

**AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 521.255 - SC (2014/0116199-8)**

**RELATOR** : **MINISTRO HUMBERTO MARTINS**  
**AGRAVANTE** : **MUNICÍPIO DE ITAPEMA**  
**ADVOGADOS** : **JOSMAR SOTTOMAIOR DE OLIVEIRA JÚNIOR**  
**ALVADI FERNANDO HENRIQUE E OUTRO(S)**  
**AGRAVADO** : **ANEL EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA**  
**ADVOGADO** : **CLÁUDIO ALBERTO DE CASTRO E OUTRO(S)**

**EMENTA**

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. **IMPOSTO SOBRE SERVIÇO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA. CONSTRUÇÃO FEITA PELO INCORPORADOR EM TERRENO PRÓPRIO. NÃO INCIDÊNCIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. AGRAVO IMPROVIDO.**

**DECISÃO**

Vistos.

Cuida-se de agravo apresentado pelo **MUNICÍPIO DE ITAPEMA** contra decisão que obstou a subida de recurso especial, interposto com fundamento no art. 105, III, "a", da Constituição Federal, contra acórdão do Tribunal de Justiça do Estado de Santa Catarina assim ementado (fls. 203/225, e-STJ):

*"TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. INCORPORAÇÃO E VENDA DE IMÓVEIS PRÓPRIOS ADQUIRIDOS POR MEIO DE PERMUTA. NÃO CARACTERIZAÇÃO DE SERVIÇO DE EMPREITADA. CONTRATAÇÃO DE MÃO-DE-OBRA DE TERCEIROS QUE NÃO DESQUALIFICA O FATO DE QUE O IMÓVEL É CONSTRUÍDO PELA PROPRIETÁRIA (CONSTRUTORA) E PARA REVENDA. EXAÇÃO INDEVIDA. PEDIDO DE REPETIÇÃO. RESTITUIÇÃO DEVIDA. VENCIDO O RELATOR NO PONTO. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. VERBA FIXADA DE ACORDO COM OS PRIMADOS DA RAZOABILIDADE E DA PROPORCIONALIDADE. SENTENÇA DE PROCEDÊNCIA MANTIDA. RECURSO DO RÉU E REMESSA DESPROVIDOS, VENCIDO EM PARTE O RELATOR."*

Rejeitados os embargos de declaração opostos (fls. 237/240, e-STJ).

# Superior Tribunal de Justiça

No recurso especial, o agravante alega violação dos arts. 1º e 7º da LC 116/2003, Item 7.02 da Lista de Serviços anexa a LC n. 116/2003; 28 e 29 da Lei n. 4591/64; 20, §§ 3º e 4º, do CPC; e 114 e 166 do CTN.

Foram oferecidas contrarrazões ao recurso especial (fls. 262/274, e-STJ).

Sobreveio o juízo de admissibilidade negativo na instância de origem (fls. 280/282, e-STJ), o que ensejou a interposição do presente agravo.

Não foi apresentada contraminuta do agravo (fl. 297, e-STJ).

O recurso não merece prosperar.

## DA SÚMULA 83/STJ

A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento no sentido de que não incide ISSQN na hipótese em que a construção é feita pelo próprio incorporador, uma vez que a atuação do incorporador é como construtor, conforme precedentes que cito:

**"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. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, julgado em 22.6.2010, DJe 1º.7.2010.)

**"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO**

# *Superior Tribunal de Justiça*

*ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ISSQN. INCORPORAÇÃO. UNIDADES IMOBILIÁRIAS CONSTRUÍDAS EM TERRENO PRÓPRIO E POR CONTA PRÓPRIA. CORTE DE ORIGEM QUE ENTENDE HAVER INCORPORAÇÃO DIRETA, NÃO OBSTANTE A VENDA ANTECIPADA DAS UNIDADES IMOBILIÁRIAS. CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO QUE DENOTA AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIRO. SÚMULA N. 7 DO STJ.*

*1. Hipótese na qual se discute a exigibilidade do ISSQN sobre a incorporação de unidades imobiliárias construídas em terreno da própria incorporadora, por sua conta e risco.*

*2. A Corte de origem, após análise do conjunto fático-probatório, consignou que a sociedade empresária Talento Construções e Serviços Ltda. construiu, por conta própria e em terreno próprio, unidades imobiliárias para venda, eventual, a terceiro.*

