



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000362369

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1020461-34.2022.8.26.0477, da Comarca de Praia Grande, em que é apelante JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA, são apelados MUNICÍPIO DE PRAIA GRANDE e SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE PRAIA GRANDE.

ACORDAM, em 15^a Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: "Negaram provimento ao recurso. V. U.", de conformidade com o voto do Relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Exmos. Desembargadores EURÍPEDES FAIM (Presidente) E ERBETTA FILHO.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

EUTÁLIO PORTO
RELATOR
Assinatura Eletrônica

VOTO Nº 49173

APELAÇÃO CÍVEL Nº 1020461-34.2022.8.26.0477

COMARCA: PRAIA GRANDE

APELANTE: JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA

APELADOS: MUNICÍPIO DE PRAIA GRANDE E SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE PRAIA GRANDE

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. ISS. CONTRATO DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA PARA OS SISTEMAS DE ÁGUA E ESGOTO. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame

1. Trata-se de mandado de segurança impetrado por Jofege Pavimentação e Construção Ltda., insurgindo-se contra a retenção de ISS pela SABESP no bojo do contrato de prestação de serviços de engenharia para sistemas de água e esgoto. A impetrante alega a não incidência de ISS por se tratar de obras de saneamento básico, requerendo a restituição dos valores pagos.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a adequação da via eleita para a repetição de tributos em sede de mandado de segurança e (ii) a incidência de ISS sobre serviços de saneamento básico, considerando o veto presidencial aos itens 7.14 e 7.15 da LC nº 116/2003.

III. Razões de Decidir

3. O mandado de segurança foi extinto sem resolução do mérito por inadequação da via eleita, pois a matéria demanda dilação probatória.

4. A apelante não conseguiu ilidir a presunção de legalidade da exação fiscal, uma vez que declarou que os serviços prestados se enquadram no item 7.02 da lista de serviços anexa à LC nº 116/2003.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso desprovido.

Tese de julgamento: 1. A inadequação da via eleita para a repetição de tributos em mandado de segurança. 2. A necessidade de prova estreme de dúvida para afastar a incidência de ISS sobre serviços de saneamento básico.

Legislação Citada: LC nº 116/2003, art. 7.02; CPC, art. 485, VI; Lei n. 12.016/2009, art. 6º, § 5º; CTN, art. 150.

RELATÓRIO

Trata-se de mandado de segurança, com pedido liminar, impetrado por JOFEGE PAVIMENTAÇÃO E CONSTRUÇÃO LTDA. contra ato do SECRETÁRIO DE FINANÇAS DO MUNICÍPIO DE PRAIA

GRANDE, consistente na retenção de ISS pela tomadora (SABESP) em relação aos serviços de engenharia para sistemas de água e esgoto por ela prestados.

Sustenta a impetrante a não incidência de ISS sobre obras de saneamento básico por ausência de previsão legal, tendo em vista que o veto presidencial dos itens 7.14 e 7.15 da lista de serviços anexa à LC nº 116/03, requerendo, por isso, a declaração do direito à restituição dos valores indevidamente pagos.

Indeferida a liminar às fls. 2.531/2.532, a impetrante interpôs agravo de instrumento, autuado sob o nº 2298531-40.2022.8.26.0000.

O Município de São Paulo apresentou informações às fls. 2.572/2.598.

A douta Promotoria de Justiça se absteve de intervir, conforme manifestação de fls. 2.603/2.605

A sentença de fls. 2.652/2.657, proferida pelo MM. Juiz Silas Dias de Oliveira Filho, cujo relatório se adota, julgou extinto o mandado de segurança por inadequação da via eleita, com fundamento no art. 485, VI, do CPC e art. 6º, § 5º da Lei n. 12.016/2009.

A impetrante opôs embargos de declaração às fls. 2.661/2.664, que, após manifestação da parte contrária às fls. 2.671, foram rejeitados (fls. 2.672/6.674).

Inconformada, a impetrante apelou às fls.

2.684/2.702, requerendo a reforma da sentença. Sustentou a adequação da via eleita e a não incidência de ISS sobre a execução de obras para implantação de esgotamento sanitário por estar abrangida no conceito de saneamento básico previsto nos itens 7.14 e e7.15 da LC nº 116/2003, os quais foram objeto de veto presidencial.

Recurso tempestivo e isento de preparo, com contrarrazões às fls. 2.710/2.720.

A douta Procuradoria Geral de Justiça deixou de oferecer parecer (fls. 2.731/2.735).

Este é, em síntese, o relatório.

VOTO

O recurso não comporta provimento.

Trata-se de mandado de segurança impetrado contra a cobrança de ISS em relação aos serviços de engenharia para sistemas de água e esgoto prestados pela impetrante em virtude de contrato firmado com a SABESP.

