



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1784588 - GO (2020/0288900-1)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE GOIÂNIA
PROCURADORES : CAMILA BRONDANI BASSAN - GO047826
CAMILA BRONDANI BASSAN - GO056696
AGRAVADO : SERGIO LACERDA SILVA
ADVOGADO : RAMSÉS MARTINS RIBEIRO - GO018138

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ISSQN. CONSTRUÇÃO EM TERRENO PRÓPRIO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. OFENSA À NORMA LOCAL. SÚMULA 280/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONSONÂNCIA COM O POSICIONAMENTO DO STJ.

1. O Tribunal de origem não examinou a controvérsia sob o enfoque do art. 373 do CPC, apontado como ofendido no especial apelo, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração, nem houve indicação no apelo raro de afronta ao art. 1.022 do CPC. Incidência da Súmula 211/STJ.
2. Inviável o exame em sede especial de ofensa ao art. 68 do Código Tributário Municipal, nos termos da Súmula 280/STF.
3. O aresto recorrido encontra-se afinado com o posicionamento do STJ pela impossibilidade de exigência de ISS na hipótese em tela, de construção civil realizada em terreno próprio particular, de forma direta pelos respectivos proprietários, sendo ilegal e arbitrária a exigência de prévio recolhimento do tributo, como condição para obtenção do 'termo habite-se' ou convolação da cobrança de ITU para IPTU.
4. Agravo interno não provido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 23/05/2023 a 29/05/2023, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 29 de maio de 2023.

Sérgio Kukina
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1784588 - GO (2020/0288900-1)

RELATOR : MINISTRO SÉRGIO KUKINA
AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE GOIÂNIA
PROCURADORES : CAMILA BRONDANI BASSAN - GO047826
CAMILA BRONDANI BASSAN - GO056696
AGRAVADO : SERGIO LACERDA SILVA
ADVOGADO : RAMSÉS MARTINS RIBEIRO - GO018138

EMENTA

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. ISSQN. CONSTRUÇÃO EM TERRENO PRÓPRIO. RECURSO ESPECIAL. FALTA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. OFENSA À NORMA LOCAL. SÚMULA 280/STF. ACÓRDÃO RECORRIDO. CONSONÂNCIA COM O POSICIONAMENTO DO STJ.

1. O Tribunal de origem não examinou a controvérsia sob o enfoque do art. 373 do CPC, apontado como ofendido no especial apelo, apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração, nem houve indicação no apelo raro de afronta ao art. 1.022 do CPC. Incidência da Súmula 211/STJ.
2. Inviável o exame em sede especial de ofensa ao art. 68 do Código Tributário Municipal, nos termos da Súmula 280/STF.
3. O aresto recorrido encontra-se afinado com o posicionamento do STJ pela impossibilidade de exigência de ISS na hipótese em tela, de construção civil realizada em terreno próprio particular, de forma direta pelos respectivos proprietários, sendo ilegal e arbitrária a exigência de prévio recolhimento do tributo, como condição para obtenção do 'termo habite-se' ou convalidação da cobrança de ITU para IPTU.
4. Agravo interno não provido.

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA: Trata-se de agravo interno manejado pelo **Município de Goiânia** desafiando decisão que negou provimento a agravo em recurso especial, sob os fundamentos de que: **(I)** o Tribunal de origem não examinou a controvérsia sob o enfoque do dispositivo legal apontado como violado (art. 373 do CPC), nem houve indicação de ofensa ao art. 1.022 do CPC, o que atrai o óbice da

Súmula 211/STJ; **(II)** inviável o exame em sede especial de ofensa ao art. 68 do Código Tributário Municipal, nos termos da Súmula 280/STF; e **(III)** o aresto recorrido encontra-se afinado com o posicionamento do STJ quando entendeu pela impossibilidade de exigência de ISS na hipótese em tela, de construção civil realizada em terreno próprio particular, de forma direta pelos respectivos proprietários, sendo ilegal e arbitrária a exigência de prévio recolhimento do tributo, como condição para obtenção do 'termo habite-se' ou convalidação da cobrança de ITU para IPTU.

