



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2608806 - SP
(2024/0118193-4)**

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
**AGRAVANTE : CEBRASSE - CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE
SERVICOS**
**ADVOGADOS : DIOGO TELLES AKASHI - SP207534
DANIEL AVILA THIERS VIEIRA - SP312970**
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS MELO NÓBREGA - SP272529

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DE LEI FEDERAL. DISCUSSÃO DE CARÁTER CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL.

1. Tendo o recurso sido interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.
2. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o seu conhecimento, a teor da Súmula 211/STJ.
3. No que diz respeito ao art. 7º da LC 116/2003, a apreciação de eventual choque entre legislação local de regência e lei federal compete, na instância excepcional, ao Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, conforme previsto no art. 102, inc. III, “d”, da CF/1988.
4. A controvérsia foi dirimida com fundamento constitucional, pelo que o recurso especial se apresenta inviável quanto ao ponto, sob pena de se usurpar a competência reservada pela

Constituição ao Supremo Tribunal Federal.

5. Agravo interno não provido.

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 08/10/2024 a 14/10/2024, por unanimidade, negar provimento ao recurso, nos termos do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 14 de outubro de 2024.

Ministro Benedito Gonçalves

Relator



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

**AgInt no AGRADO EM RECURSO ESPECIAL Nº 2608806 - SP
(2024/0118193-4)**

RELATOR : MINISTRO BENEDITO GONÇALVES
**AGRAVANTE : CEBRASSE - CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE
SERVICOS**
**ADVOGADOS : DIOGO TELLES AKASHI - SP207534
DANIEL AVILA THIERS VIEIRA - SP312970**
AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO
ADVOGADO : LUCAS MELO NÓBREGA - SP272529

EMENTA

PROCESSUAL CIVIL. AGRADO INTERNO NO AGRADO EM RECURSO ESPECIAL. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. VALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DE LEI FEDERAL. DISCUSSÃO DE CARÁTER CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL.

1. Tendo o recurso sido interposto contra acórdão publicado na vigência do CPC/2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.
2. A falta de prequestionamento da matéria suscitada no recurso especial, a despeito da oposição de embargos de declaração, impede o seu conhecimento, a teor da Súmula 211/STJ.
3. No que diz respeito ao art. 7º da LC 116/2003, a apreciação de eventual choque entre legislação local de regência e lei federal compete, na instância excepcional, ao Supremo Tribunal Federal, em sede de recurso extraordinário, conforme previsto no art. 102, inc. III, “d”, da CF/1988.
4. A controvérsia foi dirimida com fundamento constitucional, pelo que o recurso especial se apresenta inviável quanto ao ponto, sob pena de se usurpar a competência reservada pela

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES

(Relator): Trata-se de agravo interno interposto contra decisão assim ementada (fl. 665):

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ARTS. 108, §1º, E 110 DO CTN. AUSÊNCIA DE PREQUESTIONAMENTO. SÚMULA 211/STJ. ART. 7º DA LC 116/2003. RECURSO QUE QUESTIONA A VALIDADE DE LEI MUNICIPAL EM FACE DE LEI FEDERAL. DISCUSSÃO DE CARÁTER CONSTITUCIONAL. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE NA VIA ELEITA. FUNDAMENTAÇÃO DO ACÓRDÃO RECORRIDO ESTRITAMENTE CONSTITUCIONAL. AGRAVO CONHECIDO PARA NÃO CONHECER DO RECURSO ESPECIAL.

A agravante alega a natureza infraconstitucional da controvérsia, visto que houve manifestação pela possível afetação da matéria ao rito dos recursos repetitivos: **“(...) caso a matéria objeto deste feito não possuísse viés infraconstitucional passível de julgamento pela via do Recurso Especial, não teria este próprio Tribunal Superior se manifestado a respeito da necessidade de afetação da presente controvérsia ao julgamento dos recursos repetitivos a fim de firmar precedentes obrigatórios que vinculem o poder judiciário, de modo a uniformizar a jurisprudência, mantendo-a estável, integra e coerente, nos termos do artigo 926 do CPC.”** (fl. 677).

Afirma que **“(...) não há impedimento para que esta Corte Superior aprecie o Recurso Especial da Agravante em razão da ocorrência de ofensa a lei federal, sendo inclusive atribuída a competência de tal tarefa a este Superior Tribunal de Justiça, nos termos do art. 105, III, alínea “a” da Constituição Federal.”** (fl. 678) e que **“(...) a legislação prevê a possibilidade de interposição concomitante de Recurso Especial e**

Recurso Extraordinário quando o acórdão recorrido, simultaneamente, negarem vigência a texto da legislação federal e constitucional.” (fl. 679). Acrescenta que “(...), o Recurso Especial interposto pela Agravante não objetiva, em qualquer momento, a análise das violações a Constituição Federal (o que foi objeto do Recurso Extraordinário), mas sim a contrariedade da norma editada pela Agravada aos ditames da Lei Complementar nº 116/2003 e do Código Tributário Nacional.” (fl. 679).

