



Número: **0036600-04.2015.8.14.0301**

Classe: **APELAÇÃO CÍVEL**

Órgão julgador colegiado: **1ª Turma de Direito Público**

Órgão julgador: **Desembargadora MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA**

Última distribuição : **25/06/2019**

Valor da causa: **R\$ 50.000,00**

Processo referência: **0036600-04.2015.8.14.0301**

Assuntos: **ISS/ Imposto sobre Serviços**

Nível de Sigilo: **0 (Público)**

Justiça gratuita? **SIM**

Pedido de liminar ou antecipação de tutela? **NÃO**

Partes	Advogados
MUNICIPIO DE BELEM (APELANTE)	
SINDICATO DA INDUSTRIA DA CONSTRUCAO DO ESTADO DO PARA (APELADO)	THIAGO NOBRE MAIA (ADVOGADO) GUSTAVO COELHO CAVALEIRO DE MACEDO PEREIRA (ADVOGADO) MICHEL RODRIGUES VIANA (ADVOGADO)

Outros participantes	
MINISTÉRIO PÚBLICO DO ESTADO DO PARÁ (AUTORIDADE)	MARIO NONATO FALANGOLA (PROCURADOR)

Documentos			
Id.	Data	Documento	Tipo
19979818	30/06/2024 09:18	Acórdão	Acórdão

TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ

APELAÇÃO CÍVEL (198) - 0036600-04.2015.8.14.0301

APELANTE: MUNICIPIO DE BELEM

REPRESENTANTE: PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO - PGM JUDICIAL

APELADO: SINDICATO DA INDUSTRIA DA CONSTRUCAO DO ESTADO DO PARA

RELATOR(A): Desembargadora MARIA ELVINA GEMAQUE TAVEIRA

EMENTA

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL - MANDADO DE SEGURANÇA – TRIBUTÁRIO – ISSQN – INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA – NÃO INCIDÊNCIA – PRECEDENTES DO STJ. À UNANIMIDADE.

1 - Conforme jurisprudência pacífica do Colendo Superior Tribunal de Justiça, assim como deste Eg. Tribunal de Justiça, não há hipótese de incidência do ISS em se tratando de construção civil feita pelo próprio incorporador em terreno de sua propriedade, descaracterizando, por conseguinte o fato gerador relativo à prestação de serviços.

2 - Sentença que concedeu a segurança para determinar que o Município de Belém se abstenha de efetuar a autuação de empresas de construção civil, uma vez caracterizada a atuação por incorporação imobiliária direta, sem qualquer prejuízo à fiscalização.

3- Apelação desprovida. À unanimidade.



ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, à unanimidade, conhecer e negar provimento ao Agravo Interno/ Recurso de Apelação/ Agravo de Instrumento/aos Embargos de Declaração, nos termos do voto da eminente Desembargadora Relatora.

Julgamento ocorrido na 18ª Sessão Ordinária do Plenário Virtual da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, realizada no período de 27 de maio a 03 de junho de 2024.

ELVINA GEMAQUE TAVEIRA
Desembargadora Relatora

RELATÓRIO

Trata-se de Apelação Cível interposta MUNICÍPIO DE BELÉM contra sentença proferida pelo Juízo da 2ª Vara de Execução Fiscal da Capital em Mandado de Segurança Coletivo com pedido de liminar impetrado pelo Sindicato da Indústria da Construção do Estado do Pará que concedeu a segurança para que a Secretaria Municipal de Assuntos Jurídicos de Belém se abstenha de exigir o recolhimento de ISS sobre ato de incorporação direta.

Na origem, o ora apelado impetrou Mandado de Segurança contra ato coator atribuído ao Secretário Municipal de Finanças consubstanciado na exigência de recolhimento de ISS sobre incorporação imobiliária direta.

Alegou o impetrante que a atividade de incorporação imobiliária direta não consta na lista de serviços anexos à lei Complementar 116/03 que regula o



imposto.

Requeru o reconhecimento da ilegalidade do ato emanado pela Autoridade Coatora, a imediata suspensão da exigibilidade dos créditos e ainda, o impedimento de novas autuações com exigência do ISSQN das empresas que realizam atividade de incorporação imobiliária direta.

A autoridade coatora apresentou informações em que refutou as alegações do impetrante.

O Juízo de 1º grau indeferiu a petição inicial e extinguiu o mandado de segurança sem resolução do mérito.

O impetrante opôs embargos de declaração.

O Juízo de 1º Grau acolheu os embargos de declaração e concedeu a segurança, nos seguintes termos:

“ISTO POSTO, pelos fatos e fundamentos ao norte alinhavados, e por tudo mais que dos autos consta, em conformidade com o parecer do Ministério Público, **CONCEDO A SEGURANÇA PLEITEADA**, havendo direito líquido e certo a ser amparado, para que o Município de Belém se abstenha de efetuar a autuação de empresas de construção civil, uma vez caracterizada a atuação por incorporação imobiliária direta, sem qualquer prejuízo à fiscalização.

