



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000374459

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Remessa Necessária Cível nº 1094119-34.2024.8.26.0053, da Comarca de São Paulo, em que é recorrente JUÍZO EX OFFICIO, é recorrido EMCCAMP INCORPORAÇÃO SC 01 SPE LTDA..

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 13ª 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 Desembargadores RICARDO ANAFE (Presidente sem voto), BORELLI THOMAZ E FLORA MARIA NESI TOSSI SILVA.

São Paulo, 16 de abril de 2025.

DJALMA LOFRANO FILHO

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Voto nº 28032

Remessa Necessária nº 1094119-34.2024.8.26.0053

Comarca: São Paulo

Recorrente: Juízo “ex officio”

Recorrida: Emccamp Incorporação Sc 01 Spe Ltda.

Juiz Sentenciante: Luiza Barros Rozas Verotti

RELATOR: DJALMA LOFRANO FILHO

REEXAME NECESSÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. HABITE-SE CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO DO ISS. INADMISSIBILIDADE. Pretensão da impetrante de ver afastada a exigência de recolhimento do ISSQN, para expedição do habite-se. Ordem concedida na origem. Impossibilidade de se condicionar a expedição do habite-se ao pagamento do tributo. Precedentes do STF, do STJ e desta Corte de Justiça. Aplicação das Súmulas nºs 70, 323 e 547 do STF. Sentença mantida. Recurso não provido.

Vistos.

Trata-se de recurso oficial interposto contra a sentença de fls. 1014/1017 que, nos autos do mandado de segurança impetrado por Emccamp Incorporação Sc 01 Spe Ltda. contra ato praticado pelo Secretário da Fazenda do Município de São Paulo e Secretário de Urbanismo e Licenciamento da Prefeitura do Município de São Paulo, concedeu a segurança para determinar que a autoridade impetrada desvincule definitivamente a expedição do Habite-se ao prévio recolhimento do ISS ou qualquer outro tributo em relação ao empreendimento aqui referido e eventuais apostilamentos, bem como DTCO nº 2024.0005806-3, confirmando a liminar anteriormente concedida. Custas na forma da lei. Não houve condenação em honorários advocatícios.

Não foi interposto recurso voluntário (fls. 1033).

É o relatório.

Cuida-se de pretensão mandamental impetrada por Emccamp Incorporação Sc 01 Spe Ltda. contra ato praticado pelo Secretário da Fazenda do Município de São Paulo e Secretário de Urbanismo e Licenciamento da Prefeitura do Município de São Paulo, consistente na exigência de pagamento de ISSQN sobre construção civil para fins de expedição do “Certificado de Conclusão - Habite-se”.

De fato, a exigência de pagamento prévio ou quitação dos tributos para a concessão do “habite-se” se mostra abusiva, na consideração de que nenhum ato administrativo pode se desviar de sua finalidade, em especial a verificação objetiva do atendimento, pela administração pública, no exercício do seu poder de polícia, dos critérios formais da obra tal como especificado no projeto, em conformidade com a legislação.

Nesse sentido é a lição de Hely Lopes Meirelles:

“A polícia das construções efetiva-se pelo controle técnico funcional da edificação particular tendo em vista as exigências de segurança, higiene e funcionalidade da obra segundo a sua destinação e o ordenamento urbanístico da cidade, expresso nas normas de zoneamento, uso e ocupação do solo urbano” (Direito Municipal Brasileiro, 16ª ed., São Paulo, Malheiros, 2008, p. 495).

Aliás, a expedição de “habite-se” não se confunde com a exigência do ISS; o primeiro é uma taxa que se cobra para verificação das condições de habitabilidade do prédio, depois de pronto, e o segundo, é imposto incidente sobre prestação de serviço, sendo distintos os fatos que geram um e outro e, por isso, não se pode condicionar a expedição do “habite-se” ao pagamento do ISSQN, quando devido.

Ademais, a imposição de restrições ao exercício das atividades do contribuinte inadimplente, como meio coercitivo para a cobrança do tributo, é descabida e viola o disposto nas Súmulas 70, 323 e 547 da Suprema Corte.