O agravante, em suas razões, sustenta que: **(i)** "é evidente que a matéria está devidamente prequestionada, pois se o art. 373 do CPC menciona justamente a necessidade da produção da prova, e o Tribunal entendeu de forma expressa que não é obrigado a analisar todos os argumentos trazidos pela parte, houve análise e prequestionamento da matéria" (fl. 326); **(ii)** "não há o que se falar em necessidade de análise de legislação local, isso porque todos os dispositivos trazidos pela Agravante referem-se às leis federais" (fl. 327); e **(iii)** "o caso em apreço não envolve incorporador, mas uma pessoa física sem conhecimento algum em engenharia, que não trouxe aos autos nenhum comprovante de prestador de serviço, levando a crer que construiu a sua residência de alto padrão sozinho" (fl. 330).

Transcorreu *in albis* o prazo para impugnação (fl. 335).

É O RELATÓRIO.

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO SÉRGIO KUKINA (RELATOR): A irresignação não merece acolhimento, tendo em conta que a parte agravante não logrou desenvolver argumentação apta a desconstituir os fundamentos adotados pela decisão recorrida, que ora submeto ao Colegiado para serem confirmados:

*Trata-se de agravo interposto pelo **Município de Goiânia**, desafiando decisão denegatória de admissibilidade a recurso especial, este interposto com base no art. 105, III, a, da CF, contra acórdão proferido pelo Tribunal de Justiça do Estado de Goiás, assim ementado (fl. 228):*

EMENTA: DUPLO GRAU DE JURISDIÇÃO. AÇÃO DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONSTRUÇÃO EM TERRENO PRÓPRIO E POR CONTA PRÓPRIA. ISS. NÃO INCIDÊNCIA. VINCULAÇÃO DA EXPEDIÇÃO DO "HABITE-SE" OU CONVALIDAÇÃO DA COBRANÇA DE ITU PARA IPTU AO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. ILEGALIDADE. SENTENÇA MANTIDA.

I- A construção civil realizada em terreno particular, de forma direta pelos respectivos proprietários, não é fato gerador do ISS, porquanto feita sem exploração econômica de atividade de administração,

empreitada ou subempreitada.

II- A expedição do "habite-se" pressupõe a reunião dos requisitos relacionados à regularidade formal da construção, e não a existência de débito tributário. A Fazenda Pública possui meios próprios e adequados à

satisfação de seus créditos tributários.

REMESSA OBRIGATÓRIA CONHECIDA E DESPROVIDA.

Opostos embargos de declaração, foram rejeitados (fls. 245/246).

Nas razões do recurso especial, a parte agravante aponta violação aos arts. 121 do CTN, 6º da LC 116/03 e 68 do Código Tributário Municipal e 373 do CPC. Sustenta, em síntese, que "a hipótese relativa à prestação de serviços no âmbito da construção civil constitui fato gerador do Imposto Sobre Serviços, apresentando-se como contribuinte o prestador de serviço, podendo, a depender das circunstâncias em que se desenvolverem a relação tributária, nos termos da lei, ser responsabilizado o dono da obra ou proprietário do imóvel em que se procedeu a respectiva obra" (fl. 279) e (II) a agravada não se desincumbiu de comprovar "quem realizou as obras" (fl. 282).

É O RELATÓRIO. SEGUE A FUNDAMENTAÇÃO.

A pretensão não comporta guarida.

De início, observa-se que o Tribunal de origem não examinou a controvérsia sob o enfoque do dispositivo legal apontado como violado (art. 373 do CPC), apesar de instado a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração. Nesse contexto, caberia à parte recorrente, nas razões do apelo especial, indicar ofensa ao art. 1.022 do CPC/2015, alegando a existência de possível omissão, providência da qual não se desincumbiu. Incide, pois, o óbice da Súmula 211/STJ ("Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.").

