



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000467823

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Embargos de Declaração Cível nº 2031437-54.2025.8.26.0000/50000, da Comarca de Araraquara, em que é embargante FEBRUCE CONSTRUÇÕES EM AÇO LTDA, são embargados COORDENADOR DA DIVISÃO DE ARRECADAÇÃO DE TRIBUTOS, PREFEITO DE GAVIÃO PEIXOTO/SP e MUNICÍPIO DE GAVIÃO PEIXOTO.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 14ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Acolheram os embargos embargos de declaração e, na mesma oportunidade, negaram provimento ao recurso de agravo de instrumento. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores REZENDE SILVEIRA (Presidente) E GERALDO XAVIER.

São Paulo, 14 de maio de 2025.

ADRIANA CARVALHO

Relatora

Assinatura Eletrônica

Embargos de Declaração Cível nº 2031437-54.2025.8.26.0000/50000

Processo originário nº 1017706-28.2024.8.26.0037

Embargante: Februce Construções Em Aço Ltda

Embargado: Coordenador da Divisão de Arrecadação de Tributos e outros

Comarca: 1º Vara da Fazenda Pública - Araraquara

Voto nº 11182

DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS DE
DECLARAÇÃO. OMISSÃO NO ACÓRDÃO.
ACOLHIMENTO.

I. Caso em Exame.

1. Embargos de declaração opostos por Februce Construções em Aço Ltda. contra acórdão que não considerou a apresentação tempestiva da contraminuta pela Municipalidade agravada, no contexto de agravo de instrumento relacionado à dedução de materiais da base de cálculo do ISS em construção civil.

II. Questão em Discussão.

2. A questão em discussão aborda: (i) a omissão do acórdão embargado quanto à consideração da contraminuta apresentada pela parte agravada e (ii) base de cálculo do ISS.

III. Razões de Decidir.

3. Cabíveis os embargos de declaração, ante a omissão constatada.

4. No caso, a contraminuta foi apresentada tempestivamente, o que não foi observado no acórdão embargado, justificando a reforma do julgado.

5. Em exame ao recurso de agravo de instrumento, a tutela de urgência pretendida fica indeferida por falta dos requisitos legais para sua concessão.

IV. Dispositivo.

5. Embargos de declaração acolhidos, com efeito modificativo do resultado do julgado. Conhecido o agravo de instrumento, este fica desprovido.

VISTOS.

Trata-se de embargos de declaração opostos por **Februce Construções Em Aço Ltda.**, contra o v. acórdão de fls. 48/53, que não conheceu o recurso, nos termos da ementa a seguir transcrita:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. RECURSO NÃO CONHECIDO.

I. Caso em Exame.

1. Agravo de instrumento interposto por Februce Construções em Aço Ltda. contra decisão que indeferiu pedido liminar, alegando direito à dedução dos materiais da base de cálculo do ISS em construção civil. A empresa foi contratada para executar galpão metálico para Embraer, incluindo projeto, fabricação e montagem sob empreitada global. Alega que o ISS deve incidir apenas sobre serviços, não materiais, conforme LC 116/2003 e jurisprudência.

II. Questão em Discussão.

2. A questão em discussão consiste em determinar se é possível deduzir os materiais utilizados na construção civil da base de cálculo do ISS, considerando a necessidade de comprovação mediante notas fiscais e a intimação para recolhimento de custas processuais.

III. Razões de Decidir.

3. A ausência de recolhimento das custas de intimação postal inviabiliza o prosseguimento do recurso, sendo pressuposto de regularidade processual para instauração do contraditório e ampla defesa.

4. Precedentes do TJSP indicam que a falta de recolhimento das custas postais para intimação da parte contrária resulta no não conhecimento do agravo.

IV. Dispositivo.

5. Recurso não conhecido. Liminar revogada.

Em síntese, sustenta a embargante que o v. acórdão é

omisso porque deixou de considerar que a agravada apresentou, tempestivamente, a respectiva contraminuta ao recurso interposto. Dessa forma, mesmo que houvesse eventual ausência de intimação formal para o recolhimento das custas de intimação postal, a irregularidade restou suprida pelo comparecimento espontâneo da parte agravada, nos termos do art. 239, §1º, do CPC. Assim, aguarda o acolhimento dos presentes embargos para sanar a omissão apontada, com efeitos infringentes e julgamento do mérito do recurso.

Recurso tempestivo.

RELATADO.

PASSO AO VOTO.

Os embargos comportam acolhimento.

De acordo com o disposto no artigo 1.022 do Código de Processo Civil, cabem embargos de declaração quando no acórdão houver obscuridade, ou contradição, ou for omitido ponto sobre o qual devia pronunciar-se o Tribunal, ou ainda para corrigir erro material.

