AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2087100 - SC (2023/0258938-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	QUALIDADE MINERACAO LTDA
OUTRO NOME	:	QUALIDADE CONSTRUÇÕES E PAVIMENTAÇÕES LTDA
ADVOGADOS	:	GUSTAVO AMORIM - SC016863
		DANILO BITTENCOURT COELHO - SC028783
		RAFAEL BERTOLDI PESCADOR - SC043396
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE PALHOÇA
PROCURADOR	:	MAIARA MENDES DE SOUZA SILVA - SC037738

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DEMONSTRAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. MODULAÇÃO DE EFEITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Recurso especial interposto pela alínea "c", art. 105, III, da CF/88, que atende aos pressupostos específicos para a configuração do dissenso jurisprudencial, nos termos dos arts. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

2. Não incide o óbice da Súmula 7 do STJ nos casos em que a questão debatida no recurso especial é exclusivamente de direito, ante a desnecessidade de revolvimento fático-probatório dos autos.

3. Não é possível conhecer de agravo interno cujas razões estão dissociadas do que foi decidido na decisão agravada.

4. Descabe modulação de efeitos na decisão que, acolhendo orientação firmada em recurso extraordinário julgado no STF, volta a prestigiar a então vetusta jurisprudência do STJ sobre o tema da dedução de materiais na base de cálculo do ISS no serviço de construção civil.

5. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

ACÓRDÃO

Vistos e relatados estes autos em que são partes as acima indicadas, acordam os Ministros da PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023, por unanimidade, conhecer parcialmente do recurso e, nessa

Documento eletrônico VDA39140707 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 14/11/2023 18:58:07
Código de Controle do Documento: 7fe27f0f-f644-4fda-b7cb-2da68fdda6ac

parte dar-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 13 de novembro de 2023.

Ministro GURGEL DE FARIA
Relator

Documento eletrônico VDA39140707 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 14/11/2023 18:58:07
Código de Controle do Documento: 7fe27f0f-f644-4fda-b7cb-2da68fdda6ac

AgInt no RECURSO ESPECIAL Nº 2087100 - SC (2023/0258938-0)

RELATOR	**:**	**MINISTRO GURGEL DE FARIA**
AGRAVANTE	:	QUALIDADE MINERACAO LTDA
OUTRO NOME	:	QUALIDADE CONSTRUÇÕES E PAVIMENTAÇÕES LTDA
ADVOGADOS	:	GUSTAVO AMORIM - SC016863
		DANILO BITTENCOURT COELHO - SC028783
		RAFAEL BERTOLDI PESCADOR - SC043396
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE PALHOÇA
PROCURADOR	:	MAIARA MENDES DE SOUZA SILVA - SC037738

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. DISSÍDIO JURISPRUDENCIAL. DEMONSTRAÇÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. DESNECESSIDADE. FUNDAMENTAÇÃO. DEFICIÊNCIA. MODULAÇÃO DE EFEITOS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Recurso especial interposto pela alínea "c", art. 105, III, da CF/88, que atende aos pressupostos específicos para a configuração do dissenso jurisprudencial, nos termos dos arts. 1.029, § 1º, do CPC/2015 e 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ.

2. Não incide o óbice da Súmula 7 do STJ nos casos em que a questão debatida no recurso especial é exclusivamente de direito, ante a desnecessidade de revolvimento fático-probatório dos autos.

3. Não é possível conhecer de agravo interno cujas razões estão dissociadas do que foi decidido na decisão agravada.

4. Descabe modulação de efeitos na decisão que, acolhendo orientação firmada em recurso extraordinário julgado no STF, volta a prestigiar a então vetusta jurisprudência do STJ sobre o tema da dedução de materiais na base de cálculo do ISS no serviço de construção civil.

5. Agravo interno parcialmente conhecido e, nessa extensão, desprovido.

RELATÓRIO

Trata-se de agravo interno interposto por QUALIDADE

Documento eletrônico VDA38900441 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 24/10/2023 18:59:13
Código de Controle do Documento: 442623a4-1fff-4559-ad0a-47993798248e

MINERACAO LTDA. contra decisão de minha lavra em que dei provimento ao recurso especial da edilidade para determinar o retorno dos autos ao Tribunal *a quo* a fim de que refazer o julgamento da apelação, observando a diretriz jurisprudencial desta Corte Superior acerca do tema.

