

MEMORANDO INFORMATIVO
Janeiro - 2011

STJ Define: Não Há ISS Na Incorporação Imobiliária Por Venda Direta

A incidência do Imposto Sobre Serviços – ISS na atividade de incorporação imobiliária sempre foi controvertida nos tribunais brasileiros. Referimo-nos, mais especificamente, à chamada “incorporação por venda direta”, certamente a mais recorrente no mercado, cuja característica essencial está no fato de que a incorporadora ergue a obra em terreno próprio, seguindo projeto próprio.

Não há, na lista de serviços tributáveis pelo ISS (Lei Complementar nº 116/03), nenhum item contemplando a incorporação imobiliária. Entretanto, segundo o entendimento dos Municípios, a incorporação seria uma atividade híbrida entre uma compra e venda e um serviço de construção, sendo, por isso, enquadrável também no item referente a “execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil”.

Assim também vinha entendendo o Superior Tribunal de Justiça, ao menos até 2008.

Alguns tribunais estaduais adotavam, por outro lado, um entendimento intermediário, pelo qual a incorporação somente configuraria serviço de construção se houvesse “venda na planta”, comprovando que a obra foi financiada com recursos dos adquirentes.

O fato é que, em 2008, um célebre julgamento (REsp nº 1.012.552) começou a mudar a orientação do STJ, que passou a entender indevido o ISS pela incorporadora, aos seguintes fundamentos:

(a) a obrigação da incorporadora para com os adquirentes é a de entregar uma coisa certa, determinada e acabada – o imóvel – ao final de certo prazo, portanto a relação entre as partes é de compra e venda (obrigação “de dar”) e não de serviço (obrigação “de fazer”);

(b) eventual venda das unidades antes da conclusão da obra não converte esta relação de mera compra e venda em relação de serviços;

(c) se a incorporadora delega a construção a terceiro (empreiteiro), aí sim haverá relação serviço entre a incorporadora, como tomadora, o empreiteiro, como prestador. Neste caso, portanto, o contribuinte do ISS não será a incorporadora, mas o empreiteiro, e a base de cálculo será o valor pago por aquela a este (com as deduções legais admitidas);

(d) se a incorporadora, ao invés, assume concomitantemente a função de construtora, o serviço de construção será prestado por ela a si própria, o que tampouco configura hipótese de incidência do ISS.

Em setembro de 2010, esse novo – e, a nosso ver, corretíssimo – entendimento finalmente consolidou-se por ocasião do julgamento do EREsp nº 884.778 pela Primeira Seção do STJ, órgão que reúne as duas seções competentes para julgamento de matérias tributárias naquele tribunal.

Portanto, a jurisprudência atual e segura do STJ é pela não-incidência do ISS sobre as receitas das incorporadoras, nos casos de incorporação por venda direta.

Isso quer dizer que eventual cobrança desse imposto pelo Município do local da obra pode ser contestada no Judiciário com boas perspectivas de êxito.