



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000356642

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1008616-25.2024.8.26.0577, da Comarca de São José dos Campos, em que é apelante MUNICÍPIO DE SÃO JOSÉ DOS CAMPOS, é apelado CONÉPURA CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª 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 REZENDE SILVEIRA (Presidente sem voto), JOÃO ALBERTO PEZARINI E OCTAVIO MACHADO DE BARROS.

São Paulo, 10 de abril de 2025.

GERALDO XAVIER
Relator(a)
Assinatura Eletrônica



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Apelação 1008616-25.2024.8.26.0577

Apelante: Município de São José dos Campos

Apelada: Conépura Construtora e Incorporadora Limitada

Comarca: São José dos Campos

Voto 59.002

Apelação. Ação anulatória de lançamento fiscal com pedido cumulado de repetição de indébito. Imposto sobre serviços de qualquer natureza. Incorporadora que constrói em seu próprio terreno. Não incidência do tributo. Venda de unidades imobiliárias que não caracteriza prestação de serviço. Inteligência dos artigos 150, II e 156, III, da Constituição Federal e do item 7.02 da lista anexa à Lei Complementar 116/03. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Recurso denegado.

Cuida-se ação anulatória de lançamento fiscal com pedido cumulado de repetição de indébito proposta por Conépura Construtora e Incorporadora Limitada em face do município de São José dos Campos.¹

Alega-se não configurar fato gerador de imposto sobre serviços de qualquer natureza (ISS) a construção civil em imóvel próprio (incorporação direta); sustenta-se que a atividade não é desenvolvida pelo sistema de empreitada e que não há prestação de serviço a terceiro; afiança-se, caso reconhecida a incidência do tributo, indevida a base de cálculo adotada com esteio no artigo 50, § 1º, da Lei Complementar Municipal 272/03; afirma-se ilegítima a vinculação da emissão de alvará de “habite-se” de imóvel à quitação de débito fiscal; almeja-se anulação do lançamento 10152, bem como repetição do valor indevidamente pago.

Acolhidos os pedidos (folhas 477/482), apela tempestivamente o réu: insiste na legitimidade da exação e postula inversão do

¹ Valor da causa em março de 2024: R\$ 69.092,17

resultado do julgamento.

Recebido e processado o recurso, nas contrarrazões argumenta-se correta a sentença, pugna-se por sua manutenção.

Eis, sucinto, o relatório.

O apelo não comporta provimento.

Com efeito.

A prova documental revela que a demandante promoveu construção em terreno de sua titularidade (folhas 30 a 162) pelo sistema de incorporação (proprietária-incorporadora), imperioso reconhecer que inexistiu prestação de serviço, fato gerador do ISS.

Ainda que houvesse alienação de unidades imobiliárias a terceiros durante a realização das obras, isso não caracterizaria atividade de “execução, por empreitada, de construção civil” (item 7.02 da lista anexa à Lei Complementar 116/03), antes configuraria “venda para entrega futura”. Tal conclusão, sobre estar acorde com o disposto nos artigos 150, II, e 156, III, da Constituição Federal, é sufragada pelo Superior Tribunal de Justiça:

“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.” (embargos declaração em agravo regimento no recurso especial 935.323/PR, relator Ministro Humberto Martins);

“TRIBUTÁRIO. ISS SOBRE CONSTRUÇÃO. INCORPORADORA IMOBILIÁRIA. INEXIGIBILIDADE. 1. Conforme decidido no REsp 1166039/RN, 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) por contratação direta entre os adquirentes e o construtor (Lei 4.591/64, art. 41). 2. Nas duas primeiras hipóteses, o serviço é prestado por terceira empresa, contratada pela incorporadora ou pelos adquirentes, que se organizam em regime de condomínio. Contribuinte do ISS sobre o serviço de construção, naturalmente, será a respectiva prestadora, e não o tomador. 3. Se houver contratação direta, a construção feita pela incorporadora em terreno próprio constitui 'simples meio para atingir-se o objetivo final da incorporação; o incorporador não presta serviço de 'construção civil' ao adquirente, mas para si próprio'. 4. Conclui-se que a incorporadora imobiliária não assume a condição de contribuinte da exação. 5. Recurso Especial provido.” (recurso especial 1.212.888/RN, relator Ministro Herman Benjamin);

“TRIBUTÁRIO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. IMÓVEIS CONSTRUÍDOS SOBRE TERRENO PRÓPRIO E POR CONTA PRÓPRIA DO INCORPORADOR. ISS. INEXISTÊNCIA DE FATO GERADOR. 1. O incorporador imobiliário, tal como definido no art. 29 da Lei 4.591/65, não pode, logicamente, figurar como contribuinte do ISSQN relativamente aos serviços de construção da obra incorporada. Com efeito, se a construção é realizada por terceiro, o incorporador não presta serviço algum, já que figura como tomador. Contribuinte, nesse caso, é o construtor. E se a construção é realizada pelo próprio incorporador, não há prestação de serviços a terceiros, mas a si próprio, o que descaracteriza o fato gerador. É que os adquirentes das unidades imobiliárias incorporadas não celebram, com o incorporador, um contrato de prestação de serviços de construção, mas sim um contrato de compra e venda do imóvel, a ser entregue construído. Precedentes. 2.