A parte agravante alega, em síntese, que o recurso especial interposto pela alínea "c" do permissivo constitucional não poderia ter sido conhecido em razão da ausência de demonstração do cotejo analítico e por aplicação do óbice da Súmula 7 do STJ.

No mérito, defende que a tutela declaratória já teria sido objeto de ação anterior "entre as mesmas partes, que envolvia outros contratos sob a perspectiva condenatória" que já transitou em julgado em favor do particular.

Por fim, sustenta a necessidade de observância da segurança jurídica sobre os fatos geradores que ocorreram até a nova decisão do STJ.

Contraminuta apresentada.

É o relatório.

VOTO

Os argumentos ora ventilados não convencem.

Como assinalado na decisão agravada, o apelo nobre se origina de Ação Declaratória c/c pedido de Repetição do Indébito ajuizada por QUALIDADE MINERAÇÃO LTDA. em desfavor do MUNICÍPIO DE PALHOÇA/SC.

Na origem, sustenta-se a exclusão da base de cálculo do ISS incidente sobre construção civil dos valores correspondentes aos materiais empregados nas obra, pleiteando-se, ainda, a repetição de indébito dos valores indevidamente retidos e recolhidos pelo município contratante.

O magistrado de primeiro grau julgou parcialmente procedentes os pedidos da exordial para ordenar à edilidade que se abstenha de efetuar a cobrança do ISS sobre os valores dos materiais empregados nos serviços de construção civil contratados e condenando o município à repetição do indébito.

O Tribunal catarinense negou provimento à apelação da edilidade em acórdão com os seguintes fundamentos:

> A controvérsia recursal perfaz, em síntese, acerca da possibilidade (ou não) da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.
> [...]

Documento eletrônico VDA38900441 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 24/10/2023 18:59:13
Código de Controle do Documento: 442623a4-1fff-4559-ad0a-47993798248e

> Sabe-se que o Supremo Tribunal Federal, quando do julgamento do RE 603.497/MG (Tema 247), sob o rito da repercussão geral, ao reafirmar "a tese da recepção do art. 93, § 2Q, do DL n3 406/1968 pela Constituição de 1988", assentou entendimento de que é possível deduzir da base de cálculo do ISS o valor referente aos materiais empregados na construção civil.
> A ementa é do seguinte teor:
> [...]
> Dessa forma, considerando a eficácia vinculativa da jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre o tema, especialmente quando reconhecida a repercussão geral, o Superior Tribunal de Justiça passou a adotar o mesmo entendimento, conforme se depreende do seguinte julgado:
> [...]
> Assim, em decorrência da atual orientação jurisprudencial, é de se reconhecer, portanto, o direito a empresa autora em deduzir da base de cálculo do ISS o valor dos materiais empregados na execução dos serviços, independentemente de terem sido adquiridos de terceiros ou produzidos pelo próprio prestador do serviço fora do local da obra.
> Aliás, esta Corte Catarinense vem perfilhando do mesmo entendimento, diante do julgamento do seguinte processo pelo colendo Grupo de Câmaras de Direito Público:
> [...]
> E, corroborando com tal entendimento, os demais órgãos fracionários já decidiram:
> [...]
> Portanto, conforme a legislação citada e o entendimento das Cortes Suprema e Superior e deste Tribunal, deve ser excluído o ISS da base de cálculo do valor dos materiais empregados nas obras realizadas pela empresa autora.
> Ou, da forma como muito bem fundamentou o magistrado singular, "[...] Enquanto essa for a compreensão do STJ, não vejo como decidir de forma diferente. Sei que, no passado, o STJ teve posição diversa; entendia que o abatimento ora postulado não era possível. Mas aí veio o julgamento do RE 603.497 RG/MG, sob relatoria da Ministra Ellen Gracie, e tudo mudou. A posição atual é a favor dos abatimentos. Depois do julgamento definitivo do Tema 247 pelo STF, sob a relatoria da Ministra Rosa Weber, é possível que o STJ mude de opinião e volte a sustentar sua posição antiga. Entretanto, isso ainda não ocorreu. E, enquanto não ocorrer, penso que o caso é de deferir o abatimento postulado na inicial. Neste contexto, reconhecerei a ilegalidade da cobrança de ISS sobre os valores dos materiais empregados nos serviços prestados pela autora, independentemente de sua origem." (Evento 24, SENTI).
> E, por fim, diante do desprovimento de ambos os recursos, tanto da parte autora como do Município, e em observância às diretrizes previstas no art. 85, § 11, do CPC, estipulam-se honorários recursais no montante de 2% (dois por cento), alcançando o importe de 12% (doze por cento) sobre "a quantia que a autora deixará de pagar, por força decote do valor dos materiais na base de cálculo do ISS".
> Ante o exposto, voto no sentido de conhecer do recurso e negar-lhe provimento; honorários recursais arbitrados nos termos da fundamentação.

