

ISS, DIVERSÕES PÚBLICAS. EXIGÊNCIA DO PAGAMENTO
POR ANTECIPAÇÃO, NA CHANCELA DE BILHETES
PARA "COUVERT" ARTÍSTICO. AÇÃO
ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL.
IMPROCEDÊNCIA.

PRIMEIRO TRIBUNAL DE ALÇADA CIVIL DO ESTADO
DE SÃO PAULO

ACÓRDÃO

Anulatória de Débito Fiscal – ISS – Diversões públicas - Exigência do pagamento por antecipação, devido quando da chancela dos bilhetes para o "couvert" artístico - Retificação compulsória, de ofício, pelo Fisco, ante a inscrição sob o código de serviço errado - Impossibilidade de se con-

siderar tempestivo o imposto recolhido erroneamente, fora do prazo e após a lavratura dos respectivos autos - Recurso da autora não conhecido, por falta de interesse recursal, pois vencedora em 1ª Instância - Recurso da ré provido para reformar a r. sentença e julgar improcedente a ação.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de APELAÇÃO Nº 567.189-2, da Comarca de SÃO PAULO, sendo apelantes LAPA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS E COML LTDA; MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO e apelados OS MESMOS (REQUERENTE: JUÍZO DE OFÍCIO).

ACORDAM, em Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, não conhecer do recurso da autora e dar provimento ao apelo da ré.

Empresa que se dedica aos negócios de restaurante, bar, danceteria, discoteca, casa de espetáculos e atividades análogas, mediante cobrança de "couvert" artístico, move a presente ação anulatória de débito fiscal, por entender indevida a cobrança de ISS referente a diversões públicas.

A r. sentença, cujo relatório se adota, julgou procedente a ação entendendo que inválidos os autos de infração, mesmo porque não considerados, pelo Fisco, os recolhimentos feitos.

Irresignadas, apelam ambas as partes, além de interposto o recurso oficial.

Aduz a autora, parte vencedora, que a r. sentença acolheu, apenas, um dos seus argumentos, vendo-se, porém, vencida ou prejudicada quanto aos demais inacolhidos, o que justifica este seu inconformismo. Recorre, assim, para que sejam reconhecidos os demais argumentos expostos e referentes a: cerceamento de defesa, pois só com o resultado do laudo tomou conhecimento de alguns dados esparsos em que se baseou o Fisco para fazer as autuações; ausência de procedimento administrativo regular, em ofensa ao Código Tributário Nacional; incompetência dos agentes de apoio fiscal fazerem o levantamento para a elaboração dos autos assinados pelos inspetores fiscais; sua atividade de "couvert" artístico que compreende a entrada mais o espetáculo, bebidas, petiscos e danças, não podendo ser comparado a simples cinema; ter tido o seu código de atividade alterado uni-

lateralmente, passando então o Fisco a exigir a chancela dos ingressos, o que importa em recolhimento antecipado do ISS, embora inexista preceito legal amparando tal conduta; afronta ao princípio da estrita legalidade tributária, já que não há previsão legal para tanto, pois o regulamento que o prevê não se equipara a lei; impossibilidade de exigência do ISS antes da ocorrência do respectivo fato gerador; ilegitimidade do cálculo do imposto aferido por arbitramento, já que a estimativa só é válida para fatos futuros, sendo incabível em auto de infração já lavrado e, ainda, que as autuações foram baseadas em artigo diverso da lei, ou seja, no de número 74 não no de número 55, como feito.

Razões de apelação da Municipalidade visando a reforma do r. decisório porque o recolhimento do ISS com atraso refere-se a meses diversos das autuações, sendo, ainda, que se levados em consideração os recolhimentos atrasados isso não gera a nulidade dos autos de infração, mas a sua validade parcial, mesmo porque possível a retificação. Apresentou, ainda, memorial nesse mesmo sentido.

Recursos processados e respondidos.

É o relatório, no necessário.

Não é de se conhecer o apelo da autora, por carecer de legítimo interesse, pois vencedora da ação. Como já decidiu esta E. Câmara (JTAC-SP 108/39-40), falta-lhe legitimidade para pretender novo pronunciamento judicial sobre outros fundamentos invocados na postulação inicial.

