



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

SENTENÇA

Processo Digital nº: **1007802-27.2016.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Comum - Anulação de Débito Fiscal**
 Requerente: **Jonas Demito e outros**
 Requerido: **Prefeitura do Município de São Carlos**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Daniel Felipe Scherer Borborema**

Jonas Demito, Laris Costa de Miranda Demito e Jeremias Demito movem ação declaratória de inexistência de relação jurídico tributária com pedido de tutela antecipada contra o Município de São Carlos, sustentando que são coproprietários dos Lotes 01, 02, 03 e 04 do Parque Estância Suíça, e que estão inteiramente em Área de Preservação Permanente nos termos do art. 4º da Lei nº 12.651/2012, de modo que não dispõem de quaisquer dos poderes inerentes à propriedade, sequer de disposição, vez que ninguém tem interesse em adquirir um imóvel nessas condições. O domínio sobre os imóveis foi completamente esvaziado. A própria prefeitura municipal, no âmbito administrativo, declarou que no local não há a possibilidade de serem instalados equipamentos públicos ou privados de qualquer natureza. Subsidiariamente, caso se entenda pela existência de fato gerador tributário, o valor venal atribuído pela prefeitura municipal é muito superior ao valor de mercado dos imóveis, ante a condição particular destes. Sob tais fundamentos, pede a declaração de inexistência de relação jurídico-tributária ou, subsidiariamente, a reavaliação do valor venal para adequá-lo ao valor de mercado.

Tendo em vista o depósito do valor integral dos tributos, foi suspensa a exigibilidade dos mesmos e sustado o protesto das CDAs respectivas.

Contestação às pp. 916/936, alegando-se (a) prescrição da pretensão no que diz



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

respeito aos IPTUs até 2011, nos termos do art. 1º do Decreto nº 20.910/32 (b) ausência de interesse processual no que diz respeito ao pedido de revisão do IPTU porque este é regrado pela Lei Municipal nº 13.692/2005 e dependia de requerimento formulado na esfera administrativa (c) incidência do IPTU mesmo havendo APP nos imóveis, sendo que não há o total esvaziamento dos poderes inerentes à propriedade.

Réplica às pp. 1282/1290.

É o relatório.

A preliminar de prescrição fica afastada. Com efeito, bem observaram os autores que, nos processos de execução fiscal relativos aos imóveis em discussão, sequer iniciou-se o prazo, ainda, para a oposição dos embargos à execução naqueles feitos.

Como os embargos à execução poderiam perfeitamente veicular pretensão idêntica a aqui proposta, não há logicidade em se afirmar a prescrição quinquenal, como sustentado pela municipalidade ré.

Já decidiu, *mutatis mutandis*, o STJ: "Visando a ação anulatória a se opor à execução fiscal, o termo a quo da prescrição não pode ser anterior à propositura da referida execução", afinal, "se é certo que a propositura de qualquer ação relativa ao débito constante do título não inibe o direito do credor de promover-lhe a execução (CPC, art. 585, § 1º), o inverso também é verdadeiro: o ajuizamento da ação executiva não impede que o devedor exerça o direito constitucional de ação para ver declarada a nulidade do título ou a inexistência da obrigação, seja por meio de embargos (CPC, art. 736), seja por outra ação declaratória ou desconstitutiva. Nada impede, outrossim, que o devedor promova pedido de nulidade do título ou a declaração de inexistência da relação obrigacional." (AgRg no REsp 1054833/RJ, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, 1ªT, j. 28/06/2011).

A preliminar de ausência de interesse processual deve ser afastada, vez que não é imprescindível a provocação administrativa mencionada pelo réu em contestação, para que seja



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

judicialmente revisto o valor venal do imóvel, sob o fundamento de que ele não está correspondendo ao seu valor de mercado. Tudo sob pena de violação ao princípio do acesso à justiça, art. 5º, XXXV da CF.

Ingresso no mérito.

Segundo a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, a área de preservação permanente normalmente não afasta a cobrança do IPTU, por mais que implique restrições severas ao direito de propriedade, não se podendo judicialmente isentar o contribuinte do pagamento do imposto, sem que haja legislação municipal amparando a isenção.

Confirmam-se os julgados da Corte Superior:

TRIBUTÁRIO. IPTU. ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE CUMULADA COM A NOTA DE NON AEDIFICANDI. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO.

1. Discute-se nos autos a incidência de IPTU sobre imóvel urbano declarado em parte como área de preservação permanente com nota non aedificandi.
2. Nos termos da jurisprudência do STJ, "A restrição à utilização da propriedade referente a área de preservação permanente em parte de imóvel urbano (loteamento) não afasta a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano, uma vez que o fato gerador da exação permanece íntegro, qual seja, a propriedade localizada na zona urbana do município. Cuida-se de um ônus a ser suportado, o que não gera o cerceamento total da disposição, utilização ou alienação da propriedade, como ocorre, por exemplo, nas desapropriações." (REsp 1128981/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 25/03/2010).
3. O fato de parte do imóvel ser considerada como área *non aedificandi* não afasta tal entendimento, pois não há perda da propriedade, apenas restrições de uso, a fim de viabilizar que a propriedade atenda à sua verdadeira função social. Logo, se o fato gerador do IPTU, conforme o disposto no art. 32 do CTN, é a propriedade de imóvel urbano, a simples limitação administrativa de proibição para construir não impede a sua configuração.
4. Não há lei que preveja isenção tributária para a situação dos autos, conforme a exigência dos arts. 150, § 6º, da Constituição Federal e 176 do CTN.

