

EMBARGOS DE TERCEIRO

PROMESSA DE COMPRA E VENDA

Recurso
Tribunal

REsp 10.054-0-
STJ

REQUISITOS PARA SUA CONFIGURAÇÃO

RESUMO

- Trata-se de embargos de divergência em que C. Construtora M. A. Ltda se opõe a acórdão da colenda Primeira Turma, de relatoria do eminente Ministro Humberto Gomes de Barros, que denegou a segurança requerida em desfavor do Município do Rio de Janeiro, reconhecendo, com isso, a legitimidade da incidência do Imposto Sobre Serviços em incorporação imobiliária realizada pela ora recorrente em imóvel próprio. - A razão está com a Subprocuradoria Geral da República quando aponta obstáculo ao conhecimento dos embargos. - Com efeito, no caso dos autos, a empresa construtora edificou o prédio de apartamentos sobre terreno a ela pertencente, porém firmado com adquirentes, durante a obra, contratos de promessa de compra e venda relativos às unidades habitacionais. Inobstante a ausência dos instrumentos contratuais respectivos dos apartamentos, o fato é incontroverso, eis que reconhecido na própria argumentação da impetrante em suas peças de defesa, onde limita-se a afirmar que não houve sua contratação "... pelos promitentes-compradores, como construtora pelo regime de empreitada ou por administração" (fl. ...). - Daí porque o aresto embargado, na fundamentação do voto condutor, destacou tal situação fático-jurídica ao afirmar (fls. ...): "Pode-se, em apertada súmula, conceituar incorporação como o fenômeno pelo qual alguém aliena frações ideais de imóvel em construção ou a ser construído, de modo a se constituir sobre o futuro edifício um complexo de relações a que se denomina 'propriedade horizontal'. No que interessa à controvérsia que ora se examina, importa observar que ao praticar incorporação, o construtor, antes dono do imóvel, passa a edificar no interesse de outras pessoas que serão condôminos, no terreno e nas partes comuns e proprietários exclusivos das unidades (salas, apartamentos, etc.) que comporão o prédio. Na incorporação, fundem-se dois contratos: o de compra e venda e o de empreitada, pelo qual o construtor - incorporador se obriga, perante o adquirente da fração ideal, a construir o edifício de que ele será um dos proprietários. Não há dúvida de que o construtor - incorporador é, também, um empreiteiro. Se assim é, sua atividade constitui 'execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil'. Corresponde, pois, ao tipo fiscal descrito no item nº 32 da tabela anexa ao Decreto-Lei nº 406/68." - Já no aresto paradigma, prolatado pela egrégia Segunda Turma, Relator o Exmo. Ministro Américo Luz (REsp nº 10.054-0-RJ, DJU de 06.06.94), os fatos são distintos, a saber (fl. ...): "Controverte-se sobre a incidência de ISS sobre a construção civil executada pela própria empresa nos imóveis de sua propriedade, para revenda posterior". - Ora, se a tributação reconhecida pelo acórdão embargado baseou-se fundamentalmente na circunstância de ter ocorrido promessa de compra e venda a terceiros das unidades autônomas do empreendimento imobiliário, que caracterizaria prestação de serviço pela empresa construtora aos adquirentes, é evidente que se torna imprestável à identificação da divergência acórdão que apreciou tese diversa, onde o imóvel permaneceu com a empresa até o final da obra, sendo as frações ideais e apartamentos correspondentes alienados quando já prontos. - Ante o exposto, não satisfeitos os requisitos do art. 266, § 1º, c.c. o art. 255, § 2º, do Regimento Interno, não conheço dos embargos. - É como voto. Ac. de 23-09-1998 (Registro nº 95.0028697-1) STJ - 10 ANOS A SERVIÇO DA JUSTIÇA - vol. 2 pág. 160 EMENTÁRIO FORENSE. Abril, 2000. Ano LII. Nº 617 EMENTA: - O prequestionamento é requisito que se afere caso a caso, conforme o teor de cada decisão impugnada. RESUMO DO ACÓRDÃO: - A circunstância de que em diversos casos congêneres tenha se reconhecido o prequestionamento enquanto que noutros não, é insuficiente para abrir caminho aos embargos de divergência. O prequestionamento é requisito que se

afere caso a caso, conforme o exato teor de cada decisão impugnada. - É perfeitamente possível - e chega a ocorrer com frequência - que conflitos de interesse semelhantes sejam examinados sob enfoques distintos, de tal sorte que questão federal apreciada em um dos processos não se reproduza, com todos os seus elementos, em outro. Do fato de ter havido prequestionamento em certo caso não se deduz que em todos os feitos análogos o pressuposto de admissibilidade do apelo extremo esteja

EMENTA

A divergência somente se configura quando os órgãos do Tribunal dão a situações fáticas rigorosamente idênticas, interpretação jurídica diversa. - Tal não acontece quando o acórdão embargado entendeu legítima a incidência do ISS sobre a incorporação imobiliária em caso de venda das frações ideais com a obrigação de a empresa alienante edificar o prédio com suas unidades residenciais autônomas, enquanto o aresto paradigma examinou questão de fato distinta, em que a construtora edificou em imóvel próprio, somente procedendo à venda a terceiros ao final, após a conclusão da obra.