Recorrendo do fundamento do julgado ou, apenas de um dos seus fundamentos, reflete a falta de interesse recursal, pela inocuidade do recurso, posto inapto a alterar o julgado. Isso porque, **“o que provoca a sucumbência, porém, não são os argumentos ou a fundamentação da decisão, mas sim o seu dispositivo, a parte decisória propriamente dita...”**, conforme Vicente Greco Filho, em seu “Direito Processual Civil Brasileiro”, 2º vol., pág. 261.

“Questionar-se quanto a, apenas, um dos fundamentos do julgado é inútil, vez que tal não conduz o recorrente a uma situação mais favorável do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão

recorrida. Daí o Juízo externado quanto a ausência de interesse recursal” (JTACSP 108/324), respeitado douto entendimento em contrário (JTAC-SP 119/371).

Para o processualista José Carlos Barbosa Moreira, em seus “Comentários ao Código de Processo Civil”, vol. V/336, ed. Forense, “da legitimação para recorrer deve distinguir-se, como acima exposto, o interesse em recorrer, que é outro dos requisitos de admissibilidade do recurso. A noção de interesse, no processo, repousa sempre, como se vê, no binômio utilidade mais necessidade; utilidade da providência judicial pleiteada, necessidade da via que se escolhe para obter essa providência. O interesse em recorrer, assim, resulta da conjunção de dois fatores: de um lado, é preciso que o recorrente possa esperar, da interposição do recurso, a consecução de um resultado a que corresponda situação mais vantajosa do ponto de vista prático, do que a emergente da decisão recorrida; do outro lado, que lhe seja necessário usar do recurso para alcançar tal vantagem.”

No mesmo sentido, Theotonio Negrão, “CPC e legislação processual em vigor”, 24ª ed., nota 4 ao art. 499; JTACSP - 108/325.

Inobstante isso, a r. sentença bem apreciou esses argumentos, afastando-os.

De fato, as considerações expostas pela autora evidenciam que os agentes de apoio por ela apontados efetuaram um procedimento verificatório, e os inspetores fiscais assinaram os levantamentos fiscais a que se refere, sendo os autos de infração lavrados e assinados pelos agentes capacitados (fls. 809).

Ademais, nos autos há a tipificação dos serviços com indicação do item 59 da Lei nº 10.423/87 e a falta de alínea correspondente a esse item não caracteriza irregularidade por ausência de requisito essencial, pois a autora bem sabe e não pode desconhecer a atividade que exerce, o que, ao contrário de dificultar, facilita a sua defesa. Dos autos constam os requisitos necessários (fls. 808).

Tem-se, ainda, como expõe Bernardo Ribeiro de Moraes em seu "Compêndio de Direito Tributário", 2ª vol., 1994, 2ª ed. Forense, págs. 386-399, que "O crédito tributário ... nasce da ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação, por ocasião da obrigação tributária (relação jurídica). Desde logo, o sujeito ativo tributário passa a ter o direito de crédito, podendo exigir do sujeito passivo, a prestação tributária, desde que tenha condições. Embora constituído com a obrigação tributária, o crédito tributário pode não ter condições de exigibilidade, competindo à Administração Tributária estabelecer se o sujeito passivo deve ser compelido, desde logo, a satisfazer a dívida ou se a autoridade administrativa deve antecipadamente realizar o lançamento tributário, a fim de constituir o crédito tributário nas condições de exigibilidade. Pelo lançamento tributário, apurado o *quantum* devido, torna líquido o que está ilíquido. A constituição (formalização) do crédito tributário se dá através de um ato da autoridade administrativa denominado lançamento tributário. Nos termos do Código Tributário Nacional, compete privativamente à autoridade administrativa "constituir o crédito tributário através do lançamento" (art. 142). Lançamento tributário, ou simplesmente lançamento... é um ato administrativo, decorrente de um procedimento (ato ou conjunto de atos regrados que objetivam a realização de um fim) privativo da autoridade administrativa, que tem por objeto formalizar o crédito tributário correspondente a uma obrigação previamente existente. Para tal, a autoridade administrativa verifica a ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação e apura quantitativamente o valor da matéria tributável, tornando-a líquida, em condições de exigibilidade. ... Segundo conceituação legal, prevista no Código Tributário Nacional, art. 142 ... o lançamento tem as seguintes características essenciais: a) é um ato privativo da autoridade administrativa... b) o lançamento tributário é uma atividade administrativa obrigatória da autoridade administrativa... c) o lançamento tributário é um ato vinculado... o lançamento tributário é ato vinculado às definições legais. ... O lançamento tributário não é um ato discricionário, que admita margem de opção ou de livre escolha entre várias condutas diante da lei, mas, sim, é um ato regrado, vinculado à lei tributária. ... O lançamento tributário deve ser realizado nos estritos termos que a lei o admite... d) é um procedimento que tem por objeto calcular o montante do tributo devido. ... "compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamen-