Recurso especial provido.

(REsp 1482184/RS, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/03/2015, DJe 24/03/2015)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. VIOLAÇÃO DE DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. ANÁLISE. IMPOSSIBILIDADE. IPTU. LOTEAMENTO. INCIDÊNCIA SOBRE



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA DE SÃO CARLOS

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760

Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

ÁREA DE IMÓVEL URBANO DENOMINADA ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE. LEGALIDADE. RESTRIÇÃO À UTILIZAÇÃO DE PARTE DO IMÓVEL QUE NÃO DESNATURA A OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO. PROPRIEDADE. LIMITAÇÃO DE NATUREZA RELATIVA. AUSÊNCIA DE LEI ISENTIVA.

1. Hipótese em que se questiona a violação do artigo 32, I e II, do CTN, e dos artigos 5º, I, II, XXII, 156, § 1º, II, da Constituição Federal, ao argumento de que não deve incidir IPTU sobre área de preservação permanente interna a empreendimento imobiliário urbano.

2. Não se conhece do recurso especial por violação a dispositivos constitucionais, sob pena de se usurpar a competência do Supremo Tribunal Federal, nos termos do que dispõe o artigo 102, III, da Constituição Federal.

3. A restrição à utilização da propriedade referente a área de preservação permanente em parte de imóvel urbano (loteamento) não afasta a incidência do Imposto Predial e Territorial Urbano, uma vez que o fato gerador da exação permanece íntegro, qual seja, a propriedade localizada na zona urbana do município. Cuida-se de um ônus a ser suportado, o que não gera o cerceamento total da disposição, utilização ou alienação da propriedade, como ocorre, por exemplo, nas desapropriações. Aliás, no caso dos autos, a limitação não tem caráter absoluto, pois poderá haver exploração da área mediante prévia autorização da Secretaria do Meio Ambiente do município.

4. Na verdade, a limitação de fração da propriedade urbana por força do reconhecimento de área de preservação permanente, por si só, não conduz à violação do artigo 32 do CTN, que trata do fato gerador do tributo. O não pagamento da exação sobre certa fração da propriedade urbana é questão a ser dirimida também à luz da isenção e da base de cálculo do tributo, a exemplo do que se tem feito no tema envolvendo o ITR sobre áreas de preservação permanente, pois, para esta situação, por exemplo, há lei federal permitindo a exclusão de áreas da sua base de cálculo (artigo 10, § 1º, II, "a" e "b", da Lei 9.393/96).

5. Segundo o acórdão recorrido, não há lei prevendo o favor legal para a situação dos autos, fundamento bastante para manter o decisum, pois o artigo 150, § 6º, da Constituição Federal, bem como o artigo 176 do Código Tributário Nacional exigem lei específica para a concessão de isenção tributária. Confirmam-se: REsp 939.709/DF, Primeira Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 27.2.2008; RMS 22.371/DF, Primeira Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 24.5.2007; REsp 582.055/RN, Segunda Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJe de 18.4.2008; RMS 24.854/PE, Segunda Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 8.11.2007.

6. Recurso especial parcialmente conhecido e, nesta extensão, não provido.

(REsp 1128981/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 18/03/2010, DJe 25/03/2010)

A orientação deve ser aplicada e vem sendo aplicada pelo magistrado nos casos



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

concretos, de modo a se garantir, inclusive, a isonomia na aplicação da lei, assim como a segurança jurídica.

Todavia, na hipótese dos autos, ao contrário do que se deu em relação às causas objeto dos precedentes judiciais acima narrados, não estamos diante de uma Área de Preservação Permanente que alcança parte dos imóveis restringindo, assim, a utilização de cada um.

Estamos, isso sim, diante de uma Área de Preservação Permanente que alcança a totalidade das áreas dos imóveis e esvazia, concretamente, o exercício dos poderes de propriedade.

Procedendo-se ao indispensável *distinguishing*, aqueles precedentes não se aplicam à hipótese vertente.

Dispõe o art. 4º, IV da Lei nº 12.651/2012 que "**considera-se Área de Preservação Permanente, em zonas rurais ou urbanas, para os efeitos desta Lei ... as áreas no entorno das nascentes e dos olhos d'água perenes, qualquer que seja sua situação topográfica, no raio mínimo de 50 (cinquenta) metros".**

Ora, as manifestações oficiais emitidas por órgãos da própria prefeitura municipal, conforme pp. 473, 479 e 481, e ainda e em especial o *croquis* de pp. 475 não deixam qualquer dúvida de que essa área circular com um raio de 50 metros a partir da nascente, no caso concreto, alcança todos os 4 lotes de propriedade dos autores, em sua inteireza, ressalvada uma insignificante porção do lote 4.

