



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.128.343 - RS (2009/0048695-5)

RELATOR : MINISTRO HERMAN BENJAMIN
AGRAVANTE : SAL ENGENHARIA CONSTRUÇÕES LTDA
ADVOGADO : NELSON LACERDA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE URUGUAIANA
ADVOGADO : ANTONIO GRAEFF MARTINS E OUTRO(S)

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONSTRUÇÃO CIVIL. ISS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO TOTAL DO SERVIÇO. ABATIMENTOS. INVIABILIDADE.

1. Em memoriais, a empresa afirma: a) ser intempestivo o Recurso Especial, ao fundamento de que os Embargos de declaração apresentados contra o acórdão recorrido foram assinados por quem não tinha procuração nos autos, e b) não incidir ISS na hipótese em exame, uma vez que o material empregado na obra já foi tributado pelo ICMS.
2. Na análise dos autos, verifico que a petição do apelo foi protocolizada dentro do prazo de trinta dias para a sua apresentação, nos termos do art. 188 do CPC e que a alegada irregularidade postulatória foi suprida pelo Município, com posterior juntada da procuração, conforme se verifica à fl. 817.
3. É pacífico no STJ que a falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se, para o fim de regularização da representação postulatória, o disposto no art. 13 do CPC.
4. Quanto ao segundo argumento, esclareça-se que em momento algum houve pronunciamento pelo Tribunal de origem acerca de a empresa ser contribuinte ou não do ICMS, o que afasta a aplicação do art. 9º, § 2º, do DL 406/1968.
5. É firme no STJ o entendimento de que 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.
6. 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 pelo contribuinte. Precedentes do STJ.
7. Agravo Regimental não provido.

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça: "Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator." Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon (voto-vista), Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.

Brasília, 02 de setembro de 2010(data do julgamento).



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

MINISTRO HERMAN BENJAMIN
Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.128.343 - RS (2009/0048695-5)

RELATOR : **MINISTRO HERMAN BENJAMIN**
AGRAVANTE : SAL ENGENHARIA CONSTRUÇÕES LTDA
ADVOGADO : NELSON LACERDA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE URUGUAIANA
ADVOGADO : ANTONIO GRAEFF MARTINS E OUTRO(S)

RELATÓRIO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Trata-se de Agravo Regimental interposto por Sal Engenharia Construções Ltda. contra decisão de fls. 817-819, que deu provimento ao Recurso Especial do ora agravado, sob o fundamento de que a jurisprudência do STJ pacificou que as empresas do ramo da construção civil são contribuintes do ISS, não sendo admitido subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente ao material utilizado e às subempreitadas.

Em seu Regimental, a agravante alega que a decisão monocrática merece reforma, "porquanto julgou o caso concreto de forma genérica, não percebendo que os materiais, na situação dos autos, já estavam onerados pelo ICMS (conforme descrito na inicial e comprovado nos autos)" (fl. 840).

Afirma que não se deveria conhecer do apelo especial, tendo em vista que, "para verificar a plausibilidade de suas razões, há necessidade de revolvimento aos fatos dos autos" e que "o Recurso Especial foi intempestivo, bem como inexistente, pois foi assinado por advogado que, na época, não detinha capacidade postulatória nos autos" (fl. 840).

Argumenta que "resta evidente que o objeto da causa está diretamente ligado à prova documental produzida no processo, porquanto diversos períodos em que se busca o afastamento da incidência do ISS tem como motivação o fato de já ter havido a incidência do ICMS, circunstância comprovada pela notas fiscais juntadas (prova documental)" (fl. 843).

Requer, ao final, a reconsideração do *decisum* agravado.

É o relatório.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.128.343 - RS (2009/0048695-5)

VOTO

O EXMO. SR. MINISTRO HERMAN BENJAMIN (Relator): Os autos foram recebidos neste Gabinete em 19.10.2009.

Tenho que a irresignação não merece prosperar.

Inicialmente, esclareço que examinei atentamente os memoriais apresentados pela agravante, nos quais se afirma:

O Recurso Especial do Agravado foi interposto fora do prazo, uma vez que os Embargos de Declaração apresentados contra o acórdão recorrido (...) foram assinados por quem não tinha capacidade postulatória para atuar no processo.

É que tais Embargos foram firmados pela Dra. Caroline Hamann Arns, OAB/RS 62.516, que no momento da interposição da irresignação não tinha poderes para tanto, vindo a constar da procuração juntada posteriormente (fl. 795, conforme numeração do tribunal *'a quo'*). Com efeito, o único instrumento de mandato da parte Recorrente – ora agravado – até aquela data era o de fl. 613, do qual não constava a advogada firmatária dos Embargos de Declaração em questão. (fl. 2 dos memoriais).