to (art. 142). ... O lançamento tributário não cria o crédito tributário, mas apenas o formaliza... O Código Tributário Nacional, neste particular, não podia utilizar o verbo "constituir" (constitui) no seu artigo 142, pois a palavra dá a idéia de "criar" (criar o crédito tributário). "Formalizar" é palavra mais simples que, aplicada ao crédito tributário, lhe dá o verdadeiro sentido. Para formalizar o crédito tributário a autoridade administrativa verifica a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária correspondente... determina a matéria tributável, realiza o cálculo do tributo devido, identifica o sujeito passivo tributário e até faz a proposta da aplicação da penalidade cabível, se for o caso. O resultado dessa "formalização" do crédito tributário se traduz num documento denominado lançamento tributário (o auto de infração é uma das suas modalidades). Nessa apuração formal do crédito tributário, o procedimento da autoridade administrativa adquire presunção de legitimidade, razão pela qual o crédito tributário passa a ser exigível pela Administração Pública... e) é um procedimento que propõe a aplicação da penalidade cabível. ... Sendo o lançamento tributário um ato privativo da autoridade administrativa, mister se faz que o sujeito passivo dele tenha conhecimento. Nada impede que o devedor se insurja contra o crédito tributário constituído, seja por não representar a verdadeira aplicação da lei tributária, seja em razão da não ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, seja por não estar de acordo com a conclusão em relação ao *quantum*, etc. O devedor, assim, deve ter conhecimento do lançamento tributário. Para tal, há a necessidade de notificá-lo. O lançamento tributário esgota-se com essa notificação administrativa... para a formalização do crédito tributário, duas fases existem nesse procedimento, assim discriminadas: 1^a) a primeira fase é denominada fase oficiosa do lançamento tributário, em que a autoridade administrativa realiza o procedimento de forma unilateral, sem o conhecimento do sujeito passivo tributário. Nesta fase, a autoridade administrativa coleta dados, examina documentos, etc, a fim de buscar os dados necessários para a feitura do lançamento... Concluído o procedimento, que é ato privativo da autoridade administrativa, o sujeito passivo deve tomar conhecimento da peça conclusiva, o que se faz através da notificação de lançamento. A partir de tal momento esgota-se a fase oficiosa do lançamento tributário; 2^a) a segunda fase é denominada fase contenciosa do lançamento tributário. Tal fase começa quando o sujeito passivo recebe a notificação do lançamento

