



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO CARLOS**  
**FORO DE SÃO CARLOS**  
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**  
**RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290**  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

## SENTENÇA

Processo Digital nº: **1001762-63.2015.8.26.0566**  
 Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário - Repetição de indébito**  
 Requerente: **Avr Engenharia Ltda**  
 Requerido: **MUNICÍPIO DE SÃO CARLOS**

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

## RELATÓRIO

**AVR Engenharia Ltda** propõe ação de repetição de indébito contra **Município de São Carlos** pedindo a restituição do que indevidamente recolheu a título de ISS por conta da incorporação imobiliária direta por si efetuada para a construção do empreendimento Studio Residence America. Sustenta que no caso da incorporação direta, não há a prestação de serviços e sim a construção, por conta e risco, do proprietário-incorporador, com a promessa de compra e venda aos adquirentes.

O réu foi citado e contestou (fls. 53/69), sustentando que o pagamento foi voluntário e com confissão de dívida, descabendo a repetição. No mais, mesmo no caso da incorporação imobiliária direta há a prestação de serviços, pois o incorporador também se obriga a construir o edifício, presente a figura da empreitada. Há o serviço da construção.

## FUNDAMENTAÇÃO

Julgo o pedido na forma do art. 330, I do CPC, pois a matéria controvertida é exclusivamente de direito.

A ação é procedente.

A "confissão da dívida não inibe o questionamento judicial da obrigação tributária, no que se refere aos seus aspectos jurídicos" (STJ, REsp 1133027/SP, Rel. Min. LUIZ FUX, Rel. p/ Ac. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, 1ªS, j. 13/10/2010).

No mais, está incontroverso (art. 334, III, CPC) e, de qualquer modo, foi demonstrado pela autora, que in casu houve a incorporação imobiliária direta: a autora, por sua conta e risco, efetuiu a incorporação e a construção em terreno próprio, com o fito de comercializar as unidades autônomas diretamente aos



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO CARLOS**  
**FORO DE SÃO CARLOS**  
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**  
 RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

adquirentes.

A hipótese não se subsume ao Item 7.02 da Lista de Serviços da LC nº 116/2003, *in verbis*:

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

É que, no caso, a execução da obra de construção civil não se deu por administração, empreitada ou subempreitada, como exige o item. A lista, conforme jurisprudência do STJ, é taxativa, pois incabível integração analógica (art. 108, § 1º, CTN; decorrência do princípio da legalidade tributária, art. 150, I, CF).

Assim, no caso da incorporação direta, em que a construção é feita pelo próprio incorporador, que promete vender aos adquirentes as unidades autônomas, não pode haver a incidência do ISSQN. Ademais, a construção no caso não é atividade-fim, e sim atividade-meio, que não pode ser tributada.

Trata-se de orientação pacífica no STJ, que decidiu: "(...) **Na construção pelo regime de contratação direta, há um contrato de promessa de compra e venda firmado entre o construtor/incorporador (que é o proprietário do terreno) e o adquirente de cada unidade autônoma. Nessa modalidade, não há prestação de serviço, pois o que se contrata é "a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis" (art. 43 da Lei 4.591/64). Assim, descaracterizada a prestação de serviço, não há falar em incidência de ISS. 2. Ademais, a lista de serviços sujeitos ao ISS é taxativa, não obstante admita interpretação extensiva. Além disso, é vedada a exigência de tributo não previsto em lei através do emprego da analogia (art. 108, parágrafo único, do CTN). Desse modo, se a previsão legal é apenas em relação à execução de obra de engenharia por administração, por empreitada ou subempreitada, não é possível equiparar a empreitada à incorporação por contratação direta, para fins de incidência do ISS, como entendeu o acórdão embargado. (...) (REsp 1263039/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 19/09/2011)**

No mesmo sentido: REsp 1212888/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 18/04/2011; EREsp 884778/MT, Rel. Ministro MAURO 1261764 MARQUES, PRIMEIRA



**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**  
**COMARCA DE SÃO CARLOS**  
**FORO DE SÃO CARLOS**  
**VARA DA FAZENDA PÚBLICA**  
 RUA D. ALEXANDRINA, 215, São Carlos - SP - CEP 13560-290  
**Horário de Atendimento ao Público: das 12h30min às 19h00min**

SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 05/10/2010; REsp 922956/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010; REsp 1.166.039/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 11.6.2010; REsp 1.012.552/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 23.6.2008.

Saliento que, no caso em tela, houve o pagamento, através de compensação, conforme fls. 91.

### **DISPOSITIVO**

Ante o exposto, **julgo procedente** a ação para CONDENAR a restituir à autora R\$ 29.982,68, com atualização desde 26/05/2014 (Súm. 162, STJ; fls. 91), e juros moratórios desde o trânsito em julgado (Súm. 188, STJ; art. 167, parágrafo único, CTN).

A atualização monetária deverá observar a Tabela Prática de Atualização Monetária dos Débitos Judiciais - Fazendas Públicas - Lei 11960-09 - MODULADA.

Os juros moratórios serão aqueles aplicados pela fazenda municipal em relação aos seus créditos tributários de ISS, por força do decidido pelo STF na ADIn 4357, Rel. P/ Ac. Min. LUIZ FUX, Plenário, j. 14/03/2013, no sentido de que, nas relações jurídico tributárias, devem ser aplicados os juros moratórios nos créditos do particular ao fisco e do fisco ao particular, por isonomia.

Condeno a ré, ainda, nas custas e despesas processuais de reembolso e honorários advocatícios que arbitro em 15% sobre o valor da condenação.

P.R.I.

São Carlos, 10 de junho de 2015.

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