

Informações – Defesa - Mandado de Segurança Coletivo

Dra. Nathaly Campitelli Roque

Departamento Fiscal

Procuradora do Município - OAB/SP nº 162.679 – Fisc. 42.

**EXCELENTÍSSIMO SENHOR JUIZ DE DIREITO DA 7ª VARA DA
FAZENDA PÚBLICA DA COMARCA DE SÃO PAULO.**

Mandado de Segurança Coletivo

Autos nº 191/053.06.103632-3

O DIRETOR DO DEPARTAMENTO DE RENDAS MOBILIÁRIAS DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO E O MUNICÍPIO DE SÃO PAULO, na qualidade de assistente litisconsorcial necessária, nos autos do **MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO** acima mencionado, impetrado por **IBAPEM INSTITUTO BRASILEIRO DE APOIO AO PEQUENO EMPRESÁRIO** vem respeitosamente à presença de V. Exa. Apresentar, na qualidade de assistente litisconsorcial, suas **INFORMAÇÕES-DEFESA**, nos termos que seguem.

I – BREVE RELATO DO PLEITEADO.

Foi impetrado mandado de segurança coletivo pelo pela entidade acima mencionada, na qualidade de substituto processual de seus representados que não possuem sede no Município de São Paulo. em face do Sr. Diretor do Departamento de Rendas Mobiliárias do Município de São

Paulo, requerendo a concessão da segurança para que não sejam compelidas ao cadastramento pela Secretaria Municipal de Finanças e, conseqüentemente, a retenção do ISS determinados pelo artigo 9-A e 9-B da Lei 13.701/03, com a redação dada pela Lei 14.042/05, alegando, em síntese, que: (a) primeiramente, tem a associação legitimidade para a impetração do *mandamus*, já que ostenta a qualidade de substituto processual; (b) houve infração ao princípio constitucional da territorialidade, já que o Município de São Paulo objetivaria exercer a competência tributária além dos limites estabelecidos, (c) extravasou-se a limitação estabelecida pela Lei Complementar 116/03, ao infringir o critério estabelecido para fins de exercício da competência tributária e (d) houve infração ao artigo 113 do Código Tributário Nacional, por ser estabelecida obrigação acessória em virtude de obrigação principal inexigível. A medida liminar pleiteada foi indeferida

Sem razão a insurgência da Impetrante, como adiante restará cabalmente demonstrado.

II - PRELIMINARMENTE

A) Da ilegitimidade ativa da associação para a defesa de direitos individuais típicos.

Em que pese ser franqueada a via do mandado de segurança coletivo às associações, no caso concreto não se constata a presença da autorizante constitucional para manejo da via coletiva, estabelecidos no artigo 5º, LXX, "b", da Constituição Federal.

As associações estão autorizadas a impetrar mandado de segurança coletivo, desde que legalmente constituídas e em funcionamento há mais de um ano, em defesa dos interesses de seus membros ou associados.

Ou seja, estabelece a Constituição Federal, além de requisitos quanto à existência da entidade, a fim de demonstrar sua representatividade em relação à categoria, estabelece como critério para determinação de sua legitimidade a pertinência temática, ou seja, os interesses deverão ser vinculados diretamente aos interesses que pretende representar.

Com isso se quer dizer que os interesses do grupo aglutinado é que deverão ser tutelados em juízo pela associação. E não poderia ser

diferente, já que a associação apenas se justifica por esta a aglutinação de interesses específicos de seus filiados. Não poderá ir além dos interesses que representa, sob pena de desfigurar sua natureza.

É a associação vinculada à defesa de um grupo que ostente interesses comuns, convergente ou resultante do plexo de relações sociais, econômicas e políticas, que formam o perfil sociológico e identificam determinado grupo como tal, e a distinguem das demais. Sendo assim, apenas ações que se voltem a este tipo de pretensão é que poderão ser defendidas em juízo pela associação.

E não é este o caso da presente demanda, já que não há interesse do grupo, tomado como coletividade, a ser defendido na presente demanda. No caso dos autos, pretende a Impetrante obter tutela de interesses que não são exclusivos da categoria defendida. Já que é evidente que a exigência do cadastro é obrigação de todos aqueles que se encontrarem na situação prevista na lei. Sendo assim, tal tema não é de interesse do grupo representado pela associação e, não havendo pertinência temática, não há que se falar em legitimidade para a presente demanda.

Além disso, o interesse de não se sujeitar à fiscalização tributária, como é indicado na petição inicial, é de apenas alguns dos associados, não sendo sequer informado quais seriam eles. A via coletiva implica no alcance de prestação jurisdicional que extravase o interesse individual típico, aquele afeto a pessoa certa e determinada de forma precisa. E, na falta de determinação legal específica, são utilizáveis os conceitos trazidos pela Lei 8.078/90 em relação aos interesses e direitos coletivos em sentido amplo.

Foi limitada constitucionalmente a atribuição do sindicato como substituto processual ou legitimado para a condução autônoma do feito (conforme se verifique haver interesse individual homogêneo ou interesse coletivo ou difuso) à defesa dos interesses da categoria econômica que o sindicato se propõe a representar. Necessário que se tratem, como já reconheceu desde muito tempo a jurisprudência, de interesses típicos e exclusivos da categoria.

Valemo-nos da eterna lição de Hely Lopes Meirelles:

"Observamos, todavia, que o mandado de segurança coletivo não se presta à defesa de direito individual de um ou de alguns filiados de partido político, de sindicato ou de associação, mas sim da categoria, ou seja, da totalidade de seus filiados, que tenham um direito ou uma prerrogativa a defender em juízo" (Mandado de Segurança, p. 25).

No caso concreto identifica-se pleito tipicamente de direitos individuais típicos. É o ISS é objeto de ato de lançamento individuado, com diferentes incidências normativas que ocasionarão a exigibilidade da obrigação tributária. É a hipótese de incidência do ISS complexa, sendo necessário que se verifique a prestação de serviços na lista anexa à lei que instituir o ISS. E deve-se lembrar que cada serviço terá suas peculiaridades, o que torna cada lançamento ato único. E mesmo que reunidas sob sindicato patronal, cada empresa poderá desenvolver atividades distintas, cada qual tributável por correspondência específica com um dos itens da lista de serviços.

Pela descrição da situação fática, facilmente se verifica que se trata de interesses divisíveis, os quais não têm origem comum, já que não se originam do mesmo fato, da mesma ocorrência fenomênica. A origem comum não poderá ser uma norma jurídica de incidência complexa, que empreende uma série de fatos geradores.

Além do mais, a origem comum do interesse (prestação do mesmo serviço pelos interessados) é ônus probatório do sindicato impetrante, já que, na falta de maiores elementos, sequer há meios de precisar quais atividades estariam envolvidas.

Desta forma, falece legitimidade *ad causam* à impetrante, já que ajuizou ação fora dos limites a ela afetos, sem que haja pertinência temática e que se caracterize como pretensão coletiva.

B) Da não observância dos requisitos essenciais quanto à identificação dos beneficiários da medida estabelecidos na lei 9.494/97.

Além disso, não observou a Impetrante o mandamento estabelecido no parágrafo único do artigo 2-A da Lei 9.494/97, acrescentado pela Medida Provisória 2.180-35, de 24 de agosto de 2001: a necessidade ser juntado aos autos cópia da ata da assembléia que autorizou o ajuizamento da ação e a relação nominal dos associados a serem beneficiados pela medida, com a indicação de seus respectivos endereços.

A determinação legal visa a evitar pretensões por demais abrangentes, sem base em fatos, como muitas pretensões eram formuladas, o que dificultava sobremaneira a própria execução da medida judicialmente estabelecida, se desfavorável à entidade pública.

Pelo simples compulsar dos autos, verifica-se que este requisito não foi cumprido pelo Impetrante. Sendo assim, não há como delimitar, nos termos do *caput* do mesmo dispositivo legal, qual a amplitude que terá a sentença requerida, já que este estará limitado aos substituídos pertençam aos quadros do Impetrante na data da propositura da ação, limitados àqueles que tenham domicílio na base territorial do órgão prolator da decisão.

Pelo contrário, verifica-se que na petição inicial limita-se a Impetrante a alegar de forma genérica que tem associados não sediados em São Paulo, capital, mas que aqui prestam serviços e que podem ser atingidos pela determinação contida na Lei 13.701, com a modificação introduzida pela Lei 14.042/05. Não diz quais serviços prestam ou quais empresas seriam estas. Sequer menciona quantas empresas seriam beneficiadas.

Desta forma, e por falta dos requisitos específicos acima mencionados, que deveriam integrar a petição inicial de fls., como manda o artigo 1º da Lei 1.533/51, patente a extinção do presente feito sem julgamento do mérito, com fundamento no artigo 267, IV e VI, do Código de Processo Civil.

C) Da impetração contra lei em tese. Da ausência de interesse de agir, por falta de direito líquido e certo.

Mesmo no caso de mandado de segurança preventivo, seja ele individual ou coletivo, é necessário que seja apontada a lesão cuja consumação se quer evitar. Este requisito informa o interesse de agir do impetrante, para a imprescindível demonstração da necessidade e adequação da via eleita. Sendo assim, é indispensável, com a finalidade de também atender ao disposto no artigo 282, III, do Código de Processo Civil, deverão ser apontados de forma concreta os fatos que motivam a impetração.

Percebe-se pela simples leitura da petição inicial que a Impetrante não se volta a exigência concreta, mas sim ao próprio teor da norma jurídica geral e abstrata. Assim, vale-se do remédio constitucional para atacar ato legislativo puro, objeto que seria exclusivo de ação direta de inconstitucionalidade, da qual o *mandamus* não é sucedâneo.

Isto porque o ato legislativo, por sua natureza geral e abstrata, não têm o condão de atingir especificamente direito de quem quer que seja. Com já há muito ensinava Hely Lopes Meirelles, necessária se torna a conversão da norma abstrata em ato concreto para expor-se à impetração (Mandado de Segurança, 20ª ed., p. 37). Tanto é assim que o Supremo

Tribunal Federal abraçou e consolidou este entendimento, editando a súmula de nº 266, cujo teor é de clareza cristalina: "Não cabe mandado de segurança contra lei em tese".

Vale transcrever entendimento do Superior Tribunal de Justiça a respeito do tema:

RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA COLETIVO. TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ICMS. CREDITAMENTO DO ICMS. ALEGAÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE DO ART. 2º, DA LEI ESTADUAL Nº 3.188/99. LEI EM TESE. ILEGITIMIDADE PASSIVA. NÃO DEMONSTRAÇÃO DO DIREITO LÍQUIDO E CERTO. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA.

1. Recurso ordinário em mandado de segurança interposto contra v. acórdão que denegou ordem com o objetivo de assegurar às empresas associadas ao recorrente o integral aproveitamento dos créditos do ICMS decorrentes da aquisição de bens do Ativo Permanente Imobilizado sem as restrições impostas pelo art. 2º, da Lei Estadual nº 3.188/99, em face da alegada inconstitucionalidade do diploma legislativo estadual.

2. Inexiste ato concreto do Secretário da Fazenda, autoridade apontada como coatora, visto que a impetração foi dirigida contra dispositivo de lei em tese. Não se aponta qualquer ato concreto, seja qual for, em relação às empresas que são associadas ao recorrente.

3. Como a impetração se acha direcionada contra texto de lei, sem a identificação necessária, por menor que fosse, dos efeitos concretos decorrentes da aplicação do dispositivo questionado, seria de fato impossível se identificar na espécie a prática de qualquer ato da autoridade impetrada que pudesse ser classificado como ilegal ou arbitrário.

4. Tratando-se de controvérsia relacionada a direito líquido e certo que estaria na iminência de ser violado, impõe-se demonstração cristalina dos fatos que, em existentes, justifiquem a medida extrema tomada preventivamente. Não se comprovando que o alardeado dispositivo é daqueles atos normativos de efeitos concretos a macular direito subjetivo ou a alcançar determinada situação jurídica preestabelecida, inoportuna se mostra a via escolhida na medida em que não evidenciada a liquidez e certeza do direito perseguido.

5. O mandado de segurança não é meio adequado para se questionar, mesmo que de forma indireta, a constitucionalidade da lei, que requer procedimento apropriado.

6. *Recurso não provido.*

(RMS 13056/RJ; Relator Ministro José Delgado, Primeira Turma, 21/05/2002, DJ 17.06.2002 p. 194)

Esta situação já foi reconhecida em caso análogo, quando o MM. Juiz da 10ª Vara da Fazenda Pública indeferiu a petição inicial de mandado de segurança impetrado por Associação de Empresas Coligadas AEC (autos nº 053.05.031664-2 – sentença anexada).

E mesmo que assim não fosse, a ameaça de lesão deveria estar, ao menos, amparada por prova documental, com a indicação do local de sede das empresas interessadas, suas condições como prestadoras de serviços e o real desempenho de atividades de prestação de serviços no Município de São Paulo, demonstrando-se, também que esta sede é, em cada um dos casos, o centro das atividades econômicas das interessadas.