Assim já se pronunciou o Supremo Tribunal Federal, ao decidir questão análoga:

“Sanções Políticas no Direito Tributário. Inadmissibilidade da utilização, pelo poder público, de meios gravosos e indiretos de coerção estatal destinados a compelir o contribuinte inadimplente a pagar o tributo (Súmulas 70, 323 e 547 do STF). Restrições estatais, que, fundadas em exigências que transgridem os postulados da razoabilidade e da proporcionalidade em sentido estrito, culminam por inviabilizar, sem justo fundamento, o exercício, pelo sujeito passivo da obrigação tributária, de atividade econômica ou profissional lícita Limitações arbitrárias que não podem ser impostas pelo estado ao contribuinte em débito, sob pena de ofensa ao “substantive due process of law” Impossibilidade constitucional de o estado legislar de modo abusivo ou imoderado (RTJ 160/140-141 RTJ 173/807-808 RTJ 178/22-24). O Poder de Tributar que encontra limitações essenciais no próprio texto constitucional, instituídas em favor do contribuinte “não pode chegar à desmedida do poder de destruir” (Min. Orosimbo Nonato, RDA 34/132) A prerrogativa estatal de tributar traduz poder cujo exercício não pode comprometer a liberdade de trabalho, de comércio e de indústria do contribuinte A significação tutelar, em nosso sistema jurídico, do “estatuto constitucional do contribuinte” Doutrina Precedentes Recurso extraordinário a que se nega seguimento” (STF - ARE 731833/RS - Rel. Min. Celso de Mello - j. 07/02/2013, DJe 21/02/2013).

Sobre o tema, vale também trazer à baila julgado do Superior Tribunal Justiça:

“TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA. CONSTRUÇÃO FEITA PELO INCORPORADOR EM TERRENO PRÓPRIO, POR SUA CONTA E RISCO. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIRO. 1. A incorporação imobiliária é um negócio jurídico que, nos termos previstos no parágrafo único do art. 28 da Lei 4.591/64, tem por

finalidade promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas. 2. Consoante disciplina o art. 48 da Lei 4.591/64, a incorporação poderá adotar um dos seguintes regimes de construção: (a) por empreitada, a preço fixo, ou reajustável por índices previamente determinados (Lei 4.591/64, art. 55); (b) por administração ou 'a preço de custo' (Lei 4.591/64, art. 58); ou (c) diretamente, por contratação direta entre os adquirentes e o construtor (Lei 4.591/64, art. 41). 3. Nos dois primeiros regimes, a construção é contratada pelo incorporador ou pelo condomínio de adquirentes, mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços, em que aqueles figuram como tomadores, sendo o construtor um típico prestador de serviços. Nessas hipóteses, em razão de o serviço prestado estar perfeitamente caracterizado no contrato, o exercício da atividade enquadra-se no item 32 da Lista de Serviços, configurando situação passível de incidência do ISSQN. 4. Na incorporação direta, por sua vez, o incorporador constrói em terreno próprio, por sua conta e risco, realizando a venda das 'preço global', de terreno e o risco da obrigando-se a entregá-la pronta no Registro de Imóveis. Já o adquirente tem em vista a aquisição da propriedade de unidade imobiliária, devidamente individualizada, e, para isso, paga o preço acordado em parcelas. 5. Como a sua finalidade é a venda de unidades imobiliárias futuras, concluídas, conforme previamente acertado no contrato de promessa de compra e venda, a construção é simples meio para atingir-se o objetivo final da incorporação direta; o incorporador não presta serviço de 'construção civil' ao adquirente, mas para si próprio. 6. Logo, não cabe a incidência de ISSQN na incorporação direta, já que o alvo desse imposto é atividade humana prestada em favor de terceiros como fim ou objeto; tributa-se o serviço-fim, nunca o serviço-meio, realizado para alcançar determinada finalidade. As etapas intermediárias são realizadas em benefício do próprio prestador, para que atinja o objetivo final, não podendo, assim, serem tidas como fatos geradores da exação. 7. Recurso especial não provido” (REsp nº 1.166.039/RN, Rel. Des. Min. CASTRO MEIRA, j. 01/06/2011).