tributário, passando a ter, então, o direito de discutir a procedência ou veracidade do crédito tributário formalizado, podendo oferecer sua impugnação ou contestação. A partir de então, o lançamento tributário poderá ser modificado em virtude de impugnação do lançamento pelo sujeito passivo, recurso de ofício, ou por iniciativa da própria autoridade administrativa (nos casos previstos no art. 145 do CTN). Somente com a final manifestação da autoridade administrativa, uma vez esgotados todos os recursos, se houver, é que o crédito tributário passa a denominar-se “definitivamente” constituído”. ... O Código Tributário Nacional tomou posição quanto à conceituação do lançamento tributário face à obrigação tributária e ao crédito tributário. Este é constituído “pelo lançamento” (art. 142), que se reporta “à data da ocorrência do fato gerador” da obrigação tributária (art. 144). Em relação à obrigação tributária, o lançamento se apresenta como procedimento da autoridade administrativa pela qual se constata a ocorrência do fato gerador da respectiva obrigação e, se declara a obrigação tributária (procedimento declaratório); em relação ao crédito tributário, o lançamento se apresenta como o procedimento da autoridade administrativa pelo qual esta constitui, formaliza o crédito tributário (procedimento constitutivo do crédito tributário). A postulação do Código Tributário Nacional, conforme se vê, é uma posição correta e avançada, sem perder de vista os diversos efeitos decorrentes do lançamento tributário. O nosso Código, assim, concilia a tese declaratória da obrigação tributária preexistente, levando em conta, ainda, o efeito formalizador (constitutivo) do crédito tributário. É evidente que o lançamento tributário não tem eficácia constitutiva da obrigação tributária, uma vez que esta nasce com a ocorrência do respectivo fato gerador, sendo o lançamento tributário mero procedimento “declaratório”. O lançamento tributário, não criando, nem modificando e nem extinguindo direitos ou obrigações, não pode ter a natureza de ato constitutivo. Ao afirmar ou reconhecer a existência de uma obrigação preexistente, o lançamento tributário tem eficácia declaratória... a natureza jurídica do lançamento tributário é declaratória, pois ele apenas reconhece uma situação preexistente: a obrigação tributária. Em relação ao crédito tributário, o lançamento tributário se apresenta constitutivo, uma vez que ele formaliza o crédito tributário, individualizando-o e lhe dando a qualidade de exequível. É a linha do Código Tributário Nacional (art. 142), ao dispor que o lançamento tributário é um procedimento ten-

dente a "verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente" (o Código indica a natureza declaratória do lançamento tributário, pois o seu objetivo é declarar a obrigação tributária já existente); ao utilizar expressão "constituir o crédito tributário pelo lançamento" (o Código indica a natureza constitutiva do lançamento tributário, que tem por objeto formalizar o crédito tributário)."

A autora promove espetáculos, em razão do que se diz cobrar "couvert" artístico.

Como bem observado pela r. sentença, "Quanto ao lançamento ou lançamentos em si, ainda que precisas as considerações da autora a respeito dos atos em que os inspetores fiscais apenas lavraram os autos de infração, pois "Ordens de Diligências" por ele subscritas demonstram a existência formal de ato antecedente à lavratura e característico do lançamento fiscal. Contudo, com este último não se confunde a pesquisa de elementos realizada pelos agentes fiscais de apoio.

Desta forma, tem-se por superada a alegação de vícios nos procedimentos administrativos.

Da análise das alegações feitas pelas partes quanto ao mérito resulta procedente a pretensão inicial.

Como definido, a autora fornece bebidas, alimentação, promove bailes e espetáculos em razão do que diz cobrar "couvert artístico".

Entende a autora estar sujeita ao recolhimento do ISS, a ser calculado em conformidade com o disposto no artigo 2º da Lei nº 10.423/87, observando o preceituado no artigo 31 do Decreto Municipal nº 22.470/86 e, por isto, tem efetuado o recolhimento do imposto, adotando a alíquota de 10%, de forma mensal e levando em conta a possibilidade de pagamento, na ocasião, até o dia 15 do mês seguinte ao da incidência.

A Municipalidade, porém, conforme autuações infracionais lavradas, considera que a alíquota de 10% deve ser recolhida antecipadamente através de cancelamento dos ingressos colocados à venda na bilheteria do estabelecimento da autora.

Na hipótese, o fato gerador do ISS e, portanto, o nascimento da obrigação tributária se dá quando o interessado ingressa no local onde se realiza a diversão pública, seja com convite ou bilhete de ingresso. Este, traduz-se por ser mero expediente para comprovar a venda da diversão, embora esta possa ser atestada por outros meios, como pelo número de pessoas que adentram no estabelecimento.