Esta circunstância aponta para a carência de condição específica da ação de mandado de segurança: a existência de **direito líquido e certo** – qual seja, **demonstrável de plano**, sem a necessidade de instrução probatória. Vale trazer a lição de Hely Lopes Meirelles:

“ Direito líquido e certo é o que se apresenta manifesto na sua existência, delimitado na sua extensão e apto a ser exercitado no momento da impetração. Por outras palavras, o direito invocado, para ser amparável por mandado de segurança, há de vir expresso em norma legal e trazer em si todos os requisitos e condições de sua aplicação ao impetrante: se a sua existência for duvidosa; se a sua extensão ainda não estiver delimitada; se o seu exercício depender de situações e fatos ainda indeterminados, não rende ensejo à segurança, embora possa ser defendido por outros meios judiciais.

Quando a lei alude a direito líquido e certo, está exigindo que esse direito se apresente com todos os requisitos para o seu reconhecimento e exercício no momento da impetração. Em última análise, direito líquido e certo é direito comprovado de plano. Se depender de comprovação posterior não é líquido nem certo, para fins de segurança.

(...)

Por se exigirem situações e fatos comprovados de plano é que não há instrução probatória no mandado de segurança. Há, apenas, uma dilação para informações do impetrado sobre as alegações e provas oferecidas pelo impetrante, com subsequente

manifestação do Ministério Público sobre a pretensão do postulante. ("in", Mandado de Segurança e Ação Popular, 8ª ed., RT, SP, 1982, págs. 10 e 11).

Veja-se que tal demonstração é essencial para que o remédio constitucional seja cabível. **Neste passo, não foi juntado nenhum contrato de prestação de serviços foi colacionado aos autos, nem mesmo a impetrante indicou que esteja em vias de firmar contrato de prestação de serviços com tomadores estabelecidos neste Município.**

Desta forma, patente é reconhecer que, em primeiro lugar, não há lesão a direito, por força da impugnação de lei em tese e, além disso, que a pretensão apresentada **não está comprovada de plano. Incabível na espécie, portanto, o remédio heróico, dada a flagrante iliquidez e incerteza do direito pleiteado.**

Dessa forma, é de rigor a extinção do processo, sem julgamento do mérito, nos termos do artigo 267, inciso I, do Código de Processo Civil.

III - DO MÉRITO. DA LEGALIDADE DA IMPOSIÇÃO DO DEVER INSTRUMENTAL DE MANUTENÇÃO DE CADASTRO JUNTO AO ÓRGÃO FISCALIZADOR DO MUNICÍPIO DE SÃO PAULO.

Quanto ao mérito, mostra-se de rigor a denegação da segurança pleiteada. Isto porque o dever instrumental estabelecido na atual redação da Lei 13.701/03 não infringe qualquer mandamento constitucional ou legal referente ao ISS, sendo apenas exercício do poder de fiscalização deferido ao entre tributante nos moldes do Código Tributário Nacional.

Tendo-se em vista que é o ISS é imposto de competência dos Municípios, muita dúvida gerou a correta dicção do termo "local da prestação de serviços". O regime anterior do ISS, estabelecido pelo Decreto-Lei 406/68, simplesmente estabelecia ser o tributo devido no local do estabelecimento prestador, excetuando apenas as obras de engenharia, nos termos do revogado artigo 9º, incisos I e II.

O entendimento meramente formal de "sede" trouxe duas graves distorções, que prejudicaram municípios como São Paulo: (a) a interpretação formal de "sede" para justificar que empresas, de forma fraudatória, elegessem município no qual o ISS tivesse alíquota mais vantajosa e es-

tabelecessem apenas em seus atos constitutivos, mantendo de fato seu centro operacional em outro município e (b) a chamada "guerra fiscal", na qual municípios de menor potencial econômico procuram atrair empresas prestadoras de serviços para seus domínios, oferecendo alíquotas menores de ISS, até mesmo abaixo do limite estabelecido pela lei nacional do ISS e sem maiores rigores, de forma conivente, em muitos casos, com as atitudes fraudulentárias dos contribuintes.

A fim de superar estes obstáculos, a Lei Complementar 116/03 definiu local da prestação de serviços como sendo, em regra, o local do estabelecimento do prestador de serviços, considerado este como sendo, em seu artigo 4º, *verbis*:

"o local onde o contribuinte desenvolva atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevante, para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas".