Conseqüentemente, **DECRETO EXTINTO O PROCESSO**, com resolução do mérito, nos termos do art. 487, I do NCPC e da Lei nº 12.016/2009.

Sem custas, tendo em vista tratar-se de Fazenda Pública.

Sem sucumbência, devido a Súmula 512 do STF e Súmula 105 do STJ.

P.R.I. e Cumpra-se. Após as formalidades de estilo e trânsito em julgado devidamente certificado nos autos, **ARQUIVEM-SE** com as cautelas de praxe.”

O Município de Belém interpôs apelação em que defende a impossibilidade de uso do mandamus para a análise da demanda, ante a necessidade de dilação



probatória; sustenta que inexistiu provas de que as obras foram executadas por conta e risco dos incorporadores/executores, sendo imprescindível que a fiscalização constate a presença de obra por conta própria e não dos adquirentes.

Requeru o provimento do recurso e a reforma da sentença extinguindo o processo sem resolução de mérito, ou ao final, que haja melhor definição dos requisitos que caracterizam a 'conta e risco' do empreendimento.

O apelado apresentou contrarrazões em que defendeu o desprovimento da apelação.

O Ministério Público se manifestou pelo desprovimento da apelação.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade recursal, conheço da apelação.

Não havendo preliminares, passo ao mérito.

A matéria objeto do efeito devolutivo diz respeito a pretensão do apelante de reforma da sentença que concedeu a segurança para determinar que o Município de Belém se abstenha de efetuar a autuação de empresas de construção civil, uma vez caracterizada a atuação por incorporação imobiliária direta, sem qualquer prejuízo à fiscalização.

Sustenta o apelante a inviabilidade do Mandado de Segurança na espécie, tendo em vista a necessidade de dilação probatória, para demonstrar a ocorrência de incorporação direta.

Aduz, ainda, que a ocorrência de incorporação direta deveria ser demonstrada caso a caso.



Não prosperam as alegações do apelante, sobretudo porque a sentença apelada determinou ao próprio apelante a averiguação da natureza da incorporação e, quando concluir haver incorporação direta, que se abstenha de exigir o recolhimento do imposto sobre serviços.

Inicialmente, imperioso destacar que o art. 156 da Constituição Federal dispõe o seguinte acerca da tributação municipal:

"Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

I - propriedade predial e territorial urbana;

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar."

Em consonância com a disposição constitucional foi editada a Lei Complementar nº 116/2003, que dispõe especificamente sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência dos Municípios e do Distrito Federal e estabelece ser contribuinte o prestador dos serviços enquadrados na lista anexa à referida norma.

Delineadas as especificidades legislativas a respeito do tema em análise, forçoso voltar-nos os olhos para as peculiaridades do presente feito e, mais, da relação jurídico-tributária estabelecida entre o ente tributário réu e a empresa autora que visa ser beneficiada pela declaração de inexigibilidade do tributo em questão.

Sendo assim, e adentrando à análise da hipótese em apreço, resta de todo indubitável que a cobrança do ISSQN exige a ocorrência da prestação de serviços correspondentes por administração ou empreitada, assim dispondo o item 7.02 da Lista de serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003:

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).

Ademais, imperioso observar a vedação contida no art. 110 do Código Tributário Nacional quanto à impossibilidade de alteração, definição e, por conseguinte, ampliação, dos termos e institutos do Direito Civil que aplicáveis ao Direito Tributário, in verbis:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Neste sentido, leciona Cláudio Carneiro ao conceituar cada um dos tributos em espécie em seu livro "Impostos Federais, Estaduais e Municipais"

Em síntese, o ISSQN possui as seguintes características constitucionais:

- a) o imposto é de competência municipal, cabendo ao legislador municipal instituí-lo respeitando os parâmetros constitucionais;
- b) o imposto incide sobre serviços de qualquer natureza definidos em lei complementar, exceto os serviços de competência estadual;
- c) somente as operações caracterizadas como serviços poderão ser tributadas, não cabendo aos legisladores federal ou municipal criarem hipóteses de tributação diversas de prestações de serviços. (Grifo nosso)

(...)

A caracterização da prestação de serviços para efeitos de ISSQN exige ainda a



análise dos seguintes requisitos: a) Prestação de serviço: temos aqui dois conceitos que devem estar obrigatoriamente associados. O "serviço" que é qualquer atividade, o próprio trabalho a ser executado ou, até, qualidade de quem serve outrem, como, por exemplo, a uma construção de uma casa. De outro lado verifica-se a necessidade da "prestação", isto é, trata-se de uma obrigação de fazer algo em proveito alheio, com o esforço humano, em função do intelecto, ou apenas fisicamente. Já o ICMS, por exemplo, é uma obrigação de dar. Enfim, "prestação" é um negócio jurídico. Essa concepção é importante, pois conforme o já exposto em respeito ao art. 110 do CTN, a definição do que vem a ser serviço para o Direito Tributário deve concordar com a do Direito Civil.