Com efeito, no caso em análise, a Municipalidade agravada apresentou contraminuta em tempo hábil (fls. 37/47), o que não foi observado no v. acórdão embargado.

Dessa forma, reformulo integralmente o v. acórdão e passo a conhecer do recurso de agravo de instrumento, que passará a ter a seguinte redação:

DIREITO TRIBUTÁRIO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISSQN. RECURSO NÃO PROVIDO.

I. Caso em Exame.

1. Agravo de instrumento interposto contra decisão que indeferiu pedido liminar para dedução de materiais da base de cálculo do ISS em construção civil. A impetrante alega direito líquido e certo à dedução, conforme legislação e jurisprudência, e requer tutela antecipada recursal.

II. Questão em Discussão.

2. A questão em discussão consiste na possibilidade de exclusão dos valores dos materiais utilizados no serviço de empreitada da base de cálculo do ISS.

III. Razões de Decidir.

3. A decisão recorrida não comporta reparo, pois a dedução dos materiais empregados na construção civil é condicionada à prova de utilização mediante notas fiscais, sendo lícito ao Fisco aferir a pertinência dos materiais.

4. Não há verossimilhança do direito alegado pela impetrante, considerando o novo posicionamento do STF e STJ sobre a inclusão dos materiais na base de cálculo do ISS, ressalvados aqueles produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele destacadamente comercializados com a incidência do ICMS.

5. Decisão mantida.

IV. Dispositivo.

6. Recurso não provido.

VISTOS.

*Trata-se de agravo de instrumento interposto pela impetrante **Februce Construções em Aço Ltda.**, contra a decisão que indeferiu o pedido liminar, sob o fundamento de que não há comprovação imediata e inequívoca da prática de ato coator, bem como de que a possibilidade de dedução dos materiais empregados na construção civil não é absoluta, sendo condicionada à efetiva prova de utilização dos materiais, mediante juntada de notas fiscais que discriminem e especifiquem quais os materiais*

contratados, bem como os seus valores, sendo lícito ao Fisco aferir a existência e pertinência dos materiais, com os respectivos serviços e valores (fl. 92 do processo de origem).

Em suas razões recursais, alega a agravante que impetrou mandado de segurança preventivo para proteger direito líquido e certo de dedução dos materiais empregados nas atividades de construção civil, da base de cálculo do ISS. Esclarece que foi contratada para execução de um galpão metálico em favor da empresa Embraer, no Município de Gavião Peixoto. Explica que os serviços incluem projeto, fabricação e montagem de estrutura metálica sob regime de empreitada global, utilizando elementos pré-fabricados, equipamentos e mão de obra. Sustenta que estava deduzindo os materiais empregados da base de cálculo do ISSQN, conforme art. 7º, § 2º, I, da LC 116/2003 e nos subitens 7.02 e 7.05 da sua anexa Lista de Serviços, até que, em 22/11/2024, a dona da obra Embraer informou sobre a impossibilidade de tal dedução junto com a emissão de notas fiscais dos serviços. Aduz que o ISS é devido apenas sobre a parcela do serviço, não podendo ser incluído o valor dos materiais utilizados no serviço. Ressalta que a dedução do valor destes materiais da base de cálculo do ISS é permitida, conforme art. 7º, § 2º, inciso I, da LC nº 116/2003, legislação municipal e jurisprudências do STF, STJ e TJSP. Assim, requer a concessão da tutela antecipada recursal, para permitir a exclusão do valor dos materiais fornecidos e utilizados na obra da

base de cálculo do ISSQN. Ao final, aguarda o provimento do recurso para reforma da decisão agravada, uma vez que é perfeitamente possível a diferenciação do valor dos serviços do valor dos materiais no recapeamento asfáltico de vias, preenchidos os requisitos para a sua concessão, nos termos do inciso III do artigo 7º da Lei nº12.016/2009.

O pedido de tutela antecipada recursal foi deferido (fls. 29/31).

Contraminuta às fls. 37/47.

Recurso tempestivo, com preparo comprovado às fls. 26/27 e sem oposição ao julgamento virtual.

RELATADO.

PASSO AO VOTO.

O recurso não comporta provimento.

Destaco que o cerne da questão diz respeito à possibilidade de exclusão dos valores dos materiais utilizados no serviço de empreitada global, da base de cálculo do ISS.

Pleiteada a concessão do pedido liminar, o Magistrado de Primeiro Grau indeferiu o pedido, ensejando o presente recurso de agravo de instrumento.

