

**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1620140 - RJ
(2019/0340742-4)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADORE : NIDIA CALDAS FARIAS LOPES - RJ115816
S

FERNANDA SILVA DE PAULA E OUTRO(S) -
RJ167001

AGRAVADO : LAFARGE BRASIL S/A
ADVOGADOS : JUANA NOVAIS MACHADO - MG102333
JOSÉ HENRIQUE MIRANDA NOVAES - MG137130

EMENTA

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL ISSQN. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS MATERIAIS EMPREGADOS PELO PRESTADOR DE SERVIÇO. LEGALIDADE. JURISPRUDÊNCIA SÓLIDA DO STJ. JULGAMENTO DO RE 603.497/MG PELO PLENO DO STF.

1. Apesar do que foi assentado na decisão monocrática da Presidência, o agravante lavrou tópico específico no Agravo em Recurso Especial (fls. 390-394, e-STJ) contra o único óbice imposto na inadmissibilidade, qual seja, a Súmula 83/STJ, razão pela qual o Agravo Interno procede.

2. Nas razões do Recurso Especial, a parte sustenta haver violação do art. 9º, § 2º, "a" e "b", do Decreto-Lei 406/1968, sob a tese, em síntese, de que, *verbis*, o "serviço de construção civil, encontra-se previsto expressamente na lista de serviços, no item 32, razão pela qual deve incidir somente o ISS sobre o total da operação" (fl. 297, e-STJ).

3. Assim, a tese recursal sublinha que "os materiais adquiridos de terceiros (objeto da presente ação) ou produzidos pela autora dentro do local da prestação de serviços não podem ser deduzidos [da base de cálculo do ISSQN]" (fl. 298, e-STJ).

4. "O ISS incide sobre o preço total do serviço de construção civil. Os insumos adquiridos de terceiros pelo construtor e utilizados na obra compõem a base de cálculo do tributo municipal" (AgRg nos EDcl no REsp 973.432/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 19/3/2009).

4. O STF, ao avaliar o RE 603.497, com repercussão geral, asseverou ser possível deduzir, da base de cálculo do ISSQN, o valor referente aos materiais empregados na construção civil.

5. Recentemente o Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou o referido RE, em que assentou que o art. 9º, § 2º, "a", do DL 406/1968 foi recepcionado pela atual ordem constitucional. Também concluiu que a

exegese do STJ sobre o aludido artigo legal, *verbis*, "é restritiva, mas não se mostra ofensiva à Constituição da República" (RE 603.497/MG, AgR-segundo, Relatora Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, publicado em 13-08-2020).

6. Agravo Interno provido para conhecer do AREsp e negar provimento ao Recurso Especial.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator. Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 21 de setembro de 2020 (Data do Julgamento)

Ministro Herman Benjamin
Relator

**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.620.140 - RJ
(2019/0340742-4)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADORE : NIDIA CALDAS FARIAS LOPES - RJ115816
S
FERNANDA SILVA DE PAULA E OUTRO(S) - RJ167001
AGRAVADO : LAFARGE BRASIL S/A
ADVOGADOS : JUANA NOVAIS MACHADO - MG102333
JOSÉ HENRIQUE MIRANDA NOVAES - MG137130

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator):

Trata-se de Agravo Interno interposto contra decisão da Presidência do STJ que não conhecer do Agravo em Recurso Especial interposto pelo ora agravante (fls. 412-413, e-STJ).

A parte insurgente requer a reforma da decisão anterior (fls. 416-423, e-STJ).

É o relatório.

**AgInt no AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL Nº 1.620.140 - RJ
(2019/0340742-4)**

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO
PROCURADORE : NIDIA CALDAS FARIAS LOPES - RJ115816
S
FERNANDA SILVA DE PAULA E OUTRO(S) - RJ167001
AGRAVADO : LAFARGE BRASIL S/A
ADVOGADOS : JUANA NOVAIS MACHADO - MG102333
JOSÉ HENRIQUE MIRANDA NOVAES - MG137130

EMENTA

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. AGRAVO INTERNO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL ISSQN. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS MATERIAIS EMPREGADOS PELO PRESTADOR DE SERVIÇO. LEGALIDADE. JURISPRUDÊNCIA SÓLIDA DO STJ. JULGAMENTO DO RE 603.497/MG PELO PLENO DO STF.