Aduz ainda que "o objeto da causa está diretamente ligado à prova documental produzida no processo, porquanto diversos períodos em que se busca o afastamento da incidência do ISS tem como motivação o fato de já ter havido a incidência do ICMS, circunstância comprovada pelas notas fiscais juntadas (prova documental); além disso, a Agravante também apóia seu pedido de desconstituição do lançamento no fato de já ter havido pagamento do ISS em momento anterior (prova documental" – fl. 4 dos memoriais).

Por fim, alega ser "impossível onerar-se com ISS bens materiais que sequer tiveram origem em 'ato' do prestador do serviço de construção civil" (fl. 5, dos memoriais).

Passo à análise dos argumentos apresentados, nos memoriais, pela agravante:

Primeiramente, tenho por insubsistente a alegação de intempestividade do Recurso Especial. Na análise dos autos, constata-se que a petição do apelo foi protocolizada em 27.10.2008 (fl. 813), dentro, portanto, do prazo de trinta dias para a sua apresentação,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

nos termos do art. 188 do CPC.

Afasto também o fundamento de que a advogada subscritora dos Embargos de Declaração não tinha capacidade postulatória no momento da sua interposição. Isso porque essa irregularidade foi suprida pelo Município, com posterior juntada da procuração, conforme se verifica às fls. 817.

A jurisprudência do STJ é firme no sentido de que a falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se, para o fim de regularização da representação postulatória, o disposto no art. 13 do CPC.

Sobre o tema, confira-se:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PROCURAÇÃO DO SUBSCRITOR DA APELAÇÃO. REGULARIZAÇÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. ART. 13, DO CPC. PRECEDENTE DA CORTE ESPECIAL.

1. Conforme a jurisprudência iterativa do STJ, a falta de procuração do subscritor de recurso nas instâncias ordinárias é vício sanável que pode ser suprido mediante determinação do juiz ou do relator, para que seja regularizada a representação processual do advogado, nos moldes do art. 13, do CPC.

2. Precedentes: EREsp 74.101/MG, Corte Especial, Rel. Min. Edson Vidigal, DJ de 14.10.02; REsp 619.343/RS, Rel. Ministro Luiz Fux, Primeira Turma, DJ de 26.10.2006; REsp 711.056/AL, Rel. Ministro Castro Meira, Segunda Turma, DJ de 05.04.2006.

3. Agravo Regimental não provido.

(AgRg no REsp 653.612/RJ, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/05/2007, DJe 17/10/2008).

No mais, cinge-se a controvérsia à base de cálculo do ISS sobre serviços de construção civil.

De acordo com o entendimento firmado neste Tribunal Superior, em se tratando de empresas do ramo de construção civil, a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a dedução do montante relativo às subempreitadas e ao material adquirido de terceiros pelo construtor e utilizado na obra.

Sobre o tema, confirmam-se os seguintes julgados:



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TRIBUTÁRIO - CONSTRUÇÃO CIVIL - ISS - BASE DE CÁLCULO - DEDUÇÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS - IMPOSSIBILIDADE - PRECEDENTES.

1. A jurisprudência uniforme desta Corte é no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas. Precedentes.

2. Recurso especial não provido.

(REsp 976.605/SP, Rel. Ministra ELIANA CALMON, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2009, DJe 02/04/2009)

TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAIS UTILIZADOS. SUBEMPREITADAS. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. "A jurisprudência uniforme desta Corte é no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas" (REsp 926.339/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 11.05.07).

2. Tanto o DL 406/68 como as Leis Complementares 56/87 e 102/03 fixaram que o ISS incide sobre a totalidade dos serviços de construção civil, exceto sobre o fornecimento de mercadorias produzidas pelo próprio prestador dos serviços fora do local da prestação, que fica sujeito ao ICMS.

3. A tese de que não apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador, mas também os adquiridos de terceiros, devem ser excluídos da base de cálculo do ISS não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois a regra legal que trata da incidência do ISS sobre serviços de construção civil é clara ao excluir apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços.

4. A situação do prestador que fabrica seus produtos fora do canteiro de obras não pode ser equiparada à daquele que adquire materiais de terceiros para uso nas obras de construção civil. Os produtos fabricados pelo prestador estão sujeitos ao ICMS, razão por que não devem se sujeitar a uma nova incidência de ISS. Já os produtos adquiridos de terceiros, se não incluídos na base de cálculo do ISS pelo serviço de construção civil, ficariam imunes à tributação, somente sendo tributados na operação anterior, que não tem o construtor como contribuinte ou responsável tributário.

5. Assim, quando os materiais são produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços, incide ICMS; quando os materiais são produzidos pelo prestador no canteiro de obras ou quando são adquiridos de terceiros, como não há possibilidade de incidência de ICMS, devem ter seus valores mantidos na base de cálculo do ISS.

6. "(...) subempreitada é denominação que se oferece à empreitada menor, isto é, à empreitada secundária. Por meio de subempreitadas são executados trabalhos parcelados, contratados pelo empreiteiro construtor (...). Em referência ao ISS, é irrelevante saber se o empreiteiro maior executa pessoalmente a obra pactuada ou se incumbe a terceiros para realizá-la. Ambas as formas de serviços (empreitada maior ou empreitada menor) são alcançadas



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

pelo ISS" (Bernardo Ribeiro de Moraes in "Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975).

7. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1002693/RS, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 25/03/2008, DJe 07/04/2008).

AGRAVO REGIMENTAL - RECURSO ESPECIAL - TRIBUTÁRIO - ISS - CONSTRUÇÃO CIVIL - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO VALOR DOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO - PRECEDENTES.

Se as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, imposto estadual incidente sobre a circulação de mercadorias, conceito que não se ajusta aos insumos utilizados para a construção de edifícios e outros, os materiais adquiridos com essa finalidade devem compor a base de cálculo do ISS. Precedente: REsp 256.210/MG, Rel. Min. José Delgado, DJ 25.9.2000.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no REsp 658.265/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, 2ª Turma, DJU de 12.09.06).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ICMS. PRESCRIÇÃO. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. DIFERENCIAL DE ALÍQUOTAS. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. NÃO-INCIDÊNCIA. PRECEDENTES. INCIDÊNCIA DA SÚMULA Nº 167/STJ.

1. Agravo regimental contra decisão que negou provimento a agravo de instrumento.

2. Acórdão a quo segundo o qual, “à luz da exegese do ordenamento jurídico em vigor, o imposto a ser pago pela construtora que executa obras, por administração, empreitada ou sub-empreitada, é o ISSQN, não podendo ser cobrado, também, o ICMS, sob pena de incorrer na vedada bitributação”.

3. No caso de recolhimento indevido do ICMS, é de cinco anos o prazo prescricional, a partir da ocorrência da homologação do lançamento para ajuizar a ação repetitória, e, inexistindo homologação expressa, soma-se àquele prazo mais um quinquênio, contado da ocorrência do fato gerador.

4. As empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferentes da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros; nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras.

5. Há de se qualificar a construção civil como atividade de pertinência exclusiva a serviços, pelo que “as pessoas (naturais ou jurídicas) que promoverem a sua execução sujeitar-se-ão exclusivamente à incidência de ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc.) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual” (José Eduardo Soares de Melo, in “Construção Civil – ISS ou ICMS?”, in RDT 69, pg. 253, Malheiros).

6. Precedentes das egrégias 1ª Seção e 1ª e 2ª Turmas do STJ e do colendo STF.

7. Incidência da Súmula nº 167/STJ: “o fornecimento de concreto,



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS”.

8. Agravo regimental não-provido" (AgRg no AG nº 750.255/MG, Relator Ministro JOSÉ DELGADO, DJ de 17/08/2006, p. 317).

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ART. 7º, § 2º, DA LEI 116/2003. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES ÀS SUBEMPREITADAS E AOS MATERIAIS UTILIZADOS PELAS EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL PROVIDO.

1. De acordo com o entendimento firmado nesta Corte Superior, em se tratando de empresas do ramo de construção civil, a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a dedução do montante relativo às subempreitadas e aos materiais utilizados na obra. Precedentes: REsp 828.879/SP, 1ª Turma, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 16.10.2006; REsp 926.339/SP, 2ª Turma, Rel. Min. Eliana Calmon, DJ de 11.5.2007; AgRg no REsp 917.751/MG, 1ª Turma, Rel. Min. Francisco Falcão, DJ de 21.6.2007; AgRg no Ag 830.095/MG, 2ª Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, DJ de 24.10.2007; REsp 328.427/PR, 2ª Turma, Rel. Min. Franciulli Netto, DJ de 2.2.2004.