Confira-se o croquis de pp. 475, para entendimento visual e inequívoco.

Evidente que tal fato esvazia, por completo, a capacidade contributiva que constitui o fundamento para a tributação.

Segundo o art. 7º da Lei nº 12.651/2012 "**a vegetação situada em Área de Preservação Permanente deverá ser mantida pelo proprietário da área, possuidor ou ocupante a qualquer título, pessoa física ou jurídica, de direito público ou privado**", sob pena de a pessoa ser obrigada a promover a recomposição da vegetação, nos termos do § 1º.

Verdade que, segundo o art. 8º, § 1º "**a supressão de vegetação nativa protetora de nascentes, dunas e restingas somente poderá ser autorizada em caso de utilidade pública**", mas no caso dos autos, como vimos pelas próprias manifestações copiadas às pp. 473, 479 e 481, não há qualquer possibilidade - ao menos nas condições atuais - de se considerar de utilidade pública a supressão em relação à APP em discussão nos autos.



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

Não há dúvida, portanto, que estamos diante de um caso em que cabalmente comprovado aniquilamento, em relação aos autores, de seu direito de propriedade sobre os imóveis que constituem objeto da presente ação.

Sabe-se que a capacidade contributiva é princípio jurídico adotado por nosso sistema constitucional tributário. A capacidade contributiva corresponde ao pressuposto de fato indicador da aptidão de as pessoas poderem contribuir com impostos. **Inexiste autorização, em nosso sistema constitucional, para a tributação, com impostos, daquele que não possui capacidade contributiva.**

Justamente por isso todos os fatos geradores previstos na Constituição Federal para a instituição de impostos expressam alguma capacidade contributiva do contribuinte.

A lei, portanto, somente pode escolher fatos passíveis de serem tributados com impostos, se esses denotarem uma manifestação de capacidade econômica, se forem fatos representativos de riqueza.

Isso não ocorre no caso concreto, em que a "propriedade" dos autores sobre os imóveis foi tão fulminada pela APP que recaiu sobre praticamente a totalidade das áreas desses bens que tais imóveis não constituem, realmente, uma expressão de riqueza, de capacidade econômica.

Não há como os autores explorarem economicamente os imóveis, auferirem qualquer utilidade com o domínio. Nem mesmo se cogita de sua venda, consideradas as regras da oferta e da procura. Não haverá, por óbvio, qualquer interessado.

Nesse sentido:

AÇÃO DECLARATÓRIA - MUNICÍPIO DE SÃO SEBASTIÃO - IPTU - IMÓVEL LOCALIZADO EM ÁREA DE PRESERVAÇÃO PERMANENTE - IMPOSSIBILIDADE DE UTILIZAÇÃO ECONÔMICA DO BEM DETERMINADA POR DECISÃO JUDICIAL - INEXIGIBILIDADE. **E inexigível o IPTU de imóvel localizado em área de preservação permanente, cuja utilização econômica tornou-se inviável pelo advento de determinação judicial proferida em ação civil pública, na medida em que não há a necessária manifestação da capacidade contributiva.** RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO. (TJSP, Ap. 0006456-39.2009.8.26.0587, Rel. Carlos Giarusso Santos, j. 01/03/2012)

O fato é evidente que a Prefeitura Municipal recusou receber tais bens em dação



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO
COMARCA DE SÃO CARLOS
FORO DE SÃO CARLOS
VARA DA FAZENDA PÚBLICA
RUA SORBONE, 375, São Carlos - SP - CEP 13560-760
Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min

de pagamento, justamente porque "a área não poderá ser utilizada para fins de instalação de equipamentos públicos" (pp. 473) e "a área em questão não poderá ser utilizada em processos construtivos públicos ou privados" (pp. 479).

JULGO PROCEDENTE a ação para **DECLARAR A INEXISTÊNCIA** de relação jurídico-tributária entre as partes no que diz respeito ao **IPU** sobre os imóveis inscritos na prefeitura municipal sob os números 01.14.121.001.001, 01.14.121.002.001, 01.14.121.003.001, e 01.14.121.004.001, e, confirmada a liminar, **CANCELAR DEFINITIVAMENTE** definitivamente os protestos realizados perante o 2º Cartório de Protestos de São Carlos em 28.09.2015. **CONDENO** o réu nas custas e despesas de reembolso e honorários advocatícios arbitrados em 15% sobre o valor atualizado da causa.

A presente sentença não está sujeita ao reexame necessário, nos termos do art. 496 do CPC-15, vez que a condenação ou proveito econômico obtido contra a fazenda pública não excede a 500 salários mínimos (Estado) ou 100 salários mínimos (Município).

Transitada em julgado (a) deverá o réu, em 15 dias úteis, comprovar nos autos que informou o fato nas execuções fiscais movidas, para a extinção de cada qual (b) levante-se o depósito feito pelos autores em favor deles próprios (c) oficie-se ao tabelionato para o cancelamento definitivo dos protestos.

P.I.

São Carlos, 17 de janeiro de 2017.

**DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006,
 CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA**