



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: **1007533-22.2015.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Ordinário - Repetição de indébito**
 Requerente: **Avr Engenharia Ltda**
 Requerido: **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO CARLOS**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). **Gabriela Müller Carioba Attanasio**

Vistos.

AVR ENGENHARIA LTDA, ADRIANO GRADELA ROBAZZA e VALTER MATTOS JÚNIOR ajuizaram esta ação contra o **Município de São Carlos**, sob o fundamento de que houve recolhimento indevido de Imposto sobre a Prestação de Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, visto que não deve incidir sobre a atividade de incorporação imobiliária, pois se desenvolveu na modalidade de contratação direta entre os adquirentes e o construtor.

O réu (fls. 44-59) apresentou contestação, afirmando que a atividade da autora está sujeita à incidência do imposto, pois houve a prestação do serviço, no caso a construção das edificações, previsto na lista anexa à Lei 101/2003, ainda que tenha sido rotulado como "incorporação". Argumenta, também, que as unidades foram vendidas antes de estarem prontas, na planta.

É o relatório.

Passo a fundamentar e decidir.

O pedido merece acolhimento.

A discussão posta a julgamento versa sobre a cobrança de ISS, no valor de R\$ 13.407,20 (fl. 35), incidente sobre a construção e incorporação de empreendimento imobiliário Edifício Residencial Joan Miró (Blocos 1 e 2), localizado na Rua José Nunes, n.85, Jardim Gibertoni, neste Município de São Carlos.

O ISS incide sobre a prestação do serviço a terceiro, sendo este o seu fato gerador. Se o empreendimento é construído para o proprietário, em terreno de sua propriedade, as etapas intermediárias são realizadas em seu próprio benefício, tratando-se, pois, de incorporação direta e não de prestação de serviço.

Outrossim, de acordo com Aires F. Barreto, “é incompatível com a estrutura sistêmica constitucional a tributação das atividades desenvolvidas pelo e para o próprio prestador” de serviços (Curso de Direito Tributário Municipal. São Paulo: Editora Saraiva,



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

2009, p. 319).

Nesta senda, a venda posterior das unidades não implica prestação de serviço e não enseja a incidência de ISS. Tributa-se o serviço-fim, nunca o serviço-meio, realizado para alcançar determinada finalidade. Da relação compra e venda nascem outras incidências, tais como o Imposto sobre Transmissão de Bens Imóveis (ITBI) e o Imposto de Renda sobre o lucro imobiliário.

Depreende-se do contrato social, às fls. 20-25, cláusula 3ª, parágrafo primeiro, que a empresa autora “realizará atividades-meio conforme os seguintes negócios abaixo especificados: a) construção civil; b) incorporação imobiliária; c) comercialização de imóveis; d) outros, desde que não proibidos” [grifei]. Ou seja, é própria de sua atividade-meio a construção e incorporação de imóveis, em compatibilidade com os documentos de fls. 30-34, os quais demonstram que ela construiu edifício em sua própria propriedade, caracterizando, portanto, uma incorporação direta, como já visto.

Os documentos de fls. 31-34 ratificam que a empresa construiu em terreno de sua propriedade, o que, portanto, descaracteriza o fato gerador do imposto ora questionado.

Esse entendimento, inclusive, está esposado na jurisprudência da Colenda Corte Paulista, conforme julgados recentes a seguir:

Apelação - Ação Declaratória de Nulidade de Lançamento Tributário e Repetição de Indébito - ISS - Construção Civil - Incorporação imobiliária - Construção de empreendimento com recursos próprios e em terreno de propriedade da incorporadora - Para que a relação jurídica apta a gerar o ISS se aperfeiçoe é necessário que tenha um contratado e um contratante, caracterizando-se uma obrigação de fazer - Hipótese de incidência tributária não configurada - Precedentes - Sentença mantida - Recurso não provido. Reexame Necessário - Não conhecido. (Apelação nº 1025744-10.2014.8.26.0577, Relator(a): Cláudio Marques; Comarca: São José dos Campos; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 26/11/2015; Data de registro: 10/12/2015)

APELAÇÃO – Ação declaratória c.c Repetição de indébito – ISS – Incorporação imobiliária – Prestação de serviço. Não configurada. Não incide ISS quando a construção é efetuada pelo próprio incorporador em terreno de sua propriedade. Precedentes do STJ. Honorários Advocatícios. Redução do valor da condenação. Inadmissibilidade - Verba fixada com moderação - Inteligência do artigo 20, parágrafos 3º e 4º, do Código de Processo Civil. Juros Moratórios. Incidência de 1% ao mês, a contar do trânsito em julgado - art. 161, §1º, art. 167, § único, ambos do CTN e Súmula n. 188 do STJ. Correção Monetária. A partir do pagamento indevido de cada parcela. Sumula 162 do STJ. Recurso negado com observação.