2. Recurso especial provido, a fim de que sejam incluídos na base de cálculo do ISS os valores relativos aos materiais empregados na obra, bem como aqueles referentes às subempreitadas, invertendo-se os ônus da sucumbência.

(REsp 974.265/RS, Rel. Ministra DENISE ARRUDA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 23/06/2009, DJe 26/08/2009)

Inviável, portanto, qualquer abatimento na base de cálculo do ISS incidente sobre o serviço de construção civil.

Ressalto que se sujeitam ao ICMS e não se submetem ao ISS somente as mercadorias produzidas fora do local da prestação do serviço e comercializadas pela contribuinte.

Na presente hipótese, o Tribunal de origem não se manifestou a respeito de haver ou não a venda de mercadorias pela construtora (se ela é ou não contribuinte do ICMS), o que afasta a aplicação do art. 9º, § 2º, do DL 406/1968.

Ademais, verificar se a empresa já é onerada pelo ICMS, por meio das notas fiscais juntadas aos autos, demandaria, em regra, o reexame do contexto fático-probatório, obstado pela Súmula 7 do STJ.

Ausente a comprovação da necessidade de retificação a ser promovida na



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

decisão agravada, proferida com fundamentos suficientes e em consonância com entendimento pacífico deste Tribunal, não há prover o Agravo Regimental que contra ela se insurge.

Diante do exposto, **nego provimento ao Agravo Regimental.**

É como **voto.**



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0048695-5

AgRg no
REsp 1128343 / RS

Números Origem: 10600180350 70024189185 70027579291

PAUTA: 10/11/2009

JULGADO: 24/11/2009

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **JOSÉ FLAUBERT MACHADO ARAÚJO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE URUGUAIANA
ADVOGADO : ANTONIO GRAEFF MARTINS E OUTRO(S)
RECORRIDO : SAL ENGENHARIA CONSTRUÇÕES LTDA
ADVOGADO : NELSON LACERDA DA SILVA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SAL ENGENHARIA CONSTRUÇÕES LTDA
ADVOGADO : NELSON LACERDA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE URUGUAIANA
ADVOGADO : ANTONIO GRAEFF MARTINS E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Após o voto do Sr. Ministro-Relator, negando provimento ao agravo regimental, pediu vista dos autos, antecipadamente, a Sra. Ministra Eliana Calmon."

Aguardam os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Castro Meira e Humberto Martins.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 24 de novembro de 2009

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

AgRg no RECURSO ESPECIAL Nº 1.128.343 - RS (2009/0048695-5)

EMENTA

COM ESSAS CONSIDERAÇÕES, ACOMPANHO O MINISTRO RELATOR E NEGO PROVIMENTO AO AGRAVO REGIMENTAL.

VOTO-VISTA

A EXMA. SRA. MINISTRA ELIANA CALMON: O presente recurso especial tem como relator o Ministro Herman Benjamin que, em decisão monocrática deu provimento ao recurso do Município de Uruguaiana, sob o fundamento de estar a jurisprudência do STJ pacificada no sentido de considerar todas as empresas da construção civil contribuintes do ISS, não sendo admissível a subtração do valor dos materiais empregados e das subempreitadas, da base de cálculo do tributo.

Irresignada interpôs a empresa, SAL ENGENHARIA CONSTRUÇÕES LTDA., agravo regimental, alegando em resumo o seguinte:

- a) o recurso especial é inexistente e intempestivo;
- b) há necessidade de reexame de provas;
- c) não houve prequestionamento da questão federal controvertida;
- d) não se enfrentou a tese de que o ISS já foi retido por outro Município; e
- e) os materiais de construção já se encontravam onerados pelo ICMS, de modo que é indevida a sua inclusão na base de cálculo do ISS, conforme disposto no art. 9º, § 2º do Decreto-Lei 406/68. (fls. 838/850).

O relator manteve a decisão favorável ao Município, sob as alegações resumidas na ementa seguinte:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONSTRUÇÃO CIVIL. ISS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO TOTAL DO SERVIÇO. ABATIMENTOS. INVIABILIDADE.

1. Em memoriais, a empresa afirma: a) ser intempestivo o Recurso Especial, ao fundamento de que os Embargos de declaração apresentados contra o acórdão recorrido foram assinados por quem não tinha procuração nos autos, e b) não incidir ISS na hipótese em exame, uma vez que o material empregado na obra já foi tributado pelo ICMS.