1. Apesar do que foi assentado na decisão monocrática da Presidência, o agravante lavrou tópico específico no Agravo em Recurso Especial (fls. 390-394, e-STJ) contra o único óbice imposto na inadmissibilidade, qual seja, a Súmula 83/STJ, razão pela qual o Agravo Interno procede.
2. Nas razões do Recurso Especial, a parte sustenta haver violação do art. 9º, § 2º, "a" e "b", do Decreto-Lei 406/1968, sob a tese, em síntese, de que, *verbis*, o "serviço de construção civil, encontra-se previsto expressamente na lista de serviços, no item 32, razão pela qual deve incidir somente o ISS sobre o total da operação" (fl. 297, e-STJ).
3. Assim, a tese recursal sublinha que "os materiais adquiridos de terceiros (objeto da presente ação) ou produzidos pela autora dentro do local da prestação de serviços não podem ser deduzidos [da base de cálculo do ISSQN]" (fl. 298, e-STJ).
4. "O ISS incide sobre o preço total do serviço de construção civil. Os insumos adquiridos de terceiros pelo construtor e utilizados na obra compõem a base de cálculo do tributo municipal" (AgRg nos EDcl no REsp 973.432/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 19/3/2009).
4. O STF, ao avaliar o RE 603.497, com repercussão geral, asseverou ser possível deduzir, da base de cálculo do ISSQN, o valor referente aos materiais empregados na construção civil.
5. Recentemente o Pleno do Supremo Tribunal Federal julgou o referido RE, em que assentou que o art. 9º, § 2º, "a", do DL 406/1968 foi recepcionado pela atual ordem constitucional. Também concluiu que a exegese do STJ sobre o aludido artigo legal, *verbis*, "é restritiva, mas não se mostra ofensiva à Constituição da República" (RE 603.497/MG, AgR-segundo, Relatora Min. Rosa Weber, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, publicado em 13-08-2020).
6. Agravo Interno provido para conhecer do AREsp e negar provimento ao Recurso Especial.

Superior Tribunal de Justiça

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos ingressaram no Gabinete em 20.8.2020.

O Agravo Interno prospera.

Apesar do que ficou assentado na decisão monocrática da Presidência, o agravante lavrou tópico específico no Agravo em Recurso Especial (fls. 390-394, e-STJ) contra o único óbice imposto na inadmissibilidade, qual seja, a Súmula 83/STJ, razão pela qual o Agravo Interno procede.

Nas razões do Recurso Especial, a parte sustenta haver violação dos arts. 9º, § 2º, "a" e "b", do Decreto-Lei 406/1968, sob a tese, em síntese, de que, *verbis*, o "serviço de construção civil, encontra-se previsto expressamente na lista de serviços, no item 32, razão pela qual deve incidir somente o ISS sobre o total da operação" (fl. 297, e-STJ).

Assim, a tese recursal sublinha que "os materiais adquiridos de terceiros (objeto da presente ação) ou produzidos pela autora dentro do local da prestação de serviços não podem ser deduzidos [da base de cálculo do ISSQN]" (fl. 298, e-STJ).

A irresignação, todavia, não merece provimento.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o RE 603.497, em repercussão geral, asseverou ser possível deduzir, da base de cálculo do ISSQN, o valor referente aos materiais empregados na construção civil.

Confira-se, para tanto, a ementa do julgado:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS. DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS GASTOS COM MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, b, DO DECRETO-LEI 406/1968 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL (STF, RE 603.497/MG, Relatora Min. ELLEN GRACIE, DJe 07/05/2010).

Diante disso, o STJ passou a ostentar firme jurisprudência no sentido

de que os materiais utilizados na construção civil, pelo prestador do serviço – não importa se foram produzidos por ele ou adquiridos de outrem, importa que tenham sido "empregados" na obra –, são plenamente dedutíveis da base de cálculo do ISSQN.

Observem-se os precedentes, com grifos acrescidos:

TRIBUTÁRIO. ISS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS VALORES GASTOS COM MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA RECONHECIDA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. PRECEDENTES.