*3. No STJ, há dois posicionamentos sobre a exigibilidade do ISSQN na atividade de incorporação: um é no sentido de que 'não há prestação de serviços a terceiros quando o incorporador, por conta própria, constrói em terrenos de sua propriedade' (REsp 1012552/RS, Rel. Ministro José Delgado, Primeira Turma, julgado em 3/6/2008, DJe 23/6/2008); o outro, no sentido de que 'na incorporação existem dois contratos: o de compra e venda e o de empreitada, não havendo dúvida de que o construtor também é um empreiteiro, enquadrando-se sua atividade no item 32 da Lista de Serviços anexa ao Decreto-lei 406/68, sendo devido o ISS' (REsp 766.278/PR, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em 4/9/2007, DJ 26/9/2007).*

*4. Não há divergência, contudo. O caso concreto é o que determinará a aplicação de um ou outro.*

*5. É que o fato de as unidades imobiliárias serem construídas em terreno da própria incorporadora, por conta e risco próprios, não afasta, automaticamente, o entendimento de que não há prestação de serviços a terceiros, caracterizador do contrato de empreitada, pois a ausência de prestação de serviços será constatada caso a caso, conforme as provas produzidas nas instâncias ordinárias. Precedente: REsp 619.122/MS, Rel. Ministra Denise Arruda, Primeira Turma, julgado em 4/5/2006, DJ 25/5/2006 p. 157.*

*6. Na hipótese dos autos, a Corte de origem apreciou o conjunto fático-probatório dos autos e chegou à conclusão de que não houve a prestação de serviços a terceiro.*

*7. Ante o óbice da Súmula n. 7 do STJ, não há espaço para se rever o entendimento manifestado pelo Tribunal de Justiça do Rio*

# *Superior Tribunal de Justiça*

*Grande do Norte, em sede de recurso especial, pois seria necessário o reexame de todo o conjunto fático-probatório, e não só a sua valoração.*

*8. Recurso especial não conhecido."*

*(REsp 1.170.194/RN, Primeira Turma, Min. Benedito Gonçalves, DJe 11.5.2010.)*

*"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO. INCORPORAÇÃO IMOBILIÁRIA DIRETA. CONSTRUÇÃO FEITA PELO INCORPORADOR EM TERRENO PRÓPRIO, POR SUA CONTA E RISCO. NÃO INCIDÊNCIA. AUSÊNCIA DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO A TERCEIRO.*

*1. A incorporação imobiliária é um negócio jurídico que, nos termos previstos no parágrafo único do art. 28 da Lei 4.591/64, tem por finalidade promover e realizar a construção, para alienação total ou parcial, de edificações compostas de unidades autônomas.*

*2. Consoante disciplina o art. 48 da Lei 4.591/64, a incorporação poderá adotar um dos seguintes regimes de construção: (a) por empreitada, a preço fixo, ou reajustável por índices previamente determinados (Lei 4.591/64, art. 55); (b) por administração ou 'a preço de custo' (Lei 4.591/64, art. 58); ou (c) diretamente, por contratação direta entre os adquirentes e o construtor (Lei 4.591/64, art. 41).*

*3. Nos dois primeiros regimes, a construção é contratada pelo incorporador ou pelo condomínio de adquirentes, mediante a celebração de um contrato de prestação de serviços, em que aqueles figuram como tomadores, sendo o construtor um típico prestador de serviços. Nessas hipóteses, em razão de o serviço prestado estar perfeitamente caracterizado no contrato, o exercício da atividade enquadra-se no item 32 da Lista de Serviços, configurando situação passível de incidência do ISSQN.*

*4. Na incorporação direta, por sua vez, o incorporador constrói em terreno próprio, por sua conta e risco, realizando a venda das unidades autônomas por 'preço global', compreensivo da cota de terreno e construção. Ele assume o risco da construção, obrigando-se a entregá-la pronta e averbada no Registro de Imóveis. Já o adquirente tem em vista a aquisição da propriedade de unidade imobiliária, devidamente individualizada, e, para isso, paga o preço acordado em parcelas.*

*5. Como a sua finalidade é a venda de unidades imobiliárias futuras, concluídas, conforme previamente acertado no contrato de promessa de compra e venda, a construção é simples meio para atingir-se o objetivo final da incorporação direta; o incorporador*

# Superior Tribunal de Justiça

*não presta serviço de 'construção civil' ao adquirente, mas para si próprio.*

*6. Logo, não cabe a incidência de ISSQN na incorporação direta, já que o alvo desse imposto é atividade humana prestada em favor de terceiros como fim ou objeto; tributa-se o serviço-fim, nunca o serviço-meio, realizado para alcançar determinada finalidade. As etapas intermediárias são realizadas em benefício do próprio prestador, para que atinja o objetivo final, não podendo, assim, serem tidas como fatos geradores da exação.*

*7. Recurso especial não provido."*

(REsp 1.166.039/RN, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em 1.6.2010, DJe 11.6.2010.)