2. Na análise dos autos, verifico que a petição do apelo foi protocolizada dentro do prazo de trinta dias para a sua apresentação, nos termos do art. 188 do CPC e que a alegada irregularidade postulatória foi suprida pelo Município, com posterior juntada da procuração, conforme se verifica à fl. 817.

3. É pacífico no STJ que a falta de instrumento de mandato constitui defeito sanável nas instâncias ordinárias, aplicando-se, para o fim de regularização da representação postulatória, o disposto no art. 13 do CPC.

4. Quanto ao segundo argumento, esclareça-se que em momento algum



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

houve pronunciamento pelo Tribunal de origem acerca de a empresa ser contribuinte ou não do ICMS, o que afasta a aplicação do art. 9º, § 2º do DL 406/1968.

5. É firme no STJ o entendimento de que 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.

6. 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 pelo contribuinte. Precedentes do STJ.

7. Agravo regimental não provido.

Pedi vista dos autos diante dos memoriais oferecidos pela parte agravante e, após análise dos autos trago o meu entendimento sobre a querela. Verifico que, das cinco questões levantadas pela empresa agravante, salvo a do item "d", todas as demais encontram-se prequestionadas e devolvidas no recurso especial.

A publicação do acórdão da instância de origem, que julgou os embargos de declaração, deu-se em 25 de setembro de 2008 (sexta-feira), nos termos da certidão de f. 807, sendo interposto o recurso especial em 27 de outubro de 2008, dentro do prazo de trinta dias previsto no art. 188 do CPC, diante da aplicação do art. 184, § 1º do CPC, o que descarta a alegada intempestividade do especial.

Contornável a irregularidade relativa à ausência de instrumento de mandato da procuradora do Município, Dra. Caroline Hamann Arns, quando interpôs embargos de declaração (fls. 799/800), visto que por ocasião do recurso especial, a irregularidade foi sanada com a juntada de substabelecimento constando seu nome e do subscritor do recurso (f. 817).

O que a Súmula 115/STJ veda é a juntada de mandato procuratório na instância extraordinária, ou seja, quando o recurso já ascendeu ao Tribunal Superior, e não quando o feito ainda se encontra nas instâncias ordinárias e o subscritor do recurso especial possui mandato regular.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. ICMS. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. FALTA DE REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. REGULARIZAÇÃO NAS INSTÂNCIAS ORDINÁRIAS. POSSIBILIDADE. ART. 13, DO CPC. PRECEDENTES.

1. Conforme a jurisprudência iterativa do STJ, a irregularidade na representação das partes nas instâncias ordinárias é vício sanável, que pode ser suprido mediante determinação do juiz ou do relator, nos termos do art. 13, do CPC. Precedentes: REsp 819.068/RJ, Rel.

Ministro Francisco Falcão, Primeira Turma, DJe 13/3/2008; AgRg no AgRg no Ag 537.635/RJ, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJ 22/10/2007; REsp 899.581/RS, Rel. Ministro Teori Albino Zavascki, Primeira Turma, DJ 4/10/2007.

2. Recurso especial provido para anular o acórdão proferido, somente quanto ao não conhecimento da apelação formulada pelo ora recorrente, determinado o retorno dos autos à Corte de origem para reabertura de prazo, a fim de que seja propiciada a regularização de sua representação processual, julgando-se o seu apelo em seguida.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

(REsp 1115882/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 06/08/2009, DJe 19/08/2009)

PROCESSUAL CIVIL. IRREGULARIDADE NA REPRESENTAÇÃO PROCESSUAL. CAPACIDADE POSTULATÓRIA. ATOS PROCESSUAIS RATIFICADOS NA INSTÂNCIA ORDINÁRIA. PRECEDENTES.

1. Com amparo na doutrina majoritária e em homenagem aos princípios regentes do processo civil moderno, dentre os quais se sobressaem a instrumentalidade das formas e a efetividade, revela-se plenamente admissível a ratificação na instância ordinária de atos processuais praticados por procurador que supostamente não teria capacidade postulatória.

2. Independentemente da discussão em torno da necessidade de inscrição de advogado público nos quadros da OAB, tem-se que, ainda que existente, eventual irregularidade encontrar-se-ia sanada na medida em que a Procuradoria-Geral da Fazenda Nacional ratificou os atos anteriormente praticados assim que tomou conhecimento da impugnação apresentada pela parte adversa.

3. Recurso especial não provido.

(REsp 1121340/SC, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 23/03/2010, DJe 08/04/2010)

Portanto, acompanho o Ministro Relator quanto às preliminares.