A edilidade alegou, em seu recurso especial, violação do art. 9º, § 2º, do Decreto-Lei n. 406/1968 e do art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei Complementar n. 116/2003, bem como a existência de dissídio jurisprudencial.

Sustenta, em síntese, que esta Corte Superior, modificando orientação firmada após a decisão monocrática proferida pelo STF no RE 603.497/MG e recuperando jurisprudência consolidada anteriormente ao Tema 247 do STF, reiterou o

Documento eletrônico VDA38900441 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 24/10/2023 18:59:13
Código de Controle do Documento: 442623a4-1fff-4559-ad0a-47993798248e

entendimento pela impossibilidade de se deduzir, da base de cálculo do ISS, os materiais empregados nas obras de construção civil, salvo se produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele destacadamente comercializados com a incidência do ICMS.

Pois bem.

Inicialmente, em resposta às alegações formuladas pela agravante, anoto que os pressupostos específicos à configuração do dissenso jurisprudencial, preconizados pelo art. 1.029, §1°, do Código de Processo Civil de 2015 e pelo 255, §§ 1º e 2º, do RISTJ são os seguintes: a) da juntada de certidão ou de cópia autenticada do acórdão paradigma, ou, em sua falta, da declaração pelo advogado da autenticidade dessas; b) da citação de repositório oficial, autorizado ou credenciado, em que o acórdão divergente foi publicado; c) do cotejo analítico, com a transcrição dos trechos dos acórdãos em que se funda a divergência, com a exposição das circunstâncias que identificam ou assemelham os casos confrontados, não bastando, para tanto, a transcrição das ementas dos julgados em comparação. Nesse sentido: AgRg no REsp 1.558.877/PR, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 05/02/2016; AgRg no AREsp 752.892/RS, Rel. Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe 04/11/2015.

Na hipótese dos autos, o cotejo analítico foi promovido pela edilidade no bojo de seu recurso especial, quando afirmou-se:

> Da análise dos autos restaram as seguintes conclusões: 1. O acórdão recorrido foi julgado em última instância pelo Tribunal de Justiça de Santa Catarina; 2. O acórdão caminhou, data vênia. em sentido contrário à recente interpretação dada pelo STJ aos artigos artigo 9°, § 2°, do DL n. 406/1968 e 7°, § 2°, inciso I, da Lei Complementar n. 116/2003, no que se refere à incidência de ISS sobre os materiais utilizados nas obras de construção civil.
> [...]
> A matéria referente ao processo não demanda delongas explicações.
> Trata-se de ação declaratória em que o recorrido pretende a declaração de não incidência de ISS sobre os materiais utilizados nas obras de construção civil. O ponto chave do presente recurso é que o STJ, em 14/05/2023, reviu o seu posicionamento em relação à interpretação do artigo 7°, $ 2°, inciso I, da Lei Complementar n. 116/2003 e passou a entender pela impossibilidade de se abater os materiais utilizados nas obras de construção civil da base de cálculo do ISS, salvo se produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele destacadamente comercializados com a incidência do ICMS.
> [...]
> O acórdão recorrido foi proferido em discordância com o acórdão do STJ proferido no REsp 1916376 RS, assim ementado:
> [...]
> O STF, ao julgar o RE 603.497/MG, entendeu que a interpretação do artigo 9°, § 2°, do DL n. 406/1968 se encontra a cargo do Superior Tribunal de Justiça ao qual compete preservar e uniformizar a interpretação das Leis Federais.
> E, em 14/03/2023, o STJ alterou seu posicionamento e decidiu pela impossibilidade de se deduzir, da base de cálculo (lo ISS, os materiais empregados nas obras de construção civil, salvo se produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele destacadamente comercializados com a incidência do ICMS.