Lembre-se que o artigo 4º da Lei Complementar nº 116/03, acima citado, procurou afastar o conceito formal de "sede", buscando aclarar a idéia de que estabelecimento prestador é aquele onde de fato a atividade de prestação de serviços é executada.

Além disso, também foram eleitas 22 exceções, nas quais o critério "local da prestação" foi eleito. Além disso, foi autorizada a atribuição de responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, desde que "vinculada ao fato gerador" (art. 6º, LC 116/03). Isto tudo para melhor aparelhar os municípios contra perdas de exações devidas por fatos imponíveis ocorridos em seus territórios.

Mas a Lei Complementar foi além, dada a enorme preocupação com a "guerra fiscal" e as fraudes que cercavam o tributo. Foi autorizada a atribuição de responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, desde que "vinculada ao fato gerador" (art. 6º, LC 116/03). Isto tudo para melhor aparelhar os municípios contra perdas de exações devidas por fatos imponíveis ocorrentes em seus territórios.

"Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação,

excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

§1º Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.

§2º Sem prejuízo do disposto no caput e no §1º deste artigo, são responsáveis:

I – o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;

II – a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa.”

Mesmo assim, ainda há diversas empresas que se valem de expedientes para fraudar ou dificultar a fiscalização do Município. É fato notório, amplamente divulgado na imprensa, que diversas empresas insistem em criar estabelecimentos “fantasmas” em outros Municípios, aproveitando-se da conivência de muitos governantes para simular a prestação de serviços e afastar a pretensão do Município de São Paulo de obter o valor do tributo que lhe é devido.

Neste sentido, juntamos aos autos cópia de reportagem veiculada na Revista Semanal Veja, publicação da Editora Abril. Lembramos, também, a contínua veiculação de programas de televisão sobre o tema, como aquele levado ao ar pela Rede Globo de Televisão na data de 13/01/2006, no Jornal Nacional, principal programa jornalístico da emissora.

Tendo-se em vista que o tributo é o meio que o Estado se vale para abastecer os cofres públicos de dinheiro para desempenharas funções que lhe são constitucionalmente impostas, a evasão de divisas configura-se como um flagelo que ultrapassa a dimensão tributária.

Ao haver o redirecionamento do tributo indevidamente a outro Município, há grandes perdas de arrecadação, as quais refletem na diminuição do volume de dinheiro disponível nos cofres públicos. Com menos dinheiro e pela vinculação à Lei de Responsabilidade Fiscal, o orçamento público precisa ser modificado, para contemplar menos investimentos sociais e cortes em áreas diversas de atuação do Município. Sendo assim, é evidente que o prejuízo atinge a todos os munícipes paulistanos e a todos aqueles que se dirigem ao Município de São Paulo para trabalhar, estudar ou ter lazer.

Além disso, o deslocamento meramente **formal** de inúmeros prestadores de serviços para o entorno do Município de São Paulo tem provocado concorrência desleal com aqueles que não se valem de tais meios fraudulentos. Enquanto uns suportam alíquota, em regra, de 5% (cinco por cento) sobre o preço do serviço, aqueles que se transferem formalmente, por exemplo, para Santana do Parnaíba, pagam alíquota de 0,7% (inferior, inclusive à alíquota mínima estabelecida pelo artigo 88, inciso I, do ADCT). Tal alíquota é obtida mediante artifício implementado pela Lei Municipal de Santana do Parnaíba 2.499, de 19/12/2003 (cópia anexa), que por seu artigo 14, §4º, reduziu a base de cálculo a 37% (trinta e sete) por cento do faturamento, considerada a alíquota de 2%.

Os bons contribuintes, aqueles que estão estabelecidos, de fato e formalmente, nesta Municipalidade, acabam por suportar ônus muito superior aos que utilizam-se de estabelecimento meramente formal para a prestação de seus serviços.

Assim, buscar uma solução para salvaguardar os interesses econômicos e sociais do Município de São Paulo é típico assunto de interesse local, o qual, nos termos do artigo 30, I, da Constituição Federal, pode ser legislado por lei do Município interessado.

O instrumento adequado para esta finalidade é o incremento da fiscalização. E o meio para tanto é estabelecido no Código Tributário Nacional: a instituição de obrigações acessórias. Por obrigação acessória, ou dever instrumental, entende-se a imposição estabelecida por lei, que envolve prestações positivas ou negativas a serem exigidas do sujeito passivo no interesse da arrecadação ou da fiscalização, a teor do disposto no artigo 113, parágrafo 2º, do Código Tributário Nacional.