Sustenta o prequestionamento implícito dos arts. 108, §1º, e 110 do CTN e a necessidade de observância ao art. 1025 do CPC/2015, não se aplicando ao caso a Súmula 211/STJ.

Com impugnação.

É o relatório.

VOTO

O SENHOR MINISTRO BENEDITO GONÇALVES (Relator): Consigna-se inicialmente que o recurso foi interposto contra acórdão publicado na vigência do Código de Processo Civil de 2015, devendo ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele prevista, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ.

Dito isso, observa-se que o presente recurso não merece prosperar, tendo em vista que dos argumentos apresentados no agravo interno não se vislumbram razões para reformar a decisão agravada.

A agravante sustenta não ser hipótese para a aplicação do enunciado da Súmula 211/STJ.

Ocorre que o prequestionamento é requisito previsto no inc. III do art. 105 da Constituição Federal e impõe que somente causas decididas por Corte Estadual, Regional Federal ou do Distrito Federal e Territórios sejam autorizadas ao exame por meio de recurso especial. Se a controvérsia, tal como apresentada no apelo nobre, não foi decidida, não

há falar em abertura dessa via recursal.

No caso, a Corte de origem não se pronunciou a respeito dos arts. 108, §1º, e 110 do CTN (e das teses a eles vinculadas), não obstante tenham sido opostos e julgados os embargos de declaração, o que denota a falta de debate ou prequestionamento sobre a controvérsia suscitada.

Repisa-se, como explicitado na decisão agravada, que os embargos de declaração opostos na origem não buscaram sanar eventual vício relativo à aplicação dos aludidos dispositivos legais, mas tão somente pleitearam seu prequestionamento explícito, o que não configura hipótese legal de cabimento de aclaratórios, conforme disposto no art. 1022 do CPC/2015.

Outrossim, em vista da alegação feita neste agravo acerca do prequestionamento ficto previsto no art. 1025 do CPC/2015, esclarece-se que não se observa na hipótese o referido prequestionamento, pois, nos termos da jurisprudência desta Corte Superior, para se possibilitar a sua incidência, cabe à parte alegar, nas razões do seu recurso especial, ofensa ao art. 1022 do CPC/2015, de modo a permitir que seja sanada eventual omissão através de novo julgamento dos aclaratórios, caso existente, providência esta não observada pela recorrente.

Tal como dito, “a admissão de prequestionamento ficto (art. 1.025 do CPC/15), em recurso especial, exige que no mesmo recurso seja indicada violação ao art. 1.022 do CPC/15, para que se possibilite ao órgão julgador verificar a existência do vício inquinado ao acórdão, que uma vez constatado, poderá dar ensejo à supressão de grau facultada pelo dispositivo de lei” (REsp 1639314/MG, Rel. Min. Nancy Andrighi, Terceira Turma, DJe de 10/4/2017).

Desse modo, mantém-se o não conhecimento do recurso especial com fundamento na Súmula 211/STJ:

Inadmissível recurso especial quanto à questão que, a despeito da oposição de embargos declaratórios, não foi apreciada pelo Tribunal *a quo*.

Já no tocante ao art. 7º da LC 116/2003, como já consignado, verificam-se dois óbices à análise pretendida.

A uma, o recurso especial combate acórdão que considerou válida a legislação local de regência (Lei Municipal 13.701/2003), questionando sua aplicação em face de lei federal (LC 116/2003), o que denota a natureza constitucional da controvérsia. Tal apreciação, na instância excepcional, não compete a esta Corte, mas ao STF, em sede de recurso extraordinário, conforme previsto no art. 102, inc. III, “d”, da CF/1988.

A duas, a controvérsia foi dirimida com fundamento constitucional, pelo que o recurso especial se apresenta inviável quanto ao ponto, sob pena de se usurpar a competência reservada pela Constituição ao Supremo Tribunal Federal. Com efeito, veja-se o quanto assentado pelo colegiado bandeirante (fls. 491-495):

“Como se vê da passagem em destaque, o E. Supremo Tribunal Federal entendeu que, na verdade, seria inconstitucional retirar da base de cálculo do ISS os tributos federais.

