo a manutenção do julgado (fls.588/603).

Recurso tempestivo e dispensado do preparo, com oposição ao julgamento virtual (fls.609).

É o relatório.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço a remessa necessária e o recurso de apelação interposto pelo Município de São Paulo.

Inicialmente, fica afastada a alegada ofensa ao princípio da dialeticidade quanto ao apelo da Municipalidade, uma vez que os argumentos expendidos nas razões recursais de fls.561/582 tratam do quanto discutido nos autos e especialmente daquilo que foi decidido na r. sentença recorrida.

Por isso, na hipótese, aplica-se o entendimento esposado por essa Câmara no sentido de que, *“se o recorrente impugna especificamente a sentença, contrastando com argumentos os fundamentos ali motivados, não há defeito que imponha o não conhecimento do recurso, vez que devidamente observado o princípio da dialeticidade”* (AP nº 1502323-20.2018.8.26.0115, rel. Des. Roberto Martins de Souza, j. 26/01/2021).

Respeitado o entendimento adotado pelo Juízo *a quo*, a remessa necessária e o recurso de apelação merecem provimento parcial para o fim anular a r. Sentença proferida, tal como pretendido pela Municipalidade, determinando-se a continuidade da ação para a produção de prova pericial, como requerido expressamente pela autora (fls.553/554).

Narra a requerente ser empresa que atua principalmente na área de consultoria em tecnologia da informação e que, tendo prestado serviços à pessoa jurídica situada no Município de São Paulo, no período de dezembro/2020 a novembro/2021, recolheu regularmente o ISSQN devido aos cofres do Município de Santana de Parnaíba, local em que está sediada.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

Contudo, o tomador dos serviços também efetuou a retenção do ISSQN, em razão da legislação local vigente no Município de São Paulo, que assim determinava aos tomadores de serviços em relação aos prestadores que não possuísem registro no Cadastro de Prestadores de Serviços de Outro Município (“CPOM”), instituído por aquele Município.

Assim, a autora pretendendo obter a repetição do indébito recolhido aos cofres do Município de São Paulo, ajuizou a presente ação pleiteando que fosse reconhecido *“o direito de restituição do valor pago indevidamente a título de ISS referente ao período de 12/2020 a 11/2021, condenando-se o Município de São Paulo ao pagamento de R\$ 2.714.585,67 (dois milhões, setecentos e quatorze mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e sessenta e sete centavos), devidamente atualizado pelos mesmos índices adotados para os seus créditos, na forma dos arts. 165, I e 167, do CTN e da Súmula 162/STJ, nos termos da fundamentação”* (fls.18 em especial).

O juízo *a quo*, julgou procedente a demanda *“para o fim de declarar a inexistência de relação jurídico-tributária entre a autora e o Município de São Paulo, referente ao ISSQN indevidamente recolhido entre 12/2020 a 11/2021, condenando-se o Município de São Paulo ao pagamento de R\$ 2.714.585,67, corrigidos pela SELIC, que já contém os juros moratórios, conforme Emenda Constitucional n. 113/2021* (fls.556 em especial).

No caso em apreço, sendo reconhecida a repetição, era mesmo possível o acolhimento de pedido implícito de inexistência de relação jurídico-tributária, tendo em vista que a própria Municipalidade não se opôs à alegação da autora de irregularidade da retenção do ISSQN fundada, em síntese, no TEMA 1020 fixado pelo C. STF no Recurso Extraordinário nº1.167.509/SP, julgado em regime de repercussão geral .

Como se infere dos termos da contestação (fls.530/538) e de apelação (fls.561/582), é incontroverso que os valores foram recolhidos ao Município de São Paulo.

Ocorre que na petição inicial de fls.1/18, a pretensão foi de devolução destes valores pagos, vide fls.18, item vi), *in verbis*:

“vi) ao final, seja a presente ação julgada procedente para reconhecer o direito de restituição do valor pago indevidamente a título de ISS referente ao período de 12/2020 a 11/2021, condenando-se o Município de São Paulo

ao pagamento de R\$ 2.714.585,67 (dois milhões, setecentos e quatorze mil, quinhentos e oitenta e cinco reais e sessenta e sete centavos), devidamente atualizado pelos mesmos índices adotados para os seus créditos, na forma dos arts. 165, I e 167, do CTN e da Súmula 162/STJ, nos termos da fundamentação;”

Entretanto, para que seja possível a devolução dos valores indevidamente recolhidos, o ordenamento exige que se verifique se o prestador/interessado arcou com estes encargos OU se possui autorização de quem assumiu referido encargo, por aplicação do disposto no art. 166, do CTN, assim redigido:

“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.”

Conforme aponta a própria autora, além do recolhimento que efetuou em favor do Município de Santana do Parnaíba, em que se encontra sediada, o valor relativo ao ISSQN também foi retido diretamente e indevidamente pelo tomador do serviço em favor do Município de São Paulo:

“(…) o valor do ISS retidos pela tomadora de serviços foi deduzido do montante total pago à Autora.

