



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000445100

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 1001520-95.2024.8.26.0564, da Comarca de São Bernardo do Campo, em que é apelante CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LOMAR LTDA, é apelado MUNICIPIO DE SÃO BERNARDO DO CAMPO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 15ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Deram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

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

São Paulo, 7 de maio de 2025.

RAUL DE FELICE

Relator(a)

Assinatura Eletrônica

Apelação Cível nº 1001520-95.2024.8.26.0564

Apelante: Construtora e Imobiliária Lomar Ltda

Apelada: Prefeitura Municipal de São Bernardo do Campo

Comarca: São Bernardo do Campo

VOTO Nº 24448

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. INEXIGIBILIDADE DE ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. RECURSO PROVIDO.

I. Caso em Exame

Recurso de apelação interposto pela Construtora e Imobiliária Lomar Ltda. contra sentença que julgou improcedente a ação declaratória de inexigibilidade de ISS sobre construção civil em imóvel invadido, onde um galpão foi construído por terceiros sem autorização da proprietária.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em determinar se a proprietária do imóvel é responsável pelo pagamento do ISS sobre a construção realizada por terceiros, sem sua autorização ou benefício econômico.

III. Razões de Decidir

3. A responsabilidade tributária pode ser atribuída a terceiros vinculados ao fato gerador, mas a proprietária não está vinculada à construção realizada por terceiros, conforme artigos 121, inciso II e 128 do CTN e art. 6º da LC nº 116/03.

4. A obra foi realizada à revelia da proprietária, que não detinha a posse direta do imóvel, conforme sentença da ação de reintegração de posse, e o artigo 124, inciso V, da Lei Municipal 1802/1969 responsabiliza o "proprietário da obra", não o proprietário do imóvel.

IV. Dispositivo e Tese

5. Recurso provido.

Tese de julgamento: 1. A responsabilidade pelo ISS sobre construção civil recai sobre o proprietário da obra, não sobre o proprietário do imóvel, quando a construção é realizada por terceiros sem autorização. 2. A expedição de alvará para construção não configura fato gerador do ISS na ausência de prestação de serviços.

Legislação Citada:

CTN, arts. 121, inciso II, 128; LC nº 116/03, art. 6º; Lei Municipal 1802/1969, art. 124, inciso V.

Vistos.

Trata-se de recurso de apelação cível interposto por **CONSTRUTORA E IMOBILIÁRIA LOMAR LTDA** em face da r. sentença de fls. 90/93, integrada a fls. 101, que julgou improcedente a ação declaratória de débito fiscal que move contra a **PREFEITURA MUNICIPAL DE SÃO BERNARDO DO CAMPO** visando o reconhecimento da inexigibilidade do ISS sobre construção civil em imóvel de sua propriedade.

A apelante sustenta que a exigência do ISS se refere ao projeto de construção de um prédio de apartamentos com 52 unidades que nunca foi construído, pois o imóvel foi invadido; o galpão foi construído pelos invasores sem autorização; na impossibilidade de produzir prova negativa da inexistência do prédio, juntou aos autos provas indiretas e circunstanciais, como cópia da sentença do processo de reintegração de posse e fotos do barracão; a expedição de alvará para construção de prédio não autoriza a cobrança do ISS pois não houve a realização do serviço. Requer o provimento do recurso para que seja declarada a inexigibilidade do ISS.

Contrarrazões a fls. 120/126.

Recurso tempestivo e preparado a fls. 113/114.

É O RELATÓRIO.

A autora ajuizou a presente ação declaratória alegando que imóvel de sua propriedade (inscrição imobiliária nº 002.021.007.000) foi invadido e os invasores edificaram um galpão, objeto da incidência de ISS sobre construção civil. Requer seja reconhecida a inexigibilidade do tributo, pois a obra não foi por ela construída ou autorizada, não é prestadora de serviços e nem se beneficiou economicamente da obra.

As regras gerais de direito tributário admitem a atribuição de responsabilidade tributária a terceiro vinculado ao fato gerador, conforme os artigos 121, inciso II e 128 do Código Tributário Nacional, bem como o art. 6º da Lei Complementar nº 116/03, que estabelece:

“Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão

atribuir de modo expresse a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.”

O art. 124 da Lei Municipal 1802/1969 (Código Tributário Municipal de São Bernardo do Campo) dispõe:

“Art. 124 - São responsáveis pelo recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte:

V - o proprietário da obra, em relação aos serviços que lhe forem prestados, descritos nos subitens 7.02, 7.04, 7.05 e 7.17 da Tabela nº 1 anexa, em decorrência da revisão do imposto previsto nos arts. 135, parágrafo único, e 137; e (Redação dada pela Lei nº [6381](#)/2014) (Redação dada pela Lei nº [5232](#)/2003) ”.

(Subitem 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).

De acordo com o que constou na r. sentença proferida na Ação

de Reintegração de Posse (processo 1021169-85.2020.8.26.0564), a autora adquiriu o imóvel em 7 de novembro de 1983, que já se encontrava locado pelo antigo proprietário a Elias Pires. O contrato de locação foi prorrogado e após o falecimento do locatário em 2001, as herdeiras permaneceram no imóvel sem pagar o aluguel; além disso, se apresentando como legítimas possuidoras do bem, firmaram, em dezembro de 2012, contrato de locação com a empresa Gondenplast Indústria e Comércio de Utilidades Domésticas Ltda com prazo de locação até maio de 2025 (fls. 30/35).

Verifica-se, portanto, que desde a aquisição do bem em 1983, a autora não tem a posse direta do imóvel e o galpão sobre o qual incidiu o ISS foi construído pelos possuidores diretos, conforme expressamente ressaltou a sentença da ação possessória, ao afirmar que a construção é “incontroversamente prévia à citação” naqueles autos (fls. 34).

Desse modo, o ISS não pode ser exigido da apelante, que não está vinculada ao fato gerador do tributo consistente na construção do galpão por terceiros, seja na qualidade de prestador ou tomador de serviços.

O fato de ser proprietária do imóvel não a torna responsável pela retenção do ISS, pois o artigo 124, inciso V, da Lei Municipal 1802/1969 prevê a responsabilização pelo recolhimento do ISS sobre os serviços de construção civil ao “proprietário da obra”, e no caso dos autos, as provas constantes dos autos não demonstram essa qualidade, pois a obra ocorreu à sua revelia, quando o imóvel estava na posse de terceiros.

Ademais, em que pese ter requerido a expedição de alvará para a construção de prédio de apartamentos em 2013, consoante documento de fls. 52, tal circunstância em nada se relaciona com o ISS ora exigido, pois o prédio não foi edificado e, conseqüentemente, não há fato gerador do ISS por ausência de prestação de serviços de construção civil.

Dessa forma, tendo a autora se desincumbido do ônus da prova quanto ao fato constitutivo de seu direito, nos termos do art. 373, inciso



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

I, do CPC, impõe-se a reforma da sentença para reconhecer a inexigibilidade do ISS sobre construção civil, com a inversão do ônus de sucumbência.

Ante o exposto, **dá-se provimento ao recurso interposto**, nos termos do voto.

Raul De Felice

Relator