*Ressalta-se que esta Corte firmou a compreensão de que "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (**REsp 1639314/MG**, Rel. Ministra NANCY ANDRIGHI, TERCEIRA TURMA, julgado em 04/04/2017, DJe 10/04/2017).*

Além disso, a análise da legislação local, no caso do art. 68 do Código Tributário Municipal, é pretensão insuscetível de ser apreciada em sede de recurso especial, conforme a Súmula 280/STF ("Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário.").

Quanto ao mérito, o Superior Tribunal de Justiça firmou entendimento no sentido de que não incide ISS na hipótese de construção feita pelo próprio incorporador, haja vista que se a construção é realizada por ele próprio, não há falar em prestação de serviços a terceiros, mas a si próprio, o que descaracteriza o fato gerador.

Nesse sentido, confirmam-se os seguintes julgados:

TRIBUTÁRIO. ISS. INEXIGIBILIDADE. CONSTRUÇÃO SOB O REGIME DE CONTRATAÇÃO DIRETA ENTRE OS ADQUIRENTES DAS UNIDADES AUTÔNOMAS E O CONSTRUTOR/INCORPORADOR (PROPRIETÁRIO DO TERRENO). ATIVIDADE QUE NÃO SE CARACTERIZA COMO PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. PRECEDENTES. MATÉRIA DECIDIDA NOS EREsp 884778/MT, DE MINHA RELATORIA, DJE 05/10/2010.

1. Na construção pelo regime de contratação direta, há um contrato de promessa de compra e venda firmado entre o construtor/incorporador (que é o proprietário do terreno) e o adquirente de cada unidade autônoma. Nessa modalidade, não há prestação de serviço, pois o que se contrata é "a entrega da unidade a prazo e preços certos, determinados ou determináveis" (art. 43 da Lei 4.591/64). Assim, descaracterizada a prestação de serviço, não há falar em incidência de ISS.

2. Ademais, a lista de serviços sujeitos ao ISS é taxativa, não obstante admita interpretação extensiva. Além disso, é vedada a exigência de tributo não previsto em lei através do emprego da analogia (art. 108, parágrafo único, do CTN). Desse modo, se a previsão legal é apenas em relação à execução de obra de engenharia por administração, por empreitada ou subempreitada, não é possível equiparar a empreitada à incorporação por contratação direta, para fins de incidência do ISS, como entendeu o acórdão embargado.

3. Precedentes: REsp 1212888/RN, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 12/04/2011, DJe 18/04/2011; EREsp 884778/MT, Rel. Ministro MAURO 1261764 MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 05/10/2010; REsp 922956/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010; REsp 1.166.039/RN, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 11.6.2010; REsp 1.012.552/RS, 1ª Turma, Rel. Min. José Delgado, DJ de 23.6.2008.

4. Recurso especial não provido.

(REsp 1.263.039/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 19/09/2011)

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.

(REsp 922.956/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010)

No caso dos autos, o Tribunal de origem afastou a incidência do ISS, nos seguintes termos (fl. 230):

A hipótese de incidência do ISS na construção civil, nos termos da Lei Complementar n. 116/2003, está vinculada à efetiva prestação de serviços, que traduzam uma utilidade (material ou imaterial), com o objetivo de que seja executada uma obrigação de fazer.

No caso em questão, o autor não se dedica ao ramo da construção civil, além do que o imóvel construído não se destina, precipuamente, à finalidade comercial, tendo sido construído para morada habitual, sob administração direta e sem fins lucrativos primários, escapando, assim, do alcance tributário imposto, equivocadamente, pelo Município.

Logo, o ISS não incide no presente caso, porque não configurada a prestação de serviço de utilidade material ou imaterial a terceiro, uma vez que o autor foi executor da sua própria obra, não havendo prova alguma no sentido de que a

execução do serviço tenha sido efetivada através de contratos de administração, empreitada ou subempreitada.

Assim, por estar em conformidade com o entendimento jurisprudencial acima demonstrado, deve ser mantido o acórdão recorrido.

A leitura do inteiro teor do acórdão recorrido (fls. 218/234 e 245/262) demonstra que, de fato, a Corte de origem não tratou da tese veiculada no especial apelo de que a agravada "não comprovou quem realizou as obras, o que de longe não se trata de prova negativa ou assemelhados [...] Assim, não perfez o caminho exigido pelo art. 373 do Código de Processo Civil" (fl. 282), apesar de instada a fazê-lo por meio dos competentes embargos de declaração.