São, assim, deveres jurídicos a serem observados pelos súditos do Estado, no sentido de imprimir efeitos práticos à percepção de tributos (Paulo de Barros Carvalho, Curso de Direito Tributário, 8ª ed., p. 198). Desta forma, podem ser estabelecidos deveres de prestar informações ao Poder Público, executar atos ou não os realizar, no sentido de tomar providências de interesse geral, a fim de fornecer as informações imprescindíveis para o correto exercício da atividade tributária.

Neste âmbito, qualquer informação poderá ser pedida pelo Poder Público Municipal, a fim de corretamente empreender seu designio de investigar as atividades que possam gerar a obrigação tributária em favor do

Município de São Paulo. É neste sentido o posicionamento do Supremo Tribunal Federal, que ao apreciar situações semelhantes, editou a súmula 439, segundo a qual quaisquer livros podem ser objeto de fiscalização, limitado o exame aos pontos objeto da investigação.

Legalmente autorizado, estabeleceu o Município de São Paulo por lei (instrumento apto a criar direitos e obrigações) a instituição de uma obrigação acessória pela qual as empresas prestadoras de serviços **que executem serviços a tomadores estabelecidos no Município de São Paulo**, mas que emitam notas fiscais de outros municípios, inscrevam-se, sem qualquer ônus, em cadastro da Secretaria Municipal de Finanças. Lembre-se que a exigência, como já asseverado, não se refere a qualquer serviço prestado, mas somente àqueles descritos nos itens da lista de serviços citados no aludido instrumento normativo.

Assim, conclui-se que o intuito do dever instrumental instituído pela Lei Municipal injustamente guerreada é plenamente justificável. O cadastro possibilita ao ente tributante verificar quais empresas realmente se situam em outros Municípios e quais aquelas que se valem de expedientes fraudulentários para deixar de recolher aos cofres da cidade de São Paulo o ISS devido.

Não há que se suscitar na afronta ao Princípio da Territorialidade ou extensão ilícita da competência municipal de fiscalização ou, ainda, uso de critério para aumentar a captação de tributos devidos por fatos gerados ocorridos fora do território do Município de São Paulo.

O que há, na verdade, é apenas a coleta de informações indispensáveis à fiscalização das atividades desenvolvidas no território do Município de São Paulo e que possam, em tese, gerar tributos de sua competência.

Assim, o que pretende a Municipalidade Paulistana é exatamente bem cumprir a Constituição Federal (artigo 156, III) e a Lei Complementar nº 116/2003, lançando tributo que seja, de fato, de sua competência, ou seja, constituindo ISS incidente sobre serviços que sejam executados no território do Município de São Paulo, respeitadas as regras do local da prestação estatuidas pelo artigo 3º da legislação complementar, expressamente adotadas pela Lei Municipal nº 13.701/2003.

Ou seja, a mera exigência de informações para controlar as atividades desenvolvidas no território do Município de São Paulo não gerará a obrigação de pagar tributo indevido, mas apenas de proporcionar maior segurança na fiscalização, de forma a afastar qualquer

pretensão tributária sobre a atividade de empresas corretamente estabelecidas em outros Municípios. Assim, não há qualquer lesão à Constituição Federal, nem à lei complementar 116/03.

Neste intuito de corretamente fiscalizar as atividades empreendidas em seu território e tendo-se em vista o fato de não haver estabelecimento material para ser fiscalizado no Município de São Paulo, não há outro meio que não exigir a prestação de informações pelos prestadores de serviços, o que torna perfeitamente admissível que se exija o cadastramento das prestadoras de serviço situadas fora do território do Município para fins meramente fiscalizatórios.

Lembre-se que o cadastro é gratuito e que no §3º do artigo 1º do Decreto nº 46.598/2005 permite-se que se o faça via internet, sem necessidade de deslocamento do interessado a repartições públicas, possibilitando ao contribuinte o uso dos meios de informática, o que certamente não causará maiores transtornos a quem quer que seja. Lembre-se que muitos cadastros exigidos pelo Poder Público são realizados por via eletrônica, como é o caso da declaração de imposto de renda.

Quanto à documentação exigida, nada há de ilegal. Vê-se que os documentos são aqueles que as leis específicas muitas vezes elegem como demonstrativos de regularidade do estabelecimento comercial. Além do mais, são todos de fácil obtenção, estando em poder de toda e qualquer empresa que está funcionando regularmente. E deveriam estar juntados aos presentes autos, o que não se constata.