O MM. Juízo *a quo* extinguiu a ação sem resolução do mérito em razão da inadequação da via eleita, por entender que a matéria demanda dilação probatória e que não é cabível a repetição de tributos em sede de mandado de segurança.

Nesta sede recursal, a apelante sustenta que os documentos acostados aos autos demonstram minuciosamente que os

serviços prestados à SABESP consistem em obras de saneamento básico e que, por isso, as retenções de ISSQN são indevidas.

No entanto, apesar de não incidir ISS sobre serviços de saneamento básico, em razão do veto presidencial aos itens 7.14 e 7.15 da lista anexa à LC nº 116/2003, não há prova estreme de dúvida da natureza das atividades tributadas.

Em que pesem as alegações da apelante, verifica-se que as retenções de ISS foram realizadas pela COMPANHIA DE SANEAMENTO BÁSICO DO ESTADO DE SÃO PAULO - SABESP em virtude do contrato nº 03.773/20, que tinha o seguinte objeto:

“Constitui o objeto do presente termo de contrato a **Prestação de serviços de engenharia** para os sistemas de água e esgoto, compreendendo ligações e redes de água e esgoto do crescimento vegetativo, manutenção de redes e ramais de água e esgoto e de áreas operacionais, incluindo a reconstrução dos pavimentos danificados pelos serviços nos municípios de Praia Grande, Mongaguá, Itanhaém e Peruíbe, de acordo com o Pregão SABESP 03.773/20, (...)” (fl. 40 – g.n.).

Verifica-se, ainda, que o item 5.5 da cláusula 5ª prevê expressamente a retenção de ISS referente aos serviços de engenharia prestados pela contratada, conforme trecho abaixo transcrito:

“f) **A SABESP, na qualidade de responsável tributária, deverá promover a retenção de ISS, de acordo com**

a alíquota vigente em cada município, calculada sobre o valor dos serviços constantes da nota-fiscal, fatura, recibo ou documento de cobrança equivalente apresentada pelo CONTRATADO, promovendo o recolhimento de tais importâncias aos cofres municipais até o dia dez ou no próximo dia útil seguinte, caso este não o seja, da data limite de recolhimento do município correspondente.

(i) O CONTRATADO informará a SABESP a base de cálculo do ISS, já descontadas as deduções permitidas por lei, **destacando o valor da retenção, a título de “RETENÇÃO PARA O ISS”**.

(ii) É de responsabilidade exclusiva do CONTRATADO a indicação dos valores destacados por ela no documento de cobrança, que resultem em redução do valor a ser retido, sob as penas da lei. As deduções

somente se aplicam para os casos de construção civil, cujas parcelas correspondentes aos valores: dos materiais adquiridos de terceiros, quando fornecidos pelo prestador do serviço” (fl. 47, g.n.).

Observa-se, portanto, que o próprio contrato trata as atividades como serviços de engenharia, prevendo, por isso, a obrigação da SABESP de promover a retenção do respectivo ISS.

Senão por isso, em todas as notas fiscais de serviços emitidas pela apelante há indicação expressa do item 7.02 da lista anexa à 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)” (fls. 1.134/1.147).

Com efeito, o ISS é tributo sujeito a lançamento por homologação, em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, consoante art. 150 do CTN, de sorte que o lançamento tributário se baseia nas declarações prestadas pelo próprio contribuinte.

Assim, *a priori*, não se vislumbra qualquer ato ilegal ou abusivo por parte do Município de Praia Grande, uma vez que as retenções foram realizadas pela SABESP, com base nas declarações da própria apelante.

Diante disso, o pretendido enquadramento das atividades tributadas como serviços de saneamento básico depende de prova estreme de dúvida a cargo da apelante apta a ilidir a presunção de legalidade da exação fiscal, o que demandaria dilação probatória.

Senão por isso, além de ser incabível a restituição de

tributos em sede de mandado de segurança, é certo que eventual repetição de indébito depende do exame da legitimidade ativa à luz do art. 166 do CTN e das cláusulas contratuais.

Como é cediço, é pressuposto para se intentar mandado de segurança a demonstração, de plano, do direito líquido e certo invocado. Se tal direito não se acha patente, incontroverso e estreme de dúvida não se pode admitir a segurança como meio hábil para a consecução do fim perseguido.

Isto porque, na via estreita do mandado de segurança, a dilação probatória fica prejudicada, dada a natureza do remédio constitucional, que exige, para sua plausibilidade, a demonstração de plano e de imediato, de todos os elementos passíveis para formação do convencimento.

De sorte que os pressupostos do mandado de segurança encontram-se insertos no direito líquido e certo que deve ser provado de plano, situação que não se encontra presente, devendo, portanto, ser mantida a sentença que denegou a segurança.

Face ao exposto, nega-se provimento ao recurso.

EUTÁLIO PORTO
Relator
(assinado digitalmente)