Ora a existência de ingressos na bilheteria já coloca à disposição dos freqüentadores o respectivo serviço, havendo presunção de que o espetáculo realmente será levado àqueles e assim que o estabelecimento cumprirá a obrigação de apresentar o espetáculo a que se propõe. Desta forma, é perfeitamente possível o recolhimento antecipado objetivado pela Municipalidade, ante a proximidade da ocorrência da prestação de serviço, existindo situação fática que permite a situação tributável.

A tal respeito, ainda que outro possa ser o entendimento de ilustres tributaristas citados pela autora, faz-se necessário verificar a legislação a respeito.

Dispõe o artigo 114 do Código Tributário Nacional, "Fato gerador da obrigação principal é a situação definida em lei como necessária e suficiente a sua ocorrência".

O artigo 116 do mesmo Código traz ressalva a respeito do momento em que ocorreu o fato gerador do tributo, ao enunciar, "salvo disposição de lei em contrário...".

Já a Lei Municipal nº 6.989, artigo 75, dispõe que: "É facultado ao Executivo, tendo em vista as peculiaridades de cada atividade, adotar outra forma de recolhimento, determinando que este se faça antecipadamente, operação por operação, ou por estimativa, em relação aos serviços de cada quinzena". Tal norma encontra permissivo no artigo acima descrito do CTN. E em razão dela há o Decreto Municipal nº 22.470/86, artigo 32, estabelecendo que "os empresários, proprietários, arrendatários, cessionários ou quem quer que seja responsável, individual ou coletivamente, por qualquer casa de divertimento público, acessível mediante pagamento, são obrigadas a dar bilhete de ingresso ou entrada individual ou coletiva aos usuários, sem exceção" e, no parágrafo único, "Os bilhetes só terão valor quando cancelados, em via única, pela repartição competente".

A partir da verificação dos dispositivos referidos, não é possível se ter como indevido o cancelamento de ingressos exigido pela Fiscalização.

A análise inclusive da manifestação do perito do Juízo a respeito do tipo de estabelecimento da autora não ser mera sala de espetáculos mas oferecer boas instalações e utilidades e, assim, não equiparável a qualquer estabelecimento que cobre pela mera aquisição de ingressos é frágil para abalar a certeza de que o espectador só é admitido ao local mediante o pagamento do valor do bilhete ou ingresso. Vai-se ao espetáculo muito mais em razão do artista que lá se apresentará do que do ambiente agradável, embora isto também atraia os espectadores.

Assim, as considerações a respeito de ilegalidade da Lei Municipal nº 6.989/66 e invalidade do Regulamento Municipal quanto a exigência do ISS antes da prestação de serviço não procedem.

Para Bernardo Ribeiro de Moraes, "Devemos verificar que o art. 116 do Código Tributário Nacional, contém a ressalva "salvo disposição de lei em contrário", admitindo, assim, que o legislador ordinário determine uma data ou um momento como forma de exteriorização do fato gerador do ISS". Mais adiante, acrescenta que, no tocante aos serviços instantâneos, "Poderá a Lei Municipal aguardar seja esgotada a prestação integral do serviço ou desde logo admitir a consumação do mesmo por etapas, sem que com isso o contribuinte seja prejudicado mas seja de interesse da fiscalização e da arrecadação do tributo". Pondera que: "b) Prestação de serviços de diversões públicas. O legislador pode considerar ocorrido o fato gerador do ISS à medida que diariamente, se vendam os respectivos ingressos". Conclui que "Tais casos constituem apenas opções para o legislador. A prática é que aconselhará a adoção de regras ou normas idôneas, uma vez que os serviços onerados pelo ISS não são uma única natureza, possuindo diferentes conotações quanto a efetiva prestação de serviços" (Doutrina e Prática do ISS, RT, págs. 502/503).

Para Marçal Justen Filho, "Cada Município está liberado para determinar o momento da exigibilidade do pagamento do débito tributário", acrescentando mais adiante que "O desdobramento é o da possibilidade de a lei impor a obrigação de pagar prestação tributária antes mesmo da ocorrência do fato imponible. Essa questão permitiria profundas incursões, que não

cabem neste trabalho. Diríamos, apenas, que reputamos cabível essa solução, vinculada às hipóteses onde há proximidade da ocorrência da prestação do serviço. O contribuinte, então, saldará antecipadamente seu débito tributário: ou seja, antes mesmo de ocorrer o fato imponible. E, se fato imponible incorrer, terá direito à repetição de indébito, eis que o fundamento jurídico do desembolso é a ocorrência efetiva do fato imponible (ainda que ocorrência futura) — não se trata de tributo sobre a intenção nem sobre a potencialidade de ocorrência da prestação de serviços” (“O Imposto sobre Serviços na Constituição”, RT., 1.985, pág. 175).