No especial apelo, entretanto, não houve indicação de ofensa ao art. 1.022 do CPC, nem alegação da existência de possível omissão.

Assim, ante a falta de prequestionamento, correta a aplicação do óbice da Súmula 211/STJ ("*Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo tribunal a quo.*").

Convém assinalar, por pertinente, que esta Corte Superior aceita o prequestionamento explícito e implícito, contudo, não admite o chamado "prequestionamento ficto", que se daria com a mera oposição de aclaratórios, sem que o Tribunal de origem tenha efetivamente emitido juízo de valor sobre as teses debatidas.

A propósito:

AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE INDENIZAÇÃO POR DANOS MORAIS. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO DOS ARTIGOS DE LEI TIDOS POR VULNERADOS. INEXISTÊNCIA DE ALEGAÇÃO DE OFENSA AO ART. 1.022 DO CPC/2015. SÚMULA 211/STJ. CERCEAMENTO DE DEFESA E COMPROVAÇÃO DE DANOS. REVISÃO DAS CONCLUSÕES DO TRIBUNAL DE ORIGEM PELA SUFICIÊNCIA DAS PROVAS E PELA INEXISTÊNCIA DE DANOS INDENIZÁVEIS. IMPOSSIBILIDADE. REEXAME DE PROVAS. SÚMULA 7/STJ. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL NÃO DEMONSTRADO. COTEJO ANALÍTICO NÃO EFETUADO. AUSÊNCIA DE IMPUGNAÇÃO A FUNDAMENTOS DO ACÓRDÃO RECORRIDO. SÚMULA 283/STF. AGRAVO INTERNO DESPROVIDO.

1. Inadmissível o recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal a quo (enunciado n. 211 da Súmula do STJ).

2. O prequestionamento ficto, previsto no art. 1.025 do CPC/2015, só é admissível quando, após a oposição de embargos de declaração na origem, a recorrente suscitar a violação ao art. 1.022 do mesmo diploma, providência não adotada na espécie.

3. A revisão das conclusões estaduais demandaria, necessariamente, o revolvimento do acervo fático-probatório dos autos, medida vedada no âmbito do recurso especial, ante o óbice da Súmula 7 do STJ.

4. O dissídio jurisprudencial não merece conhecimento, porque não foi realizado o necessário cotejo analítico entre os julgados trazidos a confronto. A mera transcrição de ementas ou de passagens dos arestos indicados como paradigma não atende aos requisitos dos arts. 1.029 do CPC/2015 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

5. Ausência de impugnação a fundamento constante do acórdão estadual. Súmula 283/STF.

6. Razões recursais insuficientes para a revisão do julgado.

7. Agravo interno desprovido.

(AgInt no AREsp 1.582.554/SP, Rel. Ministro MARCO AURÉLIO BELLIZZE, TERCEIRA TURMA, julgado em 4/5/2020, DJe 8/5/2020)

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. PREQUESTIONAMENTO. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 211/STJ. ART. 1.022 DO CPC/2015. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO RECURSAL. SÚMULA 284/STF. PREQUESTIONAMENTO FICTO (ART. 1.025 DO CPC/2015). DESCABIMENTO. CONTROVÉRSIA DIRIMIDA À LUZ DE LEGISLAÇÃO PARANAENSE. SÚMULA 280/STF.

1. Quanto à alegada violação aos arts. 23 e 24 da LC 87/96, foi acertadamente aplicada a Súmula 211/STJ, tendo em vista que a matéria não foi apreciada pelo Tribunal de origem, e a parte ora agravante apenas menciona a contrariedade ao art. 1.022 do CPC/2015, sem demonstrar os pontos pelos quais o acórdão se fez omissivo, contraditório ou obscuro, a configurar deficiência de fundamentação recursal, o que atrai o óbice da Súmula 284/STF.

