



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.167.982 - ES (2009/0230989-2)

RELATOR : MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO
AGRAVANTE : A MADEIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADO : ARTÊNIO MERÇON E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE VIANA
PROCURADOR : KLEBER CORRADI E OUTRO(S)

EMENTA

AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. ISENÇÃO. PRECLUSÃO TEMPORAL. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO ONDE SE REALIZOU O SERVIÇO. RECURSO REPETITIVO.

1. Configurada a preclusão temporal quanto à existência de isenção de ISS sobre o serviço prestado, inviável sua discussão em sede de agravo regimental.
2. A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.117.121/SP, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, publicado no DJe de 29/10/2009, submetido ao regime dos recursos repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.672/2008), consolidou o entendimento de que, em se tratando de serviço de construção civil, prestado antes ou depois da Lei Complementar nº 116/2003, o ISS é devido ao município do local da obra.
3. Agravo regimental improvido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, por unanimidade, negar provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator. Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de maio de 2010 (data do julgamento).

Ministro Hamilton Carvalho, Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.167.982 - ES (2009/0230989-2)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Agravo regimental interposto por A Madeira Indústria e Comércio Ltda, contra decisão que conheceu parcialmente do recurso especial interposto pelo Município de Viana e, nesta parte, deu-lhe provimento, para determinar sua competência para a cobrança do ISS sobre serviço de terraplanagem.

Alega a agravante que:

"(...)

O argumento utilizado pelo Exmo Ministro Relator para provimento do especial se funda no fato de que o entendimento da Primeira Seção é no sentido de que o no caso de prestação de serviços de construção civil, o ISSQN é devido no local da obra, antes ou depois da LC 116/2003.

Contudo, conforme exhaustivamente narrado, devidamente comprovado nos autos e inclusive reconhecido pelo Tribunal a quo, a natureza dos serviços prestados discutidos no presente feito NÃO são de construção civil, mas sim de TERRAPLANAGEM.

Pela leitura inversa dos próprios fundamentos da decisão, NÃO sendo construção civil, mas sim TERRAPLANAGEM, o ISSQN é devido ao Município da sede do prestador e NÃO do local da obra, antes da LC 116/03.

(...)

Como dito, a Agravante foi autuada em razão de execução de SERVIÇOS DE TERRAPLANAGEM, que em nada se confundem com serviços de construção civil, sendo aplicável a ela a alínea 'a' do dispositivo, que fixa como local da prestação do serviço para fins de tributação, repete-se: p



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

estabelecimento do prestador ou na falta de estabelecimento, o domicílio dele, como dita, é a regra, sendo feita a leitura inversa do voto do Exmo Ministro Relator.

Nesses termos, competente para o recolhimento e exigência do tributo é o MUNICÍPIO DE IBIRAÇU, já que é o local da sede do estabelecimento da Recorrente, frisando-se que o serviço apenas foi PRESTADO no Município de Viana onde a Agravante NÃO possui estabelecimento.

(...)

A citada regra somente foi alterada com a edição do art. 3º da LC nº 116/2003, que passou a definir como sujeito ativo o município no qual o serviço é prestado.

Ocorre que, como é sabido, a lei tributária NÃO retroagem para prejudicar, (...)

Isto é, a legislação tributária aplicável é aquela vigente à época do fato gerador e na época da prestação do serviço, segundo a legislação (DL 406/68) e a jurisprudência, o Município de Ibiraçu era o sujeito ativo da obrigação tributária e não o Município de Viana.

(...)

Não bastasse isso, o mesmo DL 408/68, frisa-se, vigente à época da ocorrência do fato gerador, atribuía isenção legal às obras pública, como no caso dos autos, em que os serviços prestados foram de terraplanagem, contratado pelo Estado do Espírito Santo. Portanto, obra pública.

É o que se extrai da redação do art. 11, do DL 408/68:

(...)

Portanto, mostra-se evidenciado o equívoco da decisão recorrida e a necessidade de sua reforma para restabelecimento do acórdão de fls. 139/143, que determinou a competência do Município de Ibiraçu para cobrança do ISSQN.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)'' (fls. 267/271).

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.167.982 - ES (2009/0230989-2)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HAMILTON CARVALHIDO (Relator):

Senhor Presidente, o agravo regimental não comporta provimento.

De início, em sede de agravo regimental, não se conhece de alegações estranhas às razões do recurso especial, por vedada a inovação de fundamento.

In casu, trata-se de embargos à execução fiscal interpostos contra o Município de Viana, aduzindo que o serviço de terraplanagem realizado se encontrava sob o pálio da isenção tributária e, subsidiariamente, que o ente municipal seria incompetente para exigir o ISS.

O acórdão recorrido, em sede de embargos de declaração, reformou a sentença de total improcedência, no particular da questão da incompetência tributária ativa do Município de Viana, local da prestação do serviço de terraplanagem, ao fundamento de que:

"(...)