No mérito, o acórdão recorrido entendeu que, em conformidade com o disposto no art. 9º, § 2º do DL 406/68, o ISS incidente no preço do serviço de construção civil será calculado com exclusão dos materiais fornecidos pelo prestador e da parcela referente às subempreitadas. (fls. 788/796)

A proposta de voto aplicou corretamente a jurisprudência desta Corte quanto à indedutibilidade dos materiais empregados na construção civil na base de cálculo do ISS.

Nesse sentido:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. VIOLAÇÃO AO ART. 535 DO CPC NÃO CONFIGURADA. ISS. SERVIÇOS DE ENGENHARIA E SANEAMENTO BÁSICO. BASE DE CÁLCULO. PREÇO DO SERVIÇO. DEDUÇÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS. IMPOSSIBILIDADE. ACÓRDÃO EM CONSONÂNCIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 83/STJ.

1. A jurisprudência do STJ pacificou o entendimento de que, em se tratando de empresas do ramo de construção civil, a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a dedução do montante relativo às subempreitadas e aos materiais utilizados na obra. Precedentes: AgRg no REsp 1.085.475/PR, Segunda Turma, DJe 17/3/2009; REsp 926.339/SP, Segunda Turma, DJ 11/5/2007; REsp 974.265/RS, Primeira Turma, DJe 26/8/2009.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no Ag 1257286/RS, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 25/05/2010, DJe 08/06/2010).

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL. ISS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS E DAS SUBEMPREITADAS. IMPOSSIBILIDADE COMPENSAÇÃO. MANDADO DE SEGURANÇA PREVENTIVO. ATRIBUIÇÃO DE EFEITO NORMATIVO AO MANDAMUS PARA ALCANÇAR SITUAÇÕES FUTURAS. IMPOSSIBILIDADE.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

1. A conclusão adotada se coaduna com a jurisprudência desta Corte que, a despeito de admitir a impetração de Mandado de Segurança para fins de declaração do direito à compensação tributária, nos termos da Súmula n. 213/STJ, não confunde o caráter preventivo do writ, o qual é perfeitamente cabível, nos termos do art. 1º da Lei n. 1.533/51, com o pretendido efeito normativo pleiteado pela recorrente, o qual é rechaçado por esta Corte.

2. O ISS incide sobre o preço do serviço, não sendo passíveis de dedução os valores referentes aos materiais empregados e às subempreitadas.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1105880/RS, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 15/04/2010, DJe 05/05/2010)

Com essas considerações, acompanho o Ministro Relator e nego provimento ao agravo regimental.

É o voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

CERTIDÃO DE JULGAMENTO SEGUNDA TURMA

Número Registro: 2009/0048695-5 **AgRg no**
PROCESSO ELETRÔNICO REsp 1.128.343 / RS

Números Origem: 10600180350 70024189185 70027579291

PAUTA: 26/08/2010

JULGADO: 02/09/2010

Relator

Exmo. Sr. Ministro **HERMAN BENJAMIN**

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro **HUMBERTO MARTINS**

Subprocurador-Geral da República

Exmo. Sr. Dr. **EUGÊNIO JOSÉ GUILHERME DE ARAGÃO**

Secretária

Bela. **VALÉRIA ALVIM DUSI**

AUTUAÇÃO

RECORRENTE : MUNICÍPIO DE URUGUAIANA
ADVOGADO : ANTONIO GRAEFF MARTINS E OUTRO(S)
RECORRIDO : SAL ENGENHARIA CONSTRUÇÕES LTDA
ADVOGADO : NELSON LACERDA DA SILVA E OUTRO(S)

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

AGRAVO REGIMENTAL

AGRAVANTE : SAL ENGENHARIA CONSTRUÇÕES LTDA
ADVOGADO : NELSON LACERDA DA SILVA E OUTRO(S)
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE URUGUAIANA
ADVOGADO : ANTONIO GRAEFF MARTINS E OUTRO(S)

CERTIDÃO

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

"Prosseguindo-se no julgamento, após o voto-vista da Sra. Ministra Eliana Calmon, acompanhando o Sr. Ministro Herman Benjamin, a Turma, por unanimidade, negou provimento ao agravo regimental, nos termos do voto do Sr. Ministro-Relator."

Os Srs. Ministros Mauro Campbell Marques, Eliana Calmon (voto-vista), Castro Meira e Humberto Martins votaram com o Sr. Ministro Relator.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Brasília, 02 de setembro de 2010

VALÉRIA ALVIM DUSI
Secretária