## DOS HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS

A Primeira Seção do STJ, por ocasião do julgamento do REsp 1.155.125/MG (em 10.3.2010, DJe 6.4.2010), relatoria do Ministro Castro Meira, submetido ao regime dos recursos repetitivos, reafirmou a orientação no sentido de que, *"vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade"*.

Magistral o ensinamento do ilustre Min. Herman Benjamin ao afirmar que, se *"é fato que, vencida a Fazenda Pública, o arbitramento dos honorários não está adstrito aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade, é igualmente verdade que não há norma que impeça a utilização, a priori, de percentual para a fixação de honorários, ainda que coincidente com os patamares do art. 20, §3º, do CPC"* (AgRg no Ag 1.424.980/MT).

Com efeito, a fixação da verba honorária de sucumbência cabe às instâncias ordinárias, uma vez que resulta da apreciação equitativa e avaliação subjetiva do julgador em face das circunstâncias fáticas presentes nos autos, razão pela qual insuscetível de revisão em sede de recurso especial, a teor da Súmula 7 do Superior Tribunal de Justiça.

Nesse sentido, os seguintes precedentes:

**"ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. CONDENAÇÃO DA UNIÃO. ART. 20, §§3º E 4º DO CPC. FIXAÇÃO EM PERCENTUAL. ADMISSIBILIDADE. EXORBITÂNCIA NÃO CARACTERIZADA. SÚMULAS 284/STF E**

# Superior Tribunal de Justiça

7/STJ.

1. Em Recurso Especial, a agravante insurgiu-se contra a fixação de honorários em 10%, alegando desvinculação dos critérios determinados pelo art. 20, §3º, do CPC.

2. Se é fato que, vencida a Fazenda Pública, o arbitramento dos honorários não está adstrito aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade, é igualmente verdade que não há norma que impeça a utilização, a priori, de percentual para a fixação de honorários, ainda que coincidente com os patamares do art. 20, §3º, do CPC.

3. Alterar o percentual demanda a demonstração de que os honorários foram exorbitantes. Nesse ponto, a despeito das considerações em Agravo Regimental, o Recurso Especial foi singelo, ao afirmar que o valor é "de todo despropositado e desproporcional". Não trouxe nas alegações o valor da causa, o valor da condenação ou a exposição sobre a complexidade dos debates. O Tribunal de origem também não abordou tais tópicos. Incidência das Súmulas 284/STF e 7/STJ.

4. Agravo Regimental não provido."

(AgRg no Ag 1.424.980/MT, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 14.2.2012, DJe 6.3.2012.)

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. EXECUÇÃO DE SENTENÇA. CONTRIBUIÇÃO PREVIDENCIÁRIA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. ARBITRAMENTO POR EQUIDADE. FAZENDA PÚBLICA SUCUMBENTE. REVISÃO. SÚMULA 7 DO STJ. INCIDÊNCIA. PRECEDENTES.

1. Na hipótese em foco, o TJRS, em sede de execução de sentença, majorou a verba honorária devida pelo IPERGS para o percentual de 20% sobre o valor executado, levando-se em conta a análise dos critérios estipulados no artigo 20, §§ 3º e 4º, do CPC.

2. A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que: "Vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade. (Recurso Especial 1.155.125/MG, Rel. Min. Castro Meira, DJ de 6/4/2010, julgado sob o rito do art. 543-C, do CPC).

3. A revisão da verba honorária fixada pela origem, com base

# *Superior Tribunal de Justiça*

*no critério de equidade, encontra óbice na Súmula 7 do STJ. (REsp 1.186.053/SP, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 12/5/2010).*

*4. Agravo regimental não provido."*

*(AgRg no AREsp 93.656/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 15.3.2012, DJe 21.3.2012.)*

**"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS FIXADOS EM R\$ 2.000,00. IMPOSSIBILIDADE DE MAJORAÇÃO NA HIPÓTESE. INCIDÊNCIA DA SÚMULA N. 7/STJ. APRECIÇÃO EQÜITATIVA DO MAGISTRADO. ART. 20, § 4º, DO CPC.**

*1. O valor da verba honorária fixado em R\$ 2.000,00 (dois mil reais) não é daqueles irrisórios que permitem sua majoração por esta Corte. Incidência da Súmula n. 7/STJ.*