2. Este Egrégio Tribunal possui o entendimento de que "a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao Órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que, uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei" (REsp 1.639.314/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe 10/4/2017).

3. Não é cabível o recurso especial quando a Corte Estadual dirime a celeuma baseando-se na interpretação de lei local, porquanto o exame da controvérsia, tal como enfrentada pelas instâncias ordinárias, exigiria a análise de dispositivos da legislação paranaense (in casu, Lei 11.580/96, Decreto Estadual 6.080/2012, Decreto Estadual 2.865/2015, e Resolução SEFA 773/2016), pretensão insuscetível de ser apreciada em recurso especial, conforme a Súmula 280/STF ("Por ofensa a direito local não cabe recurso extraordinário. _).

4. Agravo interno não provido.

(AgInt no REsp 1.818.580/PR, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 4/5/2020, DJe 7/5/2020)

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. OFENSA À SÚMULA. NÃO CABIMENTO. PREQUESTIONAMENTO. AUSÊNCIA. FUNDAMENTAÇÃO DEFICIENTE. SÚMULA 284 DO STF. INCIDÊNCIA.

1. "Aos recursos interpostos com fundamento no CPC/2015 (relativos a decisões publicadas a partir de 18 de março de 2016) serão exigidos os requisitos de admissibilidade recursal na forma do novo CPC" (Enunciado Administrativo n. 3 do STJ).

2. Nos termos da Súmula 518 do STJ, inviável o conhecimento de eventual contrariedade à súmula, que, para os fins do art. 105, III, "a", da Constituição Federal, não se enquadra no conceito de lei federal.

3. Há manifesta ausência de prequestionamento, a atrair a aplicação da Súmula 211 do STJ, quando os conteúdos dos preceitos legais tido por violados não são examinados na origem, mesmo após opostos embargos de declaração.

4. Segundo o entendimento desta Corte de Justiça, para se reconhecer o prequestionamento ficto de que trata o art. 1.025 do CPC/2015, na via do especial, impõe-se ao recorrente a indicação de contrariedade ao art. 1.022 do CPC/2015, o que não ocorreu.

5. A mera indicação dos dispositivos legais tidos por violados, sem que haja demonstração clara e objetiva de como o acórdão recorrido teria malferido a legislação federal, não enseja a abertura da via especial, devendo a parte recorrente demonstrar os motivos de sua insurgência. Incidência da Súmula 284 do STF.

6. Agravo interno desprovido.

(AgInt no REsp 1.747.905/SP, Rel. Ministro GURGEL DE FARIA, PRIMEIRA TURMA, DJe 17/10/2019)

Adiante, constou expressamente das razões de apelo raro que "O presente recurso é cabível pela alínea 'a', do inciso III, do art. 105, da CF/88, pois o v. acórdão afastou as disposições descritas nos artigos 121 do CTN, art. 6º da LC 116/2003 e art. 68 do CTM, que tratam da figura do responsável tributário" (fl. 272 - g.n.).

Nesse panorama, escoreita a decisão alvejada quando assinalou a inviabilidade de, em sede especial, se examinar ofensa a dispositivo de norma local, nos termos da Súmula 280/STF.

Por fim, compulsando os autos, verifica-se que a alegação ora sustentada pela parte agravante ("o caso em apreço não envolve incorporador, mas uma pessoa física sem conhecimento algum em engenharia, que não trouxe aos autos nenhum comprovante de prestador de serviço, levando a crer que construiu a sua residência de alto padrão sozinho" - fl. 330) **não** constou das razões de recurso especial (cf fls. 268/282).

Assim, tal argumento nem sequer merece ser conhecido pelo órgão julgador, por se constituir em indevida inovação recursal, tendo-se operado a preclusão consumativa a esse respeito. Nessa mesma linha, destaca-se:

TRIBUTÁRIO. PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. APLICABILIDADE. INOVAÇÃO EM SEDE DE AGRAVO INTERNO. NÃO CABIMENTO. PRECLUSÃO CONSUMATIVA. APLICAÇÃO DE MULTA. ART. 1.021, § 4º, DO CÓDIGO DE PROCESSO CIVIL DE 2015. INADEQUADA AO CASO CONCRETO.