É o que se verifica pela análise dos comprovantes de pagamento (transferências bancárias), em conjunto com os demais documentos ora apresentados, por meio dos quais é possível verificar que os valores recebidos pela Autora condizem com o valor da nota fiscal (preço do serviço), deduzidos os valores dos impostos retidos pela tomadora (IRRF, PIS, COFINS e CSLL), dentre eles o ISS.

(…)

Por sua vez, no que se refere ao pagamento dos valores relativos a NF-e nº 314 à Autora, é possível se aferir dos comprovantes de transferências

bancárias anexos (cf. Doc. 07) que somente o valor líquido de R\$ 285.507,99 foi recebido em decorrência dos serviços prestados, o que evidencia que o pagamento levou em consideração as deduções dos impostos retidos pela tomadora, quais sejam: IRRF, PIS, Cofins e ISS. (fls.10 em especial).

Deste modo, observado o disposto no art. 166, do CTN, cabendo a autora comprovar que assumiu o encargo financeiro ou possui autorização do tomador para pleitear a devolução, em princípio, juntou extensa documentação com a petição inicial, ou seja, as notas fiscais que emitiu como prestador (fls.77/257), com os respectivos pagamentos de ISSQN ao Município de Santana de Parnaíba (fls.258/281), bem como as notas emitidas pelo tomador, com os descontos do imposto municipal, quitados igualmente no Município de São Paulo (fls.283/469) e, ainda, os pagamentos efetuados pelo tomador ao prestador em razão dos serviços realizados no período (fls.487/509).

Contudo, ainda que não demonstrado, de plano, o preenchimento dos requisitos do art. 166, do CTN, inviável, nesta fase, julgar o mérito da ação, uma vez que a autora pediu expressamente a realização de “perícia técnica contábil” com tal finalidade (em especial fls.553/554), a impedir o julgamento antecipado da lide, como feito.

Isto porque, em um juízo de cognição sumária, a documentação oferecida traz fortes indícios no mínimo de bi-tributação em relação aos mesmos serviços prestados, cabendo tão somente a definição de quem tem legitimidade (artigo 166 do CTN) para reaver os valores pagos irregularmente ao Município de São Paulo, por força de legislação posteriormente declarada inconstitucional pelo E. STF (tema de repercussão geral nº1.020), o que deve ser apurado por meio de prova técnica contábil, conforme já requerido pela autora.

Deste modo, de rigor o acolhimento em parte da remessa necessária e do recurso de apelação da Municipalidade, para o fim anular a r. Sentença proferida, determinando-se o retorno dos autos ao juízo de origem, para oportunizar a produção de prova pericial contábil, como requerido expressamente pela autora, observado quanto à despesa o disposto no artigo 82, *caput*, do CPC (fls.553/554).

E acolhido em parte o apelo, com a anulação da r. Sentença atacada e determinação de continuidade do processo em primeiro grau, descabida a aplicação do



TRIBUNAL DE JUSTIÇA
PODER JUDICIÁRIO
São Paulo

disposto no art. 85, § 11, do CPC (sucumbência recursal), uma vez que a majoração só é devida em casos de não conhecimento ou não provimento do recurso, conforme pacificado pelo C. STJ na tese jurídica firmada no tema de recursos repetitivos nº 1.059, assim redigida:

"A majoração dos honorários de sucumbência prevista no art. 85, § 11, do CPC pressupõe que o recurso tenha sido integralmente desprovido ou não conhecido pelo tribunal, monocraticamente ou pelo órgão colegiado competente. Não se aplica o art. 85, § 11, do CPC em caso de provimento total ou parcial do recurso, ainda que mínima a alteração do resultado do julgamento e limitada a consectários da condenação." (REsp n. 1.864.633/RS, relator Ministro Paulo Sérgio Domingues, Corte Especial, julgado em 9/11/2023, DJe de 21/12/2023.)

Por derradeiro, considera-se prequestionada toda matéria infraconstitucional e constitucional, observando-se que é pacífico no Superior Tribunal de Justiça que, tratando-se de prequestionamento, é desnecessária a citação numérica dos dispositivos legais, bastando que a questão posta tenha sido decidida.

E mais, os embargos declaratórios, mesmo para fins de prequestionamento, só são admissíveis se a decisão embargada estiver eivada de algum dos vícios que ensejariam a oposição dessa espécie recursal (EDROMS-18205/SP, Ministro FELIX FISCHER, DJ-08.05.2006 p.240).

Ante o exposto, dá-se provimento parcial à remessa necessária e ao recurso do Município de São Paulo para o fim de anular a r. Sentença com determinação, consoante especificado.

FERNANDO FIGUEIREDO BARTOLETTI
Relator