Ou seja, sendo a empresa licitamente instalada no Município onde diz ter sede, tendo ali seu centro de produção, facilmente conseguirá demonstrar a regularidade de seu estabelecimento, cumprindo com seu dever de colaborar com a fiscalização tributária.

Assim, uma empresa regularmente sediada em outro município, como defende ser a Impetrante, não terá motivos para não se cadastrar, de forma gratuita e viável para todos. E seu cadastro será sinônimo de que a Impetrante não funciona irregularmente no Município de São Paulo ou que seu estabelecimento prestador não existe, o que legitimaria a cobrança do tributo pelo município de São Paulo.

Outrossim, se tiverem as substituídas pela Impetrante regular estabelecimento no município por elas indicado, como alega ter, o que será constatado pela fiscalização, decerto seu pedido será deferido. Apenas as

empresas que não têm o estabelecimento de fato (os chamados "estabelecimentos fantasmas") é que terão sua inclusão no cadastro indeferida. Crê-se que não seja este o caso da Impetrante, a qual não tem, então, justo motivo para não proceder ao cadastro.

Por sua vez, a previsão de dever ao tomador de serviços em reter o tributo não tem caráter de sanção, como argumenta a Impetrante. Apenas se trata de reconhecer a competência tributária do Município de São Paulo caso se evidencie que a empresa prestadora, ilicitamente, deixa de recolher o ISS a seus cofres, valendo-se de meios fraudatórios para tanto.

E, pode a lei transferir a responsabilidade tributária para terceiro, no interesse da fiscalização, diante da impossibilidade ou grande dificuldade de cobrar o tributo do verdadeiro devedor. Porém, é necessária que a previsão conste de lei, como de fato constou no artigo 9-A guerreado. Não pode ser outra a correta exegese do dispositivo legal, já que tributo não tem natureza de punição, mas sim de meio de abastecimento dos cofres públicos.

Além disso, a bitributação é matéria de prova, a qual não foi trazida para os presentes autos e a dúvida a quem pagar corretamente o tributo deverá ser resolvida pela via apropriada, no caso, a ação de consignação em pagamento.

Assim, caem por terra os argumentos da Impetrante de que seria exigido imposto ilicitamente. Confunde ela a obrigação acessória, de fazer o cadastro, com a obrigação principal, de proceder ao pagamento do imposto.

Sendo o imposto indevido ao Município de São Paulo, de acordo com a correta comprovação dos requisitos estabelecidos na Lei Complementar 116/03, não será exigido de quem quer que seja o imposto. Porém, se a empresa se utilizar de meios fraudatórios para deixar de pagar o imposto devido, merecerá, além das penalidades cabíveis, a imputação da obrigação tributária não paga, a ser atendida pelo tomador dos serviços.

Além disso, lembre-se que o Superior Tribunal de Justiça tem reconhecido reiteradamente que o tributo é devido no local da prestação de serviços, especificamente nos casos em que o contribuinte não tem estabelecimento de fato em outra localidade.

Não há, ainda, qualquer afronta à hierarquia das leis. Como ressaltado, a Lei 14.042/05 apenas criou obrigação acessória cujo in-

tuito é o de fornecer elementos necessários à fiscalização tributária do Município de São Paulo para exata aplicação do disposto na Lei Complementar nº 116/2003.

Nem há que se falar, ainda, em afronta ao princípio da isonomia. Com efeito, **todos os prestadores de serviços estabelecidos no Município de São Paulo** estão obrigados a se inscrever em Cadastro Municipal. Com a edição da Lei nº 14.042/05, aqueles prestadores de serviços que teoricamente têm sede fora desta Municipalidade, mas que vierem a executar determinadas atividades nesta Municipalidade, também deverão inscrever-se, o que, em verdade, consagra a isonomia.

Do mesmo modo, não há violação do artigo 128 do Código Tributário Nacional. Consoante asseverado alhures, a retenção na fonte do ISS somente ocorrerá se a empresa recusar-se a se inscrever no cadastro municipal.

E, neste passo, é claro que as empresas **idôneas**, de fato estabelecidas em Municípios que não o de São Paulo, não têm qualquer motivo para a recusa. Como já dito, a inscrição dar-se-á sem qualquer custo ou ônus, sendo realizada pela *Internet* (artigo 1º, §§2º e 3º do Decreto nº 456.598/2005, que regulamentou a Lei nº 14.024/05).