I - Consoante o decidido pelo Plenário desta Corte na sessão realizada em 09.03.2016, o regime recursal será determinado pela data da publicação do provimento jurisdicional impugnado. In casu, aplica-se o Código de Processo Civil de 2015.

II - As teses apresentadas no Agravo Interno - existência de marco temporal para a aplicação do entendimento do STF firmado no RE n. 593.869/MG e necessidade de observância da regra prevista no art. 166 do CTN, para se pleitear a repetição do indébito de ICMS referente à diferença entre a base de cálculo presumida e a efetiva - não são objeto do recurso especial e nem foram suscitadas em contrarrazões ao recurso, sendo veiculada pela primeira vez no presente Agravo.

III - Este Superior Tribunal tem firme posicionamento segundo o qual se revela incabível a inovação recursal em sede de agravo interno, com a apresentação de questões não trazidas no recurso especial ou nas suas contrarrazões, tendo em vista a preclusão consumativa.

IV - Em regra, descabe a imposição da multa, prevista no art. 1.021, § 4º, do Código de Processo Civil de 2015, em razão do mero improvimento do Agravo Interno em votação unânime, sendo necessária a configuração da manifesta inadmissibilidade ou improcedência do recurso a autorizar sua aplicação, o que não ocorreu no caso.

V - Agravo Interno não conhecido.

(AgInt no REsp n. 2.023.909/SC, relatora Ministra Regina Helena Costa, Primeira Turma, julgado em 14/11/2022, DJe de 17/11/2022.)

Nesse recorte, remanesce incólume o pilar da decisão agravada segundo o qual o entendimento esposado pela Corte goiana de que "a construção realizada em terreno particular, de forma direta pelo respectivo proprietário, não é fato gerador do ISS, porquanto feita sem exploração econômica de atividade de administração, empreitada ou subempreitada, sendo ilegal e arbitrária a exigência de prévio recolhimento do tributo, como condição para obtenção do 'termo habite-se' ou convolação da cobrança de ITU para IPTU" (fl. 232) mostra-se harmônico com o do STJ em casos análogos ao presente.

Em reforço:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. NEGATIVA DE PRESTAÇÃO JURISDICIONAL NÃO CONFIGURADA. ISSQN. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA. MATÉRIA JÁ PACIFICADA À ÉPOCA EM QUE PROFERIDO O ACÓRDÃO QUE SE POSTULA RESCINDIR. INAPLICABILIDADE DO ÓBICE DA SÚMULA 343/STF. CABIMENTO DE AÇÃO RESCISÓRIA. RECURSO ESPECIAL DA EMPRESA CONTRIBUINTE A QUE SE DÁ PROVIMENTO, A FIM DE JULGAR PROCEDENTE A AÇÃO RESCISÓRIA, CONFIRMANDO A LIMINAR ANTERIORMENTE DEFERIDA NOS AUTOS DA TP 946/RN.

1. No que concerne à alegada violação do art. 1.029 do Código Fux (CPC/2015), a Corte de origem não praticou ofensa de procedimento, ao contrário do que alega a parte ora recorrente, uma vez que se manifestou exaustivamente nos autos, entregando plenamente a jurisdição. E, embora tenha firmado orientação contrária à almejada pela recorrente, não incorreu em omissão, contradição, obscuridade ou erro material, hipóteses que justificariam o acolhimento dos Embargos de Declaração. Rejeita-se, portanto, a questão preliminar.

2. Buscou-se na Ação Rescisória, proposta com fundamento no art. 485, V (violação à literal disposição legal) e IX (erro de fato) do CPC/1973, desconstituir acórdão que julgou improcedente o pedido em Ação Anulatória de Débito Fiscal, reconhecendo devida a exigência do ISS sobre a incorporação imobiliária referente aos empreendimentos Quatro Estações, Pablo Neruda e Sports Park.