Pois bem. Compulsando a decisão hostilizada ante as ponderações realizadas pela embargante, verifico que realmente a mesma possui razão quanto ao ponto em que pondera, que, em relação ao caso descrito nos autos, não se aplica o entendimento atual acerca da matéria, mas, aquele vigente à época do fato.

Com efeito, estando a embargante enquadrada numa das hipóteses da então vigente alínea b do art. 12 do Decreto Lei 406/68, conforme entendimento vigente à época, o local para o recolhimento do ISSQN era o do Município onde a empresa prestadora do serviço possuía domicílio.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(...)

Assim, demonstrado que realmente houve omissão no tocante à apreciação da questão de que à época dos fatos, o entendimento firmado sobre a matéria era no sentido de que o ISSQN era devido ao Município onde a empresa ora embargante estava domiciliada, conheço dos presentes embargos para lhe dar provimento.

É como voto." (fls. 189/191).

Ao que se tem, o acórdão recorrido manteve a sentença quanto ao afastamento da isenção pretendida e, reformando-a, fixou a competência tributária do município em que a recorrida estava domiciliada para a cobrança de ISS sobre serviço de terraplanagem.

Houve interposição de recurso especial tão-somente pelo Município de Viana, que foi parcialmente conhecido e, nesta parte, provido para determinar sua competência para a cobrança do ISS sobre serviço de terraplanagem.

Ao que se tem, em não havendo interposição de recurso especial pela ora agravante para impugnar o indeferimento do pedido de isenção, impossível agora sua insurgência, eis que se operou a preclusão temporal.

Passo seguinte, a questão está em saber qual o município competente para exigir ISS sobre serviço de terraplanagem, se o do local da prestação do serviço ou se aquele em que a empresa possui domicílio.

A Primeira Seção do Superior Tribunal de Justiça, por ocasião do julgamento do Recurso Especial nº 1.117.121/SP, da relatoria da Ministra Eliana Calmon, publicado no DJe de 29/10/2009, submetido ao regime dos recursos repetitivos (artigo 543-C do Código de Processo Civil, incluído pela Lei nº 11.672/2008), consolidou o entendimento de que, em se tratando de serviço de construção civil, prestado antes ou depois da Lei Complementar nº 116/2003, o ISS é devido ao município do local da obra.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

O precedente restou assim ementado:

"TRIBUTÁRIO - ISS - PRESTAÇÃO DE SERVIÇO - CONSTRUÇÃO CIVIL - PROJETO, ASSESSORAMENTO NA LICITAÇÃO E GERENCIAMENTO DA OBRA CONTRATADA - COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO ONDE SE REALIZOU O SERVIÇO DE CONSTRUÇÃO - CONTRATO ÚNICO SEM DIVISÃO DOS SERVIÇOS PRESTADOS.

1. A competência para cobrança do ISS, sob a égide do DL 406/68 era o do local da prestação do serviço (art. 12), o que foi alterado pela LC 116/2003, quando passou a competência para o local da sede do prestador do serviço (art. 3º).

2. Em se tratando de construção civil, diferentemente, antes ou depois da lei complementar, o imposto é devido no local da construção (art.12, letra 'b' do DL 406/68 e art.3º, da LC 116/2003).

3. Mesmo estabeleça o contrato diversas etapas da obra de construção, muitas das quais realizadas fora da obra e em município diverso, onde esteja a sede da prestadora, considera-se a obra como uma universalidade, sem divisão das etapas de execução para efeito de recolhimento do ISS.

4. Discussão de honorários advocatícios prejudicada em razão da inversão dos ônus da sucumbência.

5. Recurso Especial conhecido e provido.

6. Recurso especial decidido sob o rito do art. 543-C do CPC. Adoção das providências previstas no § 7º do art. 543-C do CPC e nos arts. 5º, II e 6º da Resolução STJ nº 8/2008." (REsp 1117121/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 14/10/2009, DJe 29/10/2009 - nossos os grifos).

No mesmo sentido:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. VIOLAÇÃO DOS ARTS. 12, A, DO DECRETO-LEI 406/68, E 535, II, DO CPC. NÃO-OCORRÊNCIA.

1. Não viola o art. 535 do CPC, tampouco nega a prestação jurisdicional, o acórdão que, mesmo sem ter examinado individualmente cada um dos argumentos trazidos pelo vencido, adotou, entretanto, fundamentação suficiente para decidir de modo integral a controvérsia.

2. A pretensão recursal – com o fim de se alterar a classificação dos serviços prestados de 'construção civil' para 'aluguel de máquinas' – depende, necessariamente, do reexame de provas e da (re)interpretação de cláusulas contratuais/editalícias, atividade cognitiva vedada nesta instância superior (Súmulas 5 e 7 do STJ).

3. O acórdão recorrido está em consonância com a jurisprudência desta Corte no sentido de que 'o Município competente para realizar a cobrança do ISS é o do local da prestação dos serviços em que se deu a ocorrência do fato gerador do imposto' (AgRg no Ag 607.881/PE, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 20.6.2005).