1. **'Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, a jurisprudência do Tribunal passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços, incluído o serviço de concretagem.** Agravo regimental desprovido' (AgRg no AREsp 409.812/ES, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/04/2014).
2. Precedentes: AgRg no REsp 1.370.927/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/09/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.189.255/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 05/11/2013; AgRg no REsp 1.360.375/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/09/2013.
3. Agravo regimental a que se nega provimento" (STJ, AgRg no AREsp 520.626/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/08/2014)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAIS DEDUZIDOS DA BASE DE CÁLCULO DO ISS. MATÉRIA RECONHECIDA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. **Após oscilações no entendimento, alinhada à orientação firmada pelo STF no recurso extraordinário n. 603.497/MG, a jurisprudência do STJ reconhece a legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços (ISS).** Precedente mais recente: AgRg no AREsp 409.812/ES, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 11/04/2014.
2. Agravo regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.217.401/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, DJe de 26/05/2014)

TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. CONCRETAGEM. MATERIAL EMPREGADO. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO.

POSSIBILIDADE. RE 603.497/MG, REL. MIN. ELLEN GRACIE (DJE 16.09.2010).

1. O STF, em Recurso Extraordinário em que reconhecida a repercussão geral (RE 603.497/MG, Rel. Min. Ellen Gracie), firmou entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS do material empregado na construção civil.

2. 'Alinhada à orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte reconhece a legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços (ISS)' (AgRg no EAREsp 113.482/SC, Primeira Seção, Rel. Min. Diva Malerbi, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, DJe 12.3.13).

3. Agravo Regimental não provido" (STJ, AgRg no REsp 1.360.375/ES, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJe de 13/09/2013)

AGRAVO REGIMENTAL. TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO DE REPETIÇÃO. ISSQN. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA. DEDUÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO PROVIDO.

1. As empresas do ramo da construção civil são contribuintes do ISS, não sendo admitido subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente às sub-empregadas e aos materiais utilizados pela construtora.

(Precedentes: REsp 974.265/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 26/08/2009; REsp 976.605/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 02/04/2009; AgRg no REsp 1002693/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, DJ 07/04/2008; AgRg no Ag 830.095/MG, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, DJ 24/10/2007; REsp 622.385/MG, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, DJ 28/06/2006; REsp 577.356/MG, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, DJ 31/05/2004).

2. *In casu*, o Tribunal de origem consignou que: É bem verdade que o item 7.02 da Lei Complementar nº 116/03 contém a exceção: (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação de serviços, que fica sujeito ao ICMS). Todavia, tal exceção exclui a incidência do imposto municipal desde que a hipótese seja de fornecimento de concreto sólido, sob a forma de lajotas, vigas, postes ou outros pré-moldados, do que não se tem notícia nos autos. Portanto, tratando-se de prestação de serviços previstos no item 7.02, da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar Federal nº 116/03, a base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) será, conforme o disposto no art. 7º, da Lei Complementar em comento, tão-somente o preço do serviço, excluídos, portanto, os materiais fornecidos, sejam eles de produção própria (sujeitos ao ICMS) ou adquiridos de terceiros, sob pena de haver dupla tributação o que é constitucionalmente vedado (fls. 275 e ss.)

3. Agravo Regimental desprovido. (AgRg no REsp 1189255/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2010, DJe 18/08/2010)

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONSTRUÇÃO CIVIL. ISS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO TOTAL DO SERVIÇO. ABATIMENTOS. INVIABILIDADE. CONCRETAGEM. SÚMULA 167/STJ.

1. **O ISS incide sobre o preço total do serviço de construção civil. Os insumos adquiridos de terceiros pelo construtor e utilizados na obra compõem a base de cálculo do tributo municipal.**

2. Entendimento sumulado no que se refere à concretagem (Súmula 167/STJ).

3. Sujeitam-se ao ICMS e são excluídas da base de cálculo do ISS somente as mercadorias produzidas fora do local da prestação do serviço e comercializadas pela contribuinte. Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 973.432/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 02/12/2008)

Ademais, convém salientar que o aludido Apelo Extremo foi recentemente julgado pelo colegiado do STF, com acórdão publicado em 13.8.2020.