A decisão recorrida não comporta reparo.

Conforme bem apontado pelo Juízo de Primeiro Grau (fl. 92 do processo de origem):

(...) Cumpre salientar que a possibilidade de dedução dos materiais empregados na construção civil não é absoluta, sendo condicionada à efetiva prova de utilização dos materiais, mediante ajuntada de notas fiscais que discriminem e especifiquem quais os materiais contratados, bem como os seus valores, sendo lícito ao Fisco aferir a existência e pertinência dos materiais, com os respectivos serviços e valores. INDEFIRO, portanto, o pedido de liminar. (...)

E, consoante se infere na r. decisão agravada, não vislumbro neste momento processual os requisitos autorizadores da medida liminar.

Para a concessão da medida liminar em mandado de segurança, deve-se observar o disposto no artigo 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2209.

No presente caso, em análise de cognição sumária, não há como se aferir de plano o direito alegado pela impetrante, em razão do novo posicionamento do Supremo Tribunal Federal, adotado no julgamento do segundo Agravo Regimental do RE 603497.

*Em decorrência deste, o Superior Tribunal de Justiça passou a decidir que, no caso dos serviços de construção civil, **os materiais empregados na***

prestação de serviços integram a base de cálculo do ISS, ressalvados aqueles produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele destacadamente comercializados com a incidência do ICMS (AgInt nos EAREsp n. 2.486.358/SP, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Seção, julgado em 12/2/2025, DJEN de 17/2/2025).

Assim, neste momento processual, considerando apenas as assertivas do impetrante, não se vislumbra a verossimilhança do alegado direito, qual seja, direito líquido e certo. Ademais, em uma análise perfunctória, prevalece a presunção de legalidade dos atos da Administração Pública.

De fato, indispensável a prova inequívoca e evidente quanto aos fatos e a conduta do município para a concessão da liminar pleiteada, o que não se constata neste momento de cognição sumária.

Como bem apontado pelo Magistrado de Primeiro Grau, necessária a formalização do contraditório para melhor análise dos fatos, não se vislumbrando risco de ineficácia de eventual provimento final e prestigiando-se a presunção de legitimidade do ato administrativo até que seja possível uma melhor análise dos fatos.

Nesse sentido são os precedentes da Colenda Seção de Direito Público deste Tribunal de Justiça de São Paulo, cujas ementas transcrevem-se como razão de

decidir (com grifos não originais):

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – Mandado de Segurança – Prescrição - Decisão que indefere pedido liminar de suspensão da exigibilidade de crédito tributário – Ausência dos requisitos do art. 7º, inciso III, da Lei nº 12.016/2009 - Decisão mantida - Recurso desprovido (TJSP; Agravo de Instrumento 2201268-81.2017.8.26.0000; Relator: **Octavio Machado de Barros**; Órgão Julgador: 14ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 10ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 28/01/2019; Data de Registro: 28/01/2019);*

*AGRAVO DE INSTRUMENTO – MANDADO DE SEGURANÇA – ISSQN – Período de 01/06/2009 a 30/06/2013 – Interposição contra decisão que indeferiu a liminar, pois ausentes os requisitos legais – A prova da ameaça de violação do direito líquido e certo da impetrante reclama ampliação da fase instrutória, que, aparentemente, não se enquadra no âmbito da estreita cognição do "mandamus" - Decisão mantida – Recurso improvido (TJSP; Agravo de Instrumento 2069823-71.2016.8.26.0000; Relator: **Rezende Silveira**; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Santo André - 1ª Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/06/2016; Data de Registro: 09/06/2016).*

Ainda, para a concessão da tutela antecipada, estabelece o artigo 300 do Código de Processo Civil, que: "A tutela de urgência será concedida quando houver elementos que evidenciem a probabilidade do

direito e o perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo”.

Em suma, para o deferimento da liminar ou antecipação de tutela, há que existir elementos que evidenciam a probabilidade do direito diante dos fatos mencionados pelo agravante, ou seja, prova a respeito da qual não se admite discussão, a convencer da verossimilhança das alegações da parte, o que não se vislumbra na hipótese sub judice.

Assim, de rigor, a manutenção da decisão agravada por seus próprios fundamentos.

*Ante o exposto, pelo meu voto, proponho o **NÃO PROVIMENTO** do recurso.*

Diante do exposto, pelo meu voto, proponho o **ACOLHIMENTO** dos presentes embargos de declaração e, na mesma oportunidade, proponho o **NÃO PROVIMENTO DO RECURSO DE AGRAVO DE INSTRUMENTO**.

ADRIANA CARVALHO
Relatora