Recurso improvido.” (recurso especial 922.956/RN, relator Ministro Teori Albino Zavascki).

Em suma: inexorável proclamar a ilegitimidade da exação consubstanciada no aviso 10152 (folhas 28).

Registre-se: o valor a ser restituído deve observar o quanto decidido pelo Superior Tribunal de Justiça ao examinar o recurso especial 1.495.146/MG (tema 905), segundo a sistemática do artigo 1.036 do Código de Processo Civil (tema 905), acerca dos índices a serem adotados nos casos de condenação da Fazenda Pública, in verbis:

“PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 02/STJ. DISCUSSÃO SOBRE A APLICAÇÃO DO ART. 1º-F DA LEI 9.494/97 (COM REDAÇÃO DADA PELA LEI 11.960/2009) ÀS CONDENAÇÕES IMPOSTAS À FAZENDA PÚBLICA. CASO CONCRETO QUE É RELATIVO A INDÉBITO TRIBUTÁRIO. TESES JURÍDICAS FIXADAS.

“1. Correção monetária: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), para fins de correção monetária, não é aplicável nas condenações judiciais impostas à Fazenda Pública, independentemente de sua natureza.

“1.1 Impossibilidade de fixação apriorística da taxa de correção monetária. No presente julgamento, o estabelecimento de índices que devem ser aplicados a título de correção monetária não implica pré-fixação (ou fixação apriorística) de taxa de atualização monetária. Do contrário, a decisão baseia-se em índices que, atualmente, refletem a correção monetária ocorrida no período correspondente. Nesse contexto, em relação às situações futuras, a aplicação dos índices em comento, sobretudo o INPC e o IPCA-E, é legítima enquanto tais índices sejam capazes de captar o fenômeno inflacionário.

“1.2 Não cabimento de modulação dos efeitos da decisão. A modulação dos efeitos da decisão que declarou inconstitucional a atualização monetária dos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial

de remuneração da caderneta de poupança, no âmbito do Supremo Tribunal Federal, objetivou reconhecer a validade dos precatórios expedidos ou pagos até 25 de março de 2015, impedindo, desse modo, a rediscussão do débito baseada na aplicação de índices diversos. Assim, mostra-se descabida a modulação em relação aos casos em que não ocorreu expedição ou pagamento de precatório.

“2. Juros de mora: o art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009), na parte em que estabelece a incidência de juros de mora nos débitos da Fazenda Pública com base no índice oficial de remuneração da caderneta de poupança, aplica-se às condenações impostas à Fazenda Pública, excepcionadas as condenações oriundas de relação jurídico-tributária.

“3. Índices aplicáveis a depender da natureza da condenação.

.....

“3.3 Condenações judiciais de natureza tributária. A correção monetária e a taxa de juros de mora incidentes na repetição de indébitos tributários devem corresponder às utilizadas na cobrança de tributo pago em atraso. Não havendo disposição legal específica, os juros de mora são calculados à taxa de 1% ao mês (art. 161, § 1º, do CTN). Observada a regra isonômica e havendo previsão na legislação da entidade tributante, é legítima a utilização da taxa Selic, sendo vedada sua cumulação com quaisquer outros índices.

.....

“SOLUÇÃO DO CASO CONCRETO.

“5. Em se tratando de dívida de natureza tributária, não é possível a incidência do art. 1º-F da Lei 9.494/97 (com redação dada pela Lei 11.960/2009) - nem para atualização monetária nem para compensação da mora-, razão pela qual não se justifica a reforma do acórdão recorrido.

“6. Recurso especial não provido. Acórdão sujeito ao regime previsto no art. 1.036 e seguintes do CPC/2015, c/c o art. 256-N



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

e seguintes do RISTJ.” (recurso especial 1.495.146/MG, Primeira Seção, relator Ministro Mauro Campbell Marques).

De sorte que, nos termos do aresto cuja ementa por último se transcreveu, impende corrigir o valor devido à apelada pelo mesmo índice utilizado pelo município para correção de seus créditos fiscais. E, a partir de 9 de dezembro de 2021, pelo índice da taxa referencial do Sistema Especial de Liquidação e de Custódia (Selic), nos termos estabelecidos pela Emenda Constitucional 113/2021.

Os juros moratórios serão de 1% (um por cento) ao mês e incidirão do trânsito em julgado deste decisório, nos termos dos artigos 161, § 1º, e 167, “caput” e parágrafo único, do Código Tributário Nacional, bem como da Súmula 188 do Superior Tribunal de Justiça.

Posto isso, nega-se provimento ao apelo. Outrossim, majoram-se os honorários advocatícios para 11% (onze por cento) do valor atualizado da causa (artigo 85, § 11, do Código de Processo Civil).

Geraldo Xavier
Relator