4. Agravo regimental desprovido." (AgRg no Ag 873042/RJ, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 21/06/2007, DJ 02/08/2007 p. 391 - nossos os grifos).

Posto isso, resta saber se terraplanagem faz parte da construção civil.

E a jurisprudência desta Corte Superior Tribunal de Justiça aponta no sentido de que, para fins tributários, a terraplanagem se insere no âmbito da construção civil.

Nesse sentido:

"TRIBUTÁRIO. ISS. TERRAPLENAGEM. OS



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

SERVIÇOS DE TERRAPLENAGEM SE INCLUEM NO AMBITO DA CONSTRUÇÃO CIVIL, SUJEITANDO AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS A EMPRESA QUE OS EXPLORE, AINDA QUE NÃO QUALIFICADA TECNICAMENTE PARA ESSE EFEITO (CTN, ART. 118); LOCAL DA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO, NESSE CASO, E AQUELE ONDE SE EFETUAR A PRESTAÇÃO (DEL 406/1968, ART. 12, 'B'). RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO." (REsp 73692/ES, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, SEGUNDA TURMA, julgado em 20/11/1997, DJ 09/12/1997 p. 64657 - nossos os grifos).

"TRIBUTÁRIO – ISS – SERVIÇOS DE TERRAPLANAGEM, DRENAGEM, OBRAS DE ARTE CORRENTES, PAVIMENTAÇÃO, SINALIZAÇÃO HORIZONTAL E VERTICAL E SERVIÇOS COMPLEMENTARES: SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL FATOS GERADORES OCORRIDOS EM 1998, 1999 E 2000 – CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL – LISTA DE SERVIÇOS – INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA – POSSIBILIDADE – ISENÇÃO DO ART. 11 DO DECRETO-LEI 406/68 – NÃO-RECEPÇÃO PELA NOVA ORDEM CONSTITUCIONAL DE 1988 – APLICAÇÃO DA REGRA GERAL: ITEM '32' DA LISTA ANEXA À LC 56/87 – VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC: INEXISTÊNCIA.

1. Inexiste omissão no julgado se o Tribunal analisou, ainda que implicitamente, a tese defendida pelo embargante. Também não há contradição no julgado capaz de comprometer a prestação jurisdicional se o acórdão foi suficientemente claro ao concluir que entendia devido o ISS a partir de uma interpretação extensiva. Violação ao art. 535 do CPC que se afasta.

2. A jurisprudência desta Corte sedimentou-se no sentido da taxatividade da Lista de Serviços anexa ao



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Decreto-lei 406/68 para efeito de incidência de ISS, admitindo-se, contudo, o enquadramento de serviços idênticos aos expressamente previstos, a partir de uma interpretação extensiva.

3. O Decreto-lei 406/68, em seu art. 11, isentava de ISS a execução de obras de construção civil contratadas por entes públicos e empresas concessionárias de serviços públicos, dentre as quais se inseriam os serviços de terraplanagem (e outros) para a construção de estradas.

4. Segundo o Tribunal a quo, em consonância com a jurisprudência do STF e do STJ, a referida isenção não foi recepcionada pela Constituição Federal de 1988.

5. Embora os serviços tributados não se enquadrem no item '33' da Lista de Serviços da Lei 1.298/90 (Código Tributário Municipal), que dizem respeito à reparação e conservação de estradas, é devido o imposto com amparo na regra geral: item '32' da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 56/87, vigente à época dos fatos geradores.

6. Acórdão mantido por outros fundamentos.

7. Recurso especial improvido." (REsp 804389/RS, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 10/04/2007, DJ 20/04/2007 p. 334).

Pelo exposto, nego provimento ao agravo regimental.

É O VOTO.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

Número Registro: 2009/0230989-2

**AgRg no
REsp 1167982 / ES**

Números Origem: 200052 50030028695 5003002869520090015 5200 522000

EM MESA

JULGADO: 20/05/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HAMILTON CARVALHIDO**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **BENEDITO GONÇALVES**

Subprocuradora-Geral da República

Exma. Sra. Dra. **CÉLIA REGINA SOUZA DELGADO**

Secretária

Bela. **BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE VIANA
PROCURADOR : KLEBER CORRADI E OUTRO(S)
RECORRIDO : A MADEIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADO : ARTÊNIO MERÇON E OUTRO(S)

ASSUNTO: DIREITO TRIBUTÁRIO - Impostos - ISS/ Imposto sobre Serviços

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : A MADEIRA INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA
ADVOGADO : ARTÊNIO MERÇON E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE VIANA
PROCURADOR : KLEBER CORRADI E OUTRO(S)

CERTIDÃO

Certifico que a egrégia PRIMEIRA TURMA, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu a seguinte decisão:

A Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Os Srs. Ministros Luiz Fux, Teori Albino Zavascki e Benedito Gonçalves (Presidente) votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 20 de maio de 2010

BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA
Secretária