A Municipalidade, ao exigir o pagamento do ISS por antecipação, devido quando da chancela dos bilhetes para o “couvert” artístico, age de acordo com a Lei Municipal, que encontra respaldo no artigo 116 do CTN.

Não é outra a orientação deste E. Tribunal (Apels. nº 364.224 - S. P., 3ª Câ., rel. Juiz Toledo Silva, j. 15.12.86; 483.836-4 - S. P., 8ª Câ., rel. Juiz Toledo Silva, j. 06.10.93; 353.294 - S. P., 5ª Câ., rel. Juiz Marcondes Machado, j. 09.04.86; 348.804 - S. P., 2ª Câ., rel. Juiz Jacobina Rabello, j. 05.02.86; 363.696 - S. P., 3ª Câ., rel. Juiz Alexandre Germano).

A autora oferece serviços de “shows”, apresentações de artistas, cobrando consumação mínima obrigatória (“couvert” artístico) dos frequentadores (JTACSP - 103/133). “A base de cálculo do ISS (preço do serviço) está intimamente ligada a sua base de incidência (prestação de serviço). Preço vem a ser o valor do bem (mercadoria ou serviço) expresso (traduzido) em dinheiro (moeda) ... o preço do serviço é a contraprestação devida e paga pelo interessado em troca do trabalho fornecido. Daí a expressão preço de serviço ... O fato gerador do ISS e, portanto, o nascimento da obrigação tributária, se dá quando o interessado ingressa no local onde se realiza a diversão pública ... o bilhete de ingresso é mero expediente para comprovar a venda da diversão. Mas esta pode ser atestada através de outros meios, mormente pelo número de pessoas que adentram no local da diversão” (JTACSP 103/134-135).

De se ressaltar que, ao se inscrever, a autora o fez sob código errado, conscientemente, pois na realidade, enquadrava-se em outras atividades, onde o recolhimento do imposto se dava por “chancela”. Isso levou o Fisco a retificação compulsória, de ofício, pelo que incorreu a autora, então, em infração, pelo que se viu autuada.

Além disso, embora tenha efetuado parte do recolhimento do ISS, deixou de observar o prazo regulamentar, recolhendo-o com atraso e com base em outro código de serviço, motivando, em consequência disso, a lavratura de autos de infração aqui impugnados. Não se pode, assim, no caso, apesar dos reclamos da autora, considerar como recolhido o imposto tempestivamente.

É certo, ainda, que a autora chegou a impugnar as autuações, ocasião em que os lançamentos poderiam ser revistos e até retificados pela autoridade administrativa. Mas, ao ingressar com essa ação, encerrada ficou a questão na esfera administrativa, por força do parágrafo único do art. 38 da Lei nº 6.830/80. Daí por que, por ter sido o imposto recolhido erroneamente e fora do prazo e após a lavratura dos respectivos autos, não poderiam ter sido considerados os recolhimentos feitos.

Inobstante isso, reconhece a Municipalidade o recolhimento parcial. Mesmo que assim não fosse, isso leva ao abrandamento do rigorismo formal da Lei para, então, aplicar-se o entendimento pretoriano no sentido de aproveitamento dos atos administrativos, não considerando nulo todo o título extrajudicial, no caso de certidão de dívida ativa, se foi recolhida parte da dívida (Apel. nº 391.200-7 deste Tribunal; RE nºs 109.798-1 – S.P.; 105.847-1 – S.P. e 105.486; Apel. nº 513.859-8, da 8ª Câm. do 1º TACSP, j. em 18.8.93, rel. Juiz Carlos Alberto Hernandez; R.T. 673/110; RTJ 124/641; REsp. nº 42.439-9 – S.P. – 1ª T. do S.T.J., j. 17.08.94; REsp. nº 44.713-5 – S.P., 2ª T. S.T.J., j. 20.3.95; REsp. nº 50.341-8 – S.P.; REsp. 49.010-3 – S.P.; Apel. nº 392.941/88 – S.P. 5ª Câm., j. 02.11.88; JTACSP 112/83; Apel. nº 413.537-5, 1ª TACSP).