Registre-se que, sobre a vinculação do “Habite-se” ao pagamento de tributos, o Colendo Órgão Especial, quando do julgamento da Arguição de Inconstitucionalidade nº 0068152-18.2014.8.26.0000, entendeu o seguinte:

*“ARGUIÇÃO DE INCONSTITUCIONALIDADE
INCISO VI, DO ARTIGO 2º DA LEI MUNICIPAL Nº 1.524/80 E ARTIGO 69,
DO CÓDIGO TRIBUTÁRIO DO MUNICÍPIO DE GUARUJÁ CONCESSÃO
DE HABITE-SE CONDICIONADA À APRESENTAÇÃO DE CERTIDÃO*

NEGATIVA DE DÉBITO DESCABIMENTO MEIO DE COAÇÃO AO PAGAMENTO DA DÍVIDA Vedação Arts. 5º, XIII, LIV, e 170, parágrafo único, da CF/88, Súmulas 547 do STF e 70 e 323 do STJ Arguição acolhida - Deve ser acolhida a arguição de inconstitucionalidade de lei MUNICIPAL que abriga meio coercitivo indireto de cobrança de tributos, a ofender os princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e liberdade de exercício profissional.” (TJSP; Incidente De Arguição de Inconstitucionalidade Cível 0068152-18.2014.8.26.0000; Relator (a): João Negrini Filho; Órgão Julgador: Órgão Especial; Foro de Guarujá - 4ª Vara Cível; Data do Julgamento: 25/02/2015; Data de Registro: 27/02/2015).

Inadmissível, portanto, condicionar a expedição do “Habite-se”, como forma coercitiva de recolhimento do tributo.

No mesmo sentido:

REEXAME NECESSÁRIO – MANDADO DE SEGURANÇA – EXPEDIÇÃO DO 'HABITE-SE' INDEPENDENTE DA QUITAÇÃO DE DÉBITO DE ISS – Competência das Câmaras de Direito Público recentemente firmada pela Turma Especial desse Eg. Tribunal de Justiça – MÉRITO – Inadmissibilidade de condicionamento da expedição do 'habite-se' ao pagamento do tributo – Direito líquido e certo presente – Precedentes – Sentença mantida. Reexame necessário não provido. (TJSP; Remessa Necessária Cível 1021366-50.2022.8.26.0053; Relator (a): Spoladore Dominguez; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 7ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 01/04/2024; Data de Registro: 01/04/2024).

MANDADO DE SEGURANÇA. HABITE-SE CONDICIONADO AO RECOLHIMENTO DO ISS. INADMISSIBILIDADE. Pretensão da impetrante de ver afastada a exigência de demonstração de regularidade fiscal para expedição do habite-se. Ordem concedida na origem. Impossibilidade de se condicionar a expedição do habite-se ao pagamento do tributo. Precedentes do Colendo STF, do E. STJ e desta E. Corte. Aplicação das Súmulas nos 70, 323 e 547 do STF. Possibilidade da impetração ainda que na modalidade preventiva. Interesse de agir verificado. Possibilidade de afastar a exigência ilegal de demonstração de regularidade fiscal sem prejuízo da eventual necessidade de demonstração dos demais requisitos para a concessão do Habite-se. Ordem que não importa em salvo conduto genérico ao impetrante. MANUTENÇÃO DA R. SENTENÇA. REEXAME NECESSÁRIO



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

DESPROVIDO. (TJSP; Apelação / Remessa Necessária 1000094-51.2023.8.26.0348; Relator (a): Flora Maria Nesi Tossi Silva; Órgão Julgador: 13ª Câmara de Direito Público; Foro de Mauá - 5ª Vara Cível; Data do Julgamento: 29/08/2023; Data de Registro: 29/08/2023).

Com tais considerações, mister a manutenção da sentença, tal como proferida.

Diante do exposto, nega-se provimento ao recurso oficial.

DJALMA LOFRANO FILHO
Relator