Outrossim, friso que a relatora, Ministra Rosa Weber, lançou mão de excerto de voto por mim relatado (AgRg nos EDcl no REsp 973.432/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, DJe 17/03/2009) para, ao final, concluir que a exegese do STJ sobre o art. 9, § 2º, "a", do Decreto-Lei 406/1968, *verbis*, "é restritiva, mas não se mostra ofensiva à Constituição da República".

A ementa do citado RE 603.497/MG ficou assim definida, com grifos acrescidos:

EMENTA: DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. MATERIAL EMPREGADO. DEDUÇÃO. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, "A", DO DL 406/1968. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO DESTOA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, reafirmada na decisão agravada, circunscreve-se a a asseverar recepcionado, pela Carta de 1988, o art. 9º, § 2º, "a", do DL 406/1968, sem, contudo, estabelecer interpretação sobre o seu alcance nem analisar sua subsistência frente à legislação que lhe sucedeu – em especial, a LC 116/2003 -, tarefas de competência do Superior Tribunal de Justiça.

2. **No caso, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, objeto do recurso extraordinário, não destoou da jurisprudência desta Suprema Corte, porque, sem contrariar a premissa de que o art. 9º, § 2º, "a", do DL 406/1968 foi recepcionado pela atual ordem constitucional, e considerada, ainda, a superveniência do art. 7º, § 2º, I, da LC 116/2003, restringiu-se a delimitar a interpretação dos referidos preceitos infraconstitucionais, para concluir pela ausência, na espécie, dos requisitos para a dedução, da base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de**

materiais utilizados no fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil.

3. Agravo interno conhecido e parcialmente provido, para, reafirmada a tese da recepção do art. 9º, § 2º, do DL 406/1968 pela Carta de 1988, assentar que sua aplicação ao caso concreto não enseja reforma do acórdão do STJ, uma vez que aquela Corte Superior, à luz do estatuído no art. 105, III, da Constituição da República, sem negar a premissa da recepção do referido dispositivo legal, limitou-se a fixar-lhe o respectivo alcance.

(RE 603497 AgR-segundo, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29/06/2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020)

Por fim, vê-se que rever os movimentos processuais dos autos, alterar-lhes ou acrescentar-lhes outros pontos contrariamente ao que ficou consignado pela Corte de piso requer revolvimento do conjunto fático-probatório, inadmissível ante o óbice da Súmula 7/STJ.

Diante do exposto, **dou provimento ao Agravo Interno para conhecer do AREsp e negar provimento ao Recurso Especial.**

Por derradeiro, convém advertir que ajuizar recurso protelatório ensejará reconhecimento de litigância de má-fé e aplicação das multas previstas no art. 81 e no art. 1.026, §§ 2º e 3º, do CPC/2015.

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

AgInt no AREsp 1.620.140 / RJ

PROCESSO ELETRÔNICO

Número Registro: 2019/0340742-4

Número de Origem:

03029586320098190001 0302958-63.2009.8.19.0001 3029586320098190001 20090013038092 20051200677132

Sessão Virtual de 15/09/2020 a 21/09/2020

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro HERMAN BENJAMIN

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADORES : NIDIA CALDAS FARIAS LOPES - RJ115816

FERNANDA SILVA DE PAULA E OUTRO(S) - RJ167001

AGRAVADO : LAFARGE BRASIL S/A

ADVOGADOS : JUANA NOVAIS MACHADO - MG102333

JOSÉ HENRIQUE MIRANDA NOVAES - MG137130

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - DÍVIDA ATIVA

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : MUNICIPIO DO RIO DE JANEIRO

PROCURADORES : NIDIA CALDAS FARIAS LOPES - RJ115816

FERNANDA SILVA DE PAULA E OUTRO(S) - RJ167001

AGRAVADO : LAFARGE BRASIL S/A

ADVOGADOS : JUANA NOVAIS MACHADO - MG102333

JOSÉ HENRIQUE MIRANDA NOVAES - MG137130

TERMO

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, decidiu dar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Francisco Falcão, Og Fernandes, Mauro Campbell Marques e Assusete Magalhães votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Herman Benjamin.

Brasília, 21 de setembro de 2020