Documento eletrônico VDA38900441 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 24/10/2023 18:59:13
Código de Controle do Documento: 442623a4-1fff-4559-ad0a-47993798248e

> De acordo com o STJ, o abatimento a que se refere o art. 7o, § 2o, I, da LC 116/2003 somente se aplica às mercadorias mencionadas entre parênteses no item da lista anexa.
> Ou seja, somente podem ser abatidas, da base de cálculo do ISS, as mercadorias produzidas pelo prestador fora do local da prestação de serviços E que se sujeitem ao ICMS.
> A mudança de entendimento do STJ foi publicada, inclusive, 110 informativo 769.
> Se fizermos uma análise do acórdão recorrido com o do STJ, poderemos observar com clareza a divergência entre eles:
> [...]
> Observa-se. Excelências, que o acórdão recorrido entende ser ilegal a cobrança do ISS sobre a matéria-prima utilizada nas obras de construção civil.
> De outra banda, o STJ entende ser legal a cobrança do ISS sobre a matéria-prima utilizada nas obras de construção civil.
> Assim sendo, havendo divergência entre os acórdãos, requer-se o conhecimento e o provimento do recurso especial, com o intuito de reformar o acórdão recorrido e declarar a legalidade da cobrança do ISS sobre a matéria-prima utilizada nas obras de construção civil.

Ademais, a edilidade recorrente cumpriu os demais requisitos da norma ao instruir seu recurso especial com cópias dos precedentes e indicação das fontes onde poderiam ser encontrados, mencionando expressamente as circunstâncias que identifiquem ou assemelhem os casos confrontados.

Dito isso, não há falar em deficiência na demonstração do dissídio.

Também não há falar em incidência do óbice da Súmula 7 do STJ no pleito recursal de reconhecimento de julgamento da Corte de origem em descompasso com a orientação firmada por esta Corte Superior acerca do tema controvertido, tratando-se de questão exclusivamente de direito.

No que concerne à alegação de coisa julgada, o agravo interno padece de fundamentação deficiente e não deve ser conhecido.

Com efeito, a decisão monocrática não decidiu acerca do mérito da ação. Antes, declarou apenas que o acórdão recorrido foi proferido com fundamento que não tem sustentação na jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, determinando que novo julgamento da apelação fosse promovido.

Assim, as razões do agravo interno encontram-se dissociadas do que fora decidido na monocrática agravada, atraindo o óbice da Súmula 284 do STF ao seu conhecimento.

Ademais, eventual alegação de coisa julgada deve ser analisada na origem quando do novo julgamento da apelação.

Por fim, no que concerne ao pleito de observância da segurança

Documento eletrônico VDA38900441 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 24/10/2023 18:59:13
Código de Controle do Documento: 442623a4-1fff-4559-ad0a-47993798248e

jurídica, anoto não ser o caso de modulação de efeitos da decisão uma vez que não se trata de alteração de entendimento promovido por uma única decisão, como afirma o agravante.

Como afirmado na decisão ora atacada, o Supremo Tribunal, ao dar parcial provimento ao agravo interno manejado no RE 603.497/MG, além de reafirmar a tese de recepção do art. 9º, § 2º, do DL n. 406/1968 pela Constituição, buscou, a toda evidência, preservar a orientação jurisprudencial que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou no âmbito infraconstitucional acerca da impossibilidade de dedução dos materiais empregados da base de cálculo do ISS incidente sobre serviço de construção civil.