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

(Apelação / Reexame Necessário nº 0047582-84.2010.8.26.0506, Relator(a): Cláudio Marques; Comarca: Ribeirão Preto; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 08/10/2015; Data de registro: 20/10/2015)

No mesmo sentido é a jurisprudência do STJ:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. EMPRESA INCORPORADORA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA. ISS. AFASTAMENTO. APRECIÇÃO DE ALEGADA OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF. 1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não incide ISS na hipótese de construção feita pelo próprio incorporador, haja vista que se a construção é realizada por ele próprio, não há falar em prestação de serviços a terceiros, mas a si próprio, o que descaracteriza o fato gerador. Precedentes: REsp 1.263.039/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 19/09/2011, REsp 922.956/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010, EREsp 884.778/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 05/10/2010. In casu, extrai-se dos autos que a agravante é empresa incorporadora e construiu em terreno próprio unidades autônomas para venda futura. 2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal. 3. Agravo regimental a que se nega provimento. (AgRg no AREsp 49946 / SP AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL 2011/0133194-9; Órgão Julgador: Primeira Turma; Ministro Relator: Sérgio Kukina; DJe 11/06/2014)

No tocante à vinculação do pagamento de ISSQN à concessão do Habite-se, trata-se de procedimento que desconsidera a natureza de cada um: o primeiro é um tributo que, em caso de não pagamento, converte-se em crédito a ser exigido pelo fisco municipal por vias administrativa ou judicial; outro uma autorização administrativa de caráter técnico e urbanístico. A 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, na Apelação nº 1027697-09.2014.8.26.0577, bem ilustra a questão:

“O 'Habite-se' é um documento que atesta que o imóvel foi construído segundo as exigências e legislação estabelecidas pela prefeitura local para a aprovação de projetos, quanto às condições de habitabilidade, enquanto que o ISSQN é tributo incidente sobre a prestação de serviço para terceiro, dispondo o Fisco de procedimento adequado e instituído em lei para a execução de seus créditos tributários”.

Ademais, a cobrança de tributos reclama outro tipo procedimento, sendo o meio


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

coercitivo vedado pelas Súmulas 70, 323 e 547 do STF, bem como pela jurisprudência do E. Tribunal de Justiça de São Paulo, que, recentemente, decidiu:

APELAÇÃO – Mandado de Segurança – Expedição de "habite-se" condicionado ao recolhimento de ISSQN – Ato administrativo de natureza técnica e urbanística, que diz respeito à segurança e habitabilidade do imóvel, sem relação com o fato gerador do tributo – Decisão reformada - Recurso provido. (Apelação nº 1052428-89.2014.8.26.0053, Relator(a): Octavio Machado de Barros; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 01/02/2016; Data de registro: 01/02/2016)

AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – "HABITE-SE" – EXPEDIÇÃO CONDICIONADA À QUITAÇÃO PRÉVIA DE ISSQN – ILEGALIDADE CARACTERIZADA – EXISTÊNCIA DE PROCEDIMENTO PRÓPRIO DE COBRANÇA – Condicionamento de emissão do "habite-se" ao pagamento do ISSQN (Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza) – Inadmissibilidade – Meio coercitivo vedado pelas súmulas 70, 323 e 547 do STF – Fazenda Municipal dispõe de meio processual adequado para a cobrança do seu crédito tributário – Ato administrativo que deve se limitar ao exame da regularidade formal da obra e não pode condicionar a emissão do certificado de conclusão à comprovação de quitação do ISSQN, sob pena de configuração de abuso de direito – Preenchimento dos requisitos legais para o deferimento de liminar – Precedentes – Decisão reformada – Agravo provido. (Agravo de Instrumento nº 0000440-40.2016.8.26.0000, Relator(a): Ponte Neto; Comarca: São Paulo; Órgão julgador: 8ª Câmara de Direito Público; Data do julgamento: 27/01/2016; Data de registro: 28/01/2016)

Ante o exposto, julgo extinto o processo, com resolução do mérito, com fundamento no artigo 269, I do Código de Processo Civil, e **PROCEDENTE** o pedido, para o fim de condenar o MUNICÍPIO réu à repetição do valor pago a título de ISSQN, no valor de R\$ R\$ 13.407,20 (treze mil quatrocentos e sete reais e vinte centavos), com correção monetária desde a data do desembolso, observando-se a "Tabela Lei Federal nº 11.960/09 Modulada" e juros de mora legais a partir do trânsito em julgado, tal como preceitua o artigo 167, parágrafo único do Código Tributário Nacional.

Dada a sucumbência, deve o réu arcar com os honorários advocatícios, que fixo em 10% do valor da condenação, devidamente atualizado, sendo isento de custas na forma da lei.

P R I

São Carlos, 03 de fevereiro de 2016.



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

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