Assim, por consequência lógica, extrai-se a constitucionalidade da inclusão de referidos tributos na base de cálculo do ISS. Tal conclusão se dá em razão da legislação complementar federal prever que a base de cálculo do Imposto Sobre Serviços é o preço do serviço, ou seja, o valor recebido pelo prestador do tomador, independentemente das verbas que o componham. Neste sentido, manifestou-se o PGR oficiante na ADPF acima mencionada:

(...)

Em outras palavras, se o prestador inclui tributos federais no preço repassando ao tomador o encargo, tais quantias devem ser incluídas na base de cálculo do ISS, sob pena de, ao excluí-las, haver vantagem na prestação de serviços em determinado Município, beneficiando-o perante os demais e violando o pacto federativo.

E nem se diga que tais tributos federais não incluiriam o PIS/COFINS. Do acórdão proferido na ADPF 190, vê-se que foi declarada inconstitucional a norma do artigo 190, §2º, II e 191, §6º, II da Lei nº 2.614/97 do Município de Poá, que tinha a seguinte redação:

(...)

Ou seja, houve declaração de inconstitucionalidade da exclusão dos valores relativos ao PIS/PASEP e COFINS, do preço do serviço (base de cálculo do ISS).

No que se refere **à inclusão do próprio ISS** na sua base de cálculo, melhor sorte não assiste à apelante.

É igualmente consolidado perante esta e. Câmara, o entendimento de que por ‘preço do serviço’, deve-se incluir o valor repassado pelo prestador ao tomador, pouco importando a composição dessa base de cálculo, que pode incluir não apenas tributos federais, como também o próprio ISS.

A propósito, peço vênica para transcrever trecho de voto da lavra do E. Des. Silva Russo:

‘Conclui-se, então, que é constitucional, a inclusão de tais tributos na base de cálculo do ISS, em decorrência da legislação complementar federal, a qual prevê que a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, conforme preconiza o artigo 7º da LC nº 116/2003 ou seja, o valor recebido pelo prestador do tomador, independentemente da composição de tal preço, significando que, se o prestador inclui no preço cobrado, tributos federais, repassando ao tomador o encargo, tais valores devem ser considerados, na base de cálculo do ISS e, ao excluí-los, se beneficiará perante os demais, ocorrendo violação ao pacto federativo e caracterizando a inconstitucionalidade do ato negativo, pois os tributos federais fazem parte do preço do serviço, não havendo, portanto, ilegalidade na base de cálculo do ISS, na dicção legal:

Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço. [...] §2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;’ destacamos - TJSP; Apelação Cível 1012624-25.2021.8.26.0068; Relator (a): Silva Russo; Órgão Julgador: 15ª Câmara de Direito Público; Foro de Barueri - Vara da Fazenda Pública; Data do Julgamento: 09/05/2022; Data de Registro: 09/05/2022’

(...)

Como se vê, a orientação jurisprudencial sobre a matéria vai em sentido contrário ao proposto pela apelante, de modo que o legislador, ao redigir o artigo 7º da Lei Complementar nº 116/03, estabelecendo de forma objetiva e genérica que a base de cálculo do ISS é o ‘preço do serviço’, teve por intenção abranger à totalidade do custo do serviço prestado, não sendo lícito aos operadores do Direito excluir dessa composição qualquer quantia, nem mesmo as quantias relativas a tributos federais e ao próprio ISS.

O que é inconstitucional, ao menos por ora, é a interpretação restritiva do dispositivo legal mencionado, e não aquela conferida atualmente pela jurisprudência, no sentido de que, repita-se, tudo o que for repassado ao tomador de serviço, está incluído no conceito de ‘preço do serviço’.”

Finalmente, ressalta-se que eventual futura afetação da matéria não impede o julgamento do presente recurso, seja porque ainda não adotada a referida sistemática, seja porque o caso em exame trata de controvérsia mais abrangente que a discutida nos AREsp 2.609.078/SP e 2.620.286/SP, seja porque os óbices impostos à espécie afastam o conhecimento da *quaestio*.

Ante o exposto, nego provimento ao agravo interno.

É como voto.



SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

TERMO DE JULGAMENTO PRIMEIRA TURMA

**AgInt no AREsp 2.608.806 / SP
PROCESSO ELETRÔNICO**

Número Registro: 2024/0118193-4

Número de Origem:

10420769120228260053 104207691202282600532 1042076912022826005350000 20230000208973
20230000970535 20230001082354 21398633420238260000 420769120228260053

Sessão Virtual de 08/10/2024 a 14/10/2024

Relator do AgInt

Exmo. Sr. Ministro BENEDITO GONÇALVES

Presidente da Sessão

Exmo