


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos  
 FORO DE SÃO CARLOS  
 VARA DA FAZENDA PÚBLICA  
 Rua Sorbone, 375  
 São Carlos - SP  
 Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

**SENTENÇA**

Processo nº: **0012600-58.2010.8.26.0566**  
 Classe - Assunto: **Embargos À Execução Fiscal**

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

**RELATÓRIO**

**MARTINEZ INCORPORADORA E CONSTRUTORA LTDA** opõe embargos à execução fiscal que lhe move a **FAZENDA PUBLICA MUNICIPAL** aduzindo (a) prescrição; (b) 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 edifício Jose de Luca Sobrinho. 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.

Os embargos foram recebidos e a execução foi suspensa (fls. 44).

A embargada, em impugnação, refutou os argumentos (fls. 47/57).

Houve réplica (fls. 60/64).

**FUNDAMENTAÇÃO**

Julgo o pedido na forma do art. 17, parágrafo único da LEF, pois a prova documental é suficiente para a solução da controvérsia, e as demais formas de prova não seriam pertinentes ao caso.

Os embargos devem ser acolhidos. Foi demonstrado pela autora, que *in casu* houve a incorporação imobiliária direta: a autora, por sua conta e risco, efetuou a incorporação e a construção em 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


**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

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

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

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 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, AgRg no AREsp 602.251/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 10/03/2015.

**TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO**

COMARCA de São Carlos

FORO DE SÃO CARLOS

VARA DA FAZENDA PÚBLICA

Rua Sorbone, 375

São Carlos - SP

Telefone: (16) 3368-3260 - E-mail: saocarlosfaz@tjsp.jus.br

Os demais argumentos tecidos na inicial não precisam ser analisados.

**DISPOSITIVO**

Ante o exposto, **ACOLHO** os embargos e **EXTINGO** a execução fiscal, declarando a nulidade do lançamento tributário, e **CONDENANDO** a embargada em custas, despesas e honorários advocatícios, arbitrados estes, por equidade, em R\$ 2.000,00 (dois mil reais).

Oportunamente levante-se a penhora.

P.R.I.

São Carlos, 29 de janeiro de 2016.

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