



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
 FORO DE SÃO CARLOS
 VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 Rua D. Alexandrina, 215
 São Carlos - SP
 Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

SENTENÇA

Processo nº: **0021871-23.2012.8.26.0566**
 Classe - Assunto: **Procedimento Sumário - ISS/ Imposto sobre Serviços**

Juiz(a) de Direito: Dr(a). Daniel Felipe Scherer Borborema

CONCLUSÃO

Aos 08/11/2013 16:34:21 faço estes autos conclusos ao Meritíssimo Juiz de Direito Auxiliar de São Carlos. Eu, esc. subscrevi.

RELATÓRIO

Constramer Engenharia e Comercio Ltda propõe ação de conhecimento contra **Fazenda Municipal de São Carlos** pedindo a declaração de inexistência do crédito tributário que contra si foi lançado, de recolhimento de ISS por conta da incorporação imobiliária direta por si efetuada para a construção do condomínio Central Park. O crédito é objeto de execução fiscal nº 9205/2011, instruído com a CDA respectiva, 050361/2008. Sustenta que no caso da incorporação direta, não há a prestação de serviços e sim a construção, por conta e risco, do proprietário-incorporador, com a promessa de compra e venda aos adquirentes.

O réu foi citado e contestou (fls. 322/332), sustentando que mesmo no caso da incorporação imobiliária direta há a prestação de serviços, pois o incorporador também se obriga a construir o edifício, presente a figura da empreitada. Há o serviço da construção. Quando da celebração do contrato com o adquirente, ainda não foi construído o edifício e não existem as unidades autônomas. Há a venda de fração do imóvel-terreno e a contratação da obrigação de construir. A substância do contrato é essa. Irrelevantes as nomenclaturas utilizadas no instrumento contratual.

A autora apresentou réplica (fls. 339/347).

FUNDAMENTAÇÃO

Julgo o pedido na forma do art. 330, I do CPC, pois a matéria controvertida é exclusivamente de direito.

A ação é procedente. Está incontroverso (art. 334, III, CPC) e, de qualquer modo, foi demonstrado pela autora, que *in casu* houve a incorporação imobiliária direta: a autora, por sua conta e risco, efetuiu a incorporação e a construção em


TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
 FORO DE SÃO CARLOS
 VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua D. Alexandrina, 215
 São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

terreno próprio, com o fito de comercializar as unidades autônomas diretamente aos adquirentes.

A hipótese não se subsume ao Item 7.02 da Lista de Serviços da LC nº 116/2003, *in verbis*:

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).

É que, no caso, a execução da obra de construção civil não se deu por administração, empreitada ou subempreitada, como exige o item. A lista, conforme jurisprudência do STJ, é taxativa, pois incabível integração analógica (art. 108, § 1º, CTN; decorrência do princípio da legalidade tributária, art. 150, I, CF).

Assim, no caso da incorporação direta, em que a construção é feita pelo próprio incorporador, que promete vender aos adquirentes as unidades autônomas, não pode haver a incidência do ISSQN. Ademais, a construção no caso não é atividade-fim, e sim atividade-meio, que não pode ser tributada.

Trata-se de orientação pacífica no STJ, que decidiu: "(...) **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. (...) (REsp 1263039/RN, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 13/09/2011, DJe 19/09/2011)**

No mesmo sentido: REsp 1212888/RN, Rel. Ministro HERMAN



TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

COMARCA de São Carlos
 FORO DE SÃO CARLOS
 VARA DA FAZENDA PÚBLICA
 Rua D. Alexandrina, 215
 São Carlos - SP

Telefone: (16) 3307-4100 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

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.

DISPOSITIVO

Ante o exposto, **JULGO PROCEDENTE** a ação e: **ANULO** o lançamento fiscal de ISS corporificado na CDA nº 050361/2008; **DECLARO** inexistente o crédito tributário de ISS por conta do fato da construção do empreendimento Central Park, em discussão nos autos; **CONDENO** o réu em custas, despesas e honorários advocatícios, arbitrados estes, em conformidade com as regras e critérios do art. 20, §§ 3º e 4º do CPC, em R\$ 5.000,00.

P.R.I.

São Carlos, 03 de fevereiro de 2014.

DOCUMENTO ASSINADO DIGITALMENTE NOS TERMOS DA LEI 11.419/2006, CONFORME IMPRESSÃO À MARGEM DIREITA