Não é outro o entendimento desta E. Câmara (Apels. nº 489.820-0 – Santos, 525.066-4 – S.P.; 52.873-5).

Ante o exposto, não se conhece do recurso da autora, dando-se provimento ao da ré para reformar a r. sentença de fls. e julgar improcedente a presente ação, ficando aquela condenada ao pagamento das custas e despesas processuais e verba honorária de 15% do valor atualizado do feito.

Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz CASTILHO BARBOSA (revisor) e dele participou o Juiz EVALDO VERÍSSIMO.

São Paulo, 19 de março de 1996.

CANDIDO ALEM

Relator

ACÓRDÃO

RECURSO – Embargos de Declaração – Anulatória de débito fiscal – Obscuridade e Omissão – Não reincidência – Multa afastada – Aproveitamento dos recolhimentos em outro código de serviço apenas para evitar a incidência de correção monetária e juros de mora – Recurso acolhido em parte.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de EMBARGOS DE DECLARAÇÃO Nº 567.189-2/01, da Comarca de SÃO PAULO, sendo embargante LAPA PRODUÇÕES ARTÍSTICAS E COML. LTDA. e embargada MUNICIPALIDADE DE SÃO PAULO.

ACORDAM, em Sexta Câmara do Primeiro Tribunal de Alçada Civil, por votação unânime, acolher em parte os embargos.

Editado acórdão que, à unanimidade de votos não conheceu da apelação da autora, dando provimento à da ré para reformar a r. sentença e julgar improcedente a ação anulatória de débito fiscal, ingressou aquela com os presentes embargos de declaração, alegando obscuridade e omissão, quando se referiu ao recolhimento parcial do tributo, e omissão no respeitante a não reincidência geradora de multas.

É o relatório, no necessário.

A r. sentença apreciou a alegação de não reincidência, concluindo por incabíveis as multas cobradas a esse título. O assunto foi abordado em contra-razões de recurso, mas o acórdão realmente deixou de apreciar a questão.

Com razão a embargante. Não só pela não contestação do alegado, como pela demonstração de que inexistiu penalidades definitivas a justificá-las e, assim caracterizar a reincidência, nos termos da legislação em vigor, incabíveis os autos de infração impondo multas.

No respeitante ao recolhimento com atraso de parcelas do tributo, tem-se a considerar, inicialmente, que não são nulos os autos de infração. Os recolhimentos o foram com base em outro código de serviço, o que justifica e legitima as autuações, pois o Fisco municipal não podia, ante isso, ter conhecimento desses pagamentos como referentes ao código imposto. Os lançamentos não podem ser anulados ou considerados nulos. O recolhimento dos valores, porém, respeitados doutos entendimentos em contrário, podem ser aproveitados nesses novos lançamentos, de que resultaram as autuações, mas de forma singela, evitando-se, a partir dos depósitos, incidência de correção monetária e juros legais, impossibilitando-se, assim, maiores prejuízos à atuada.

Evita-se, com isso, pedido de restituição, ou mesmo, ação de repetição de indébito. Há, dessa forma, uma compensação a ser feita, sem anular, porém, os autos de infração.

Ficam, assim, superadas as contradições e omissões ocorridas no acórdão embargado.

Por tudo isso, acolhem-se parcialmente os embargos interpostos, para dar provimento em parte ao recurso da ré, julgando-se improcedente em parte a presente ação, mantidos os ônus sucumbenciais.

Presidiu o julgamento, com voto, o Juiz CASTILHO BARBOSA e dele participou o Juiz EVALDO VERÍSSIMO.

São Paulo, 11 de junho de 1996.

CANDIDO ALEM
Relator