*2. A Primeira Seção desta Corte, quando do julgamento do REsp n. 1.155.125/MG, de relatoria do Ministro Castro Meira, na sistemática do art. 543-C, do CPC, reafirmou orientação no sentido de que, vencida a Fazenda Pública, a fixação dos honorários não está adstrita aos limites percentuais de 10% e 20%, podendo ser adotado como base de cálculo o valor dado à causa ou à condenação, nos termos do art. 20, § 4º, do CPC, ou mesmo um valor fixo, segundo o critério de equidade.*

*3. Tendo em vista que o presente agravo regimental não se insurgiu contra a questão pacificada no citado recurso representativo da controvérsia, antes, apenas pretendeu afastar a incidência Súmula n. 7/STJ, deixou de aplicar a multa prevista no § 2º do art. 557, do CPC.*

*4. Agravo regimental não provido."*

*(AgRg no Ag 1.297.055/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 10.8.2010, DJe 10.9.2010.)*

**"AGRAVO REGIMENTAL NOS EMBARGOS DE DIVERGÊNCIA. RECURSO ESPECIAL. CONDENAÇÃO DA FAZENDA PÚBLICA. HONORÁRIOS ADVOCATÍCIOS. INTELIGÊNCIA DO ART. 20, § 4.º, DO CPC. CRITÉRIO DE EQUIDADE. BASE DE CÁLCULO. NÃO-INCIDÊNCIA DA LIMITAÇÃO MÍNIMA E MÁXIMA DO § 3.º DO MESMO ARTIGO. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL DEMONSTRADO. PRECEDENTES DA CORTE ESPECIAL. EMBARGOS ACOLHIDOS. DECISÃO MANTIDA PELOS SEUS PRÓPRIOS FUNDAMENTOS.**

*1. Vencida a Fazenda Pública, incide o § 4.º do art. 20 do Código de Processo Civil, devendo os honorários advocatícios serem fixados segundo o critério de equidade, aferido pelas*

# Superior Tribunal de Justiça

*circunstâncias previstas nas alíneas a, b e c do § 3.º, do mesmo artigo.*

*2. Assim, não se aplica os limites máximo e mínimo previstos no § 3.º do art. 20 do Código de Processo Civil, tampouco há obrigatoriedade de que a imposição da verba honorária incida sobre o valor da condenação. Com efeito, pode-se adotar como base de cálculo ou o valor da condenação ou o valor da causa, ou ainda pode-se arbitrar valor fixo.*

*3. Precedentes da Corte Especial: EREsp n. 491.055/SC, Rel. Ministro CARLOS ALBERTO MENEZES DE DIREITO, DJ de 06/12/2004; EREsp 624356/RS, Rel. Ministro NILSON NAVES, DJe de 08/10/2009 ."*

*(AgRg nos EREsp 858.035/SP, Rel. Ministra Laurita Vaz, Corte Especial, julgado em 29.6.2010, DJe 16.8.2010.)*

Do que foi exposto, vê-se que a decisão agravada formou-se no mesmo sentido da jurisprudência que é esposada nesta Corte Superior de Justiça. Desse modo, aplica-se à espécie a Súmula 83/STJ:

*"Não se conhece do recurso especial pela divergência, quando a orientação do Tribunal se firmou no mesmo sentido da decisão recorrida" (Corte Especial, julgado em 18.6.1993, DJ 2.7.1993, p. 13.283).*

Ressalte-se que o teor do referido enunciado aplica-se, inclusive, aos recursos especiais interpostos com fundamento na alínea "a" do permissivo constitucional.

Nesse mesmo sentido, os seguintes julgados: AgRg no Ag 1.168.707/AM, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJe 2.2.2010; AgRg no Ag 1.197.348/RJ, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe 25.11.2009; AgRg no Ag 723.265/MS, Rel. Min. Paulo Furtado (Desembargador convocado do TJ/BA), Terceira Turma, DJe 23.10.2009; AgRg no REsp 999.224/SP, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, DJe 31.8.2009; e AgRg no Ag 958.448/MG, Rel. Ministra Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJ 10.3.2008.

Ante o exposto, com fundamento no art. 544, § 4º, inciso II, alínea "a", do CPC, conheço do agravo para negar-lhe provimento.

# *Superior Tribunal de Justiça*

Publique-se. Intimem-se.

Brasília (DF), 30 de maio de 2014.

MINISTRO HUMBERTO MARTINS  
Relator