Assim, consignei na decisão agravada a necessidade de voltar a ser prestigiada a então vetusta jurisprudência do STJ sobre o tema, identificada nos vários julgados citados na ocasião que esposavam a tese segundo a qual a base de cálculo do ISS é o preço do serviço de construção civil contratado, não sendo possível deduzir os materiais empregados, salvo se produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele destacadamente comercializados com a incidência do ICMS.

Ademais, ainda que se considere a existência de guinada na jurisprudência, ela decorreria do acórdão do agravo interno no RE 603.497/MG, sendo o Pretório Excelso o tribunal competente para decidir acerca da modulação dos efeitos da sua decisão.

Após nova análise processual, provocada pela interposição do agravo interno, observo que a decisão combatida deve ser mantida.

Por fim, embora não merecedor de acolhimento, o agravo interno, no caso, não se revela manifestamente inadmissível ou improcedente, razão pela qual não deve ser aplicada a multa do § 4º do art. 1.021 do CPC/2015.

Ante o exposto, CONHEÇO EM PARTE do agravo interno e, nessa extensão, NEGO-LHE PROVIMENTO.

É como voto.

Documento eletrônico VDA38900441 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): LUIZ ALBERTO GURGEL DE FARIA Assinado em: 24/10/2023 18:59:13
Código de Controle do Documento: 442623a4-1fff-4559-ad0a-47993798248e

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO
PRIMEIRA TURMA

AgInt no REsp 2.087.100 / SC

Número Registro: 2023/0258938-0 **PROCESSO ELETRÔNICO**

Número de Origem:
50086910220218240045 50092303620198240045

Sessão Virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023

Relator do AgInt
Exmo. Sr. Ministro GURGEL DE FARIA

Presidente da Sessão
Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário
Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

RECORRENTE	:	MUNICÍPIO DE PALHOÇA
PROCURADOR	:	MAIARA MENDES DE SOUZA SILVA - SC037738
RECORRIDO	:	QUALIDADE MINERACAO LTDA
OUTRO NOME	:	QUALIDADE CONSTRUÇÕES E PAVIMENTAÇÕES LTDA
ADVOGADOS	:	GUSTAVO AMORIM - SC016863
		DANILO BITTENCOURT COELHO - SC028783
		RAFAEL BERTOLDI PESCADOR - SC043396

ASSUNTO : DIREITO TRIBUTÁRIO - IMPOSTOS - ISS/ IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE	:	QUALIDADE MINERACAO LTDA
OUTRO NOME	:	QUALIDADE CONSTRUÇÕES E PAVIMENTAÇÕES LTDA
ADVOGADOS	:	GUSTAVO AMORIM - SC016863
		DANILO BITTENCOURT COELHO - SC028783
		RAFAEL BERTOLDI PESCADOR - SC043396
AGRAVADO	:	MUNICÍPIO DE PALHOÇA
PROCURADOR	:	MAIARA MENDES DE SOUZA SILVA - SC037738

TERMO

Documento eletrônico VDA39126096 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 14/11/2023 00:10:57
Código de Controle do Documento: c04a8691-e579-4639-9b12-404b8cdf5a12

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 07/11/2023 a 13/11/2023, por unanimidade, conheceu parcialmente do recurso e, nessa parte deu-lhe provimento, nos termos do voto do Sr. Ministro Gurgel de Faria.

Os Srs. Ministros Benedito Gonçalves, Sérgio Kukina, Regina Helena Costa e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 14 de novembro de 2023

Documento eletrônico VDA39126096 assinado eletronicamente nos termos do Art.1º §2º inciso III da Lei 11.419/2006
Signatário(a): SISTEMA JUSTIÇA - SERVIÇOS AUTOMÁTICOS, Assinado em: 14/11/2023 00:10:57
Código de Controle do Documento: c04a8691-e579-4639-9b12-404b8cdf5a12