Frise-se, mais uma vez, Excelência, que o intuito da Municipalidade de São Paulo não é o de lançar e cobrar o imposto para os cofres municipais paulistanos em qualquer caso. Fosse assim e a lei teria instituído, sempre, a obrigatoriedade de retenção. Mas não o fez. A retenção somente ocorrerá no caso de o contribuinte estiver irregularmente estabelecido, o que o fará devedor do tributo ao Município de São Paulo.

Uma vez mais, deve ser afirmado que não há qualquer dispositivo legal ou regulamentar que contrarie os termos do artigo 3º da Lei Complementar nº 116/2003. O cadastro municipal, antes, visa a cumpri-lo com rigor.

Sendo assim, é lícita e razoável a exigência estabelecida na Lei 13.701/03, com a redação trazida pela Lei 14.042/05, não havendo qualquer infração nem ao princípio constitucional da territorialidade, tampouco aos artigos 3º da Lei Complementar 116/03 nem ao artigo 113, parágrafo 2º, do Código Tributário Nacional, como acima demonstrado.

E esta situação tem sido reconhecida pelo E. Tribunal de Justiça. No julgamento da Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito de Poá contra a lei aqui discutida, a liminar foi negada por falta dos requisitos legais. E esta orientação tem sido seguida. Vale a pena transcrever

trecho do voto proferido pelo Sr. Desembargador Eutálio Porto, que concedeu efeito suspensivo nos autos do Agravo de Instrumento 516.787.5/6:

“1. Trata-se de agravo de instrumento, com pedido de efeito suspensivo, interposto pela Municipalidade de São Paulo (fls. 02/16) contra decisão (fls. 41) que concedeu liminar, em sede de Mandado de Segurança, para afastar a obrigação de cadastramento exigida pela Lei do Município de São Paulo 13.701/03, artigo 9º-A, incluído pela Lei 14.042/05.

2. Defiro o efeito suspensivo pretendido. Isto porque encontra-se presentes os pressupostos necessários, aptos a ensejar, em sede de cognição sumária, a pretensão aforada. O cadastramento exigido pela Lei do Município de São Paulo não oferece risco de deva ser afastado, pois a presunção de que referido cadastramento visa em controle maior das atividades desenvolvidas no município é verossímil e encontra-se dentro de sua competência.

3. A propósito, em recente Ação Direta de Inconstitucionalidade ajuizada pelo Prefeito de Poá, o presente Tribunal de Justiça negou liminar que objetivava a suspensão da lei em questão por entender ausentes o fumus boni iuris e o periculum in mora.

4. (...)”

Além deste, foi proferida decisão no mesmo sentido nos autos do Agravo de Instrumento 516.606.5/1.

Em primeira instância, tal entendimento tem sido compartilhado no julgamento de demandas como a presente. O mandado de segurança coletivo ajuizado pelo Sindicato das Empresas de Processamento de Dados e Serviços de Informática do Estado de São Paulo – SEPROSP, que tramitou perante a 6ª Vara da Fazenda Pública desta Capital teve sua segurança denegada, já que considerada legal a exigência, destinada a proporcionar condições hábeis para a fiscalização. E a mesma solução tem sido dada para diversos casos semelhantes, como demonstram as sentenças anexadas.

Cabe observar, por fim, que o Egrégio Superior Tribunal de Justiça vem reconhecendo, de forma pacífica, que o ISS é devido no local em que os serviços forem efetivamente prestados. Deste modo, se não resta comprovado, pelo cadastramento instituído pela Prefeitura Paulistana, que os serviços são de fato executados no estabelecimento “real” do contribuinte, situado fora de São Paulo, segundo a

referida jurisprudência, o ISS sobre os serviços aqui realizados deve ser recolhido a esta Municipalidade.

IV – DOS REQUERIMENTOS.

Por todo o exposto, o Município de São Paulo requer sua admissão como assistente litisconsorcial da Autoridade apontada como coatora, e (a) a extinção do presente feito sem julgamento de mérito, por força dos inúmeros vícios acima apontados e (b) caso não prosperem as preliminares apresentadas, a denegação da segurança pleiteada, pelos motivos acima apresentados.

Termos em que,

Pede deferimento.

São Paulo, 28 de março de 2006.

DIRETOR DO DEPTO. DE RENDAS MOBILIÁRIAS - RM - G
DO DEPARTAMENTO DE RENDAS MOBILIÁRIAS DA
SECRETARIA DE FINANÇAS E DESENVOLVIMENTO ECONÔMICO