3. Segundo o acórdão rescindendo, o fato de a construção ter sido autofinanciada, suportada pelos recursos provenientes de vendas realizadas ainda na fase de construção, não caracterizaria o regime da incorporação imobiliária direta, mas, sim, serviço de empreitada, ensejando, por conseguinte, a incidência do ISSQN.

4. A referida sentença foi publicada em 5.3.2011, quando o tema já havia sido definitivamente apreciado por esta Corte Superior no julgamento do referido EREsp. 884.778/MT, Rel. Min. MAURO CAMPBELL MARQUES, publicado em 5.10.2010, concluindo de forma diametralmente oposta ao consignado no acórdão estadual, ao declarar a inexigibilidade do ISSQN em relação a empreendimentos imobiliários edificados por empresa de construção civil pelo regime de incorporação direta.

5. Logo, não há como aplicar o veto da Súmula 343/STF, que dispõe sobre a incognoscibilidade da Ação Rescisória com fundamento em violação de lei de interpretação controvertida, já que há época da formalização da sentença rescindenda a orientação sedimentada do STJ já se pautava em sentido oposto. Em tal situação a Ação Rescisória é o caminho adequado para desfazer-se o título judicial transitado em julgado em contrariedade à tese firmada por esta Corte Superior, o que, no caso dos autos, afasta a incidência do ISS, tornando inexigível o título exequendo.

6. Sobre o tema, há diversos julgados desta Corte Superior que afirmam ser cabível e procedente a Ação Rescisória quando, à época da prolação da decisão rescindenda, cessara a divergência, porquanto não se pode admitir que prevaleça o julgado divergente, que, ao revés de afrontar a jurisprudência, adota uma interpretação inconstitucional ou contrária à lei. Essa é a

orientação consolidada na Primeira Seção desta Corte Superior, sob a sistemática do recurso repetitivo no julgamento do Recurso Especial 1.001.779/DF, da relatoria do eminente Ministro LUIZ FUX.

7. Especificamente em relação ao cabimento da Rescisória por erro de fato, observa-se que, ao contrário do que constou no acórdão de origem, não se trata aqui de controvérsia fática, mas sim de rever a valoração dada aos fatos descritos na perícia pelo acórdão rescindendo, e para o qual a Ação Rescisória se mostra cabível.

8. Ora, a perícia chegou à conclusão que a Sociedade Empresarial construiu imóveis em terrenos próprios, para entrega futura, e que algumas unidades foram comercializadas antes da conclusão da obra. Esses são os fatos apresentados, para os quais inexistente controvérsia. Há sim necessidade de identificar a natureza desses fatos, haja vista que foram qualificados pelo acórdão rescindendo como prestação de serviços, não obstante a jurisprudência consolidada nesta Corte Superior qualificá-los como incorporação imobiliária, ao decidir que o fato de os contratos de promessa de compra e venda serem celebrados antes e durante as obras nos contextos de incorporações imobiliárias, não tem o condão de alterar a natureza de incorporação direta para empreitada.

9. Diante disso, verifica-se que, analisando os fatos apresentados pelo Tribunal de origem, **a pretensão recursal encontra apoio na jurisprudência consolidada desta Corte Superior, segundo a qual a incorporadora não assume a condição de contribuinte do ISS quando a construção do imóvel é feita pelo incorporador em terreno próprio, por sua conta e risco, hipótese na qual atua como construtor, ainda que durante o período de edificação tenha realizado a venda de unidades autônomas para entrega futura por preço global (cota de terreno e construção).**

10. Não se configura, portanto, a prestação de serviços de construção civil do construtor ao adquirente, mas sim para si próprio, objetivando atingir o objetivo final da incorporação direta.

11. Nesse contexto, preenchidas as hipóteses previstas no CPC/1973 pertinentes ao cabimento de Ação Rescisória por violação à literal dispositivo de lei e erro de fato, o Apelo Nobre recurso especial merece prosperar, a comportar a procedência da Ação Rescisória e, por conseguinte, desconstituição do acórdão rescindendo.