Em síntese temos que são considerados prestação de serviços aqueles serviços listados pela LC n. 116/2003 que preencham os requisitos citados, logo serão excluídos da tributação do ISSQN:

d) serviços prestados a si mesmo, o chamado "serviço prestado a si mesmo" não é fato gerador do ISSQN, pois o serviço a ser tributado por este imposto deve ser objeto de uma relação jurídica preestabelecida, ou seja, uma contratação. Assim temos que, nesse caso, não obstante existir o elemento "esforço humano", este não é fruto de uma relação jurídica preestabelecida, já que não há relação jurídica (contrato) consigo mesmo; (CARNEIRO, Claudio. Impostos federais, estaduais e municipais. - 7. ed. - São Paulo : Saraiva Educação, 2019. 1. Direito tributário 2. Direito tributário - Brasil I. Título)

O Colendo Superior Tribunal de Justiça, ao se deparar com a matéria em apreço, também vem entendendo pela impossibilidade de cobrança do ISSQN quando se tratar de incorporação imobiliária direta, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA. ANÁLISE DE PROVAS. SÚMULA 7 DO STJ. (...)2. O STJ assentou entendimento, no julgamento do REsp 1.166.039 RN, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11.6.2010, de que não cabe a incidência do ISSQN na incorporação direta. 3.

No caso em questão o Tribunal local assim consignou: "a questão de fundo, o conjunto probatório coligido permite aferir, com a certeza necessária, que a empresa autora, ao contrário do que sustenta a apelante, construiu empreendimento em imóvel de sua propriedade (terreno próprio), por sua conta e risco, realizando as vendas de unidades por preço global, como, aliás, bem apontado pela 'Expert' às fls. 2.116/.2.146." 4. Como se observa, o Tribunal a quo dirimiu a controvérsia com base na análise das circunstâncias fáticas. Deve-se observar que não se está diante de reavaliação de provas, como quer o recorrente, mas, sim, de reexame das prova. Isso porque, embora se afirme nas razões do recurso que a recorrida não era proprietária integral do terreno, consta na perícia judicial (fls. 2.128, e -STJ) que, conforme matrícula do imóvel (fls. 1.890-1.974, e-STJ), após contrato de permuta, a empresa era proprietária integral do terreno onde o imóvel foi construído. 5. Dessa forma, para chegar a conclusão oposta ao do decisum combatido seria necessário examinar o acervo fático-probatório, o que não é possível na via estreita do Recurso Especial, encontrando óbice na Súmula 7 do STJ. 6. Por fim, as razões do Agravo Interno não impugnam, especificamente, os fundamentos da decisão agravada, sobretudo em relação à incidência da Súmula 7 do STJ. Assim, a falta de combate a fundamentos que embasaram o aresto impugnado, suficientes para mantê-lo, atai a incidência do enunciado da Súmula n. 283 do STF. Precedentes: REsp 1.550.214/RS, Rel. Min. Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 10.2.2021, e AgInt no REsp 1.762.636/PI, Rel. Min. Assusete Magalhães, Segunda Turma, DJe 11.12.2020. 7. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp 1788608/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/05/2021, DJe 01/07/2021) Turma, DJe 11/06/10). 2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 1356977/MG, Rel. Ministro ARNALDO ESTEVES LIMA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/03/2013, DJe 25/03/2013)



PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA. CONSTRUÇÃO FEITA PELO INCORPORADOR EM TERRENO PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIRO. INEXISTÊNCIA DE VÍCIOS NO JULGADO. 1. Não incide ISSQN na hipótese em que a construção é feita pelo próprio incorporador, uma vez que a atuação do incorporador é como construtor. 2. Precedentes: EREsp 884.778/MT, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Primeira Seção, DJe 5.10.2010; REsp 1.263.039/RN, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, DJe 19.9.2011; REsp 922.956/RN, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 1º.7.2010; REsp 1.166.039/RN, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11.6.2010. 3. O embargante, inconformado, busca com a oposição destes embargos declaratórios ver reexaminada e decidida a controvérsia de acordo com sua tese. Todavia, não é possível dar efeitos infringentes aos aclaratórios sem a demonstração de qualquer vício ou teratologia. Embargos de declaração rejeitados. (EDcl no AgRg no REsp 935.323/PR, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/11/2011, DJe 25/11/2011)

Ante o exposto, CONHEÇO E NEGO PROVIMENTO a APELAÇÃO, nos termos da fundamentação.

É como voto.

Belém (PA), 27 de maio de 2024

DESA. ELVINA GEMAQUE TAVEIRA

Relatora

Belém, 10/06/2024