12. Recurso Especial da Contribuinte provido, a fim de julgar procedente a Ação Rescisória, desconstituindo, em juízo rescindendo, a sentença proferida nos autos da Ação Anulatória 001.2008.014.878-4, e, em juízo rescisório, reconhecer a não incidência do ISS sobre a atividade de incorporação imobiliária, e, por conseguinte, desconstituir os Autos de Infração 5.05068/07-9, 5.05069/07-5 e 5.05067/07.2. Confirmada a liminar anteriormente deferida nos autos da TP 946/RN.

(REsp n. 1.722.454/RN, relator Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 15/9/2020, DJe de 21/9/2020.)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. EMPRESA INCORPORADORA. CONSTRUÇÃO POR CONTA PRÓPRIA E EM IMÓVEL PRÓPRIO, PARA FUTURA ALIENAÇÃO DE UNIDADES AUTÔNOMAS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS PARA TERCEIRO. INEXISTÊNCIA. FATO GERADOR NÃO CONFIGURADO. APLICAÇÃO DA SÚMULA 83/STJ.

1. A construção feita pelo incorporador por conta própria e em terreno próprio não dá ensejo à tributação pelo ISS. Precedentes: AgRg no AREsp 49.946/SP, Rel. Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, DJe 11/06/2014; REsp 922.956/RN, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 01/07/2010; REsp 1.166.039/RN, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJe 11/06/2010; REsp 766.278/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4/9/2007, DJ 26/9/2007.

2. Incide, na espécie, o óbice de conhecimento estampado na Súmula 83/STJ.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no AREsp n. 602.251/SP, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 10/3/2015, DJe de 17/3/2015.)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. EMPRESA INCORPORADORA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO A TERCEIROS. INEXISTÊNCIA. ISS. AFASTAMENTO. APRECIÇÃO DE ALEGADA OFENSA A DISPOSITIVOS CONSTITUCIONAIS. COMPETÊNCIA DO STF.

1. Nos termos da jurisprudência desta Corte, não incide ISS na hipótese de construção feita pelo próprio incorporador, haja vista que se a construção é realizada por ele próprio, não há falar em prestação de serviços a terceiros, mas a si próprio, o que descaracteriza o fato gerador. Precedentes: REsp 1.263.039/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 19/09/2011, REsp 922.956/RN, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 22/06/2010, DJe 01/07/2010, EREsp 884.778/MT, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 22/09/2010, DJe 05/10/2010. In casu, extrai-se dos autos que a agravante é empresa incorporadora e construiu em terreno próprio unidades autônomas para venda futura

2. Não cabe ao Superior Tribunal de Justiça, ainda que para fins de prequestionamento, examinar na via especial matéria constitucional, sob pena de usurpação da competência do Supremo Tribunal Federal.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp n. 49.946/SP, relator Ministro Sérgio Kukina, Primeira Turma, julgado em 5/6/2014, DJe de 11/6/2014.)

Na mesma esteira, confirmam-se as seguintes decisões monocráticas: AREsp 1.678.361/GO, Rel. Min. Sérgio Kukina, DJe 10/12/2020; AREsp 63.488/GO, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, DJe 6/8/2014.

ANTE O EXPOSTO, nega-se provimento ao agravo interno.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no AREsp 1.784.588 / GO
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2020/0288900-1

Número de Origem:

5410993-74.2017.8.09.0051 541099374 54109937420178090051

Sessão Virtual de 23/05/2023 a 29/05/2023

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro SÉRGIO KUKINA

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE GOIÂNIA

PROCURADORES : CAMILA BRONDANI BASSAN - GO047826

CAMILA BRONDANI BASSAN - GO056696

AGRAVADO : SERGIO LACERDA SILVA

ADVOGADO : RAMSÉS MARTINS RIBEIRO - GO018138

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ISS/ IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MUNICÍPIO DE GOIÂNIA

PROCURADORES : CAMILA BRONDANI BASSAN - GO047826

CAMILA BRONDANI BASSAN - GO056696

AGRAVADO : SERGIO LACERDA SILVA

ADVOGADO : RAMSÉS MARTINS RIBEIRO - GO018138

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 23/05/2023 a 29/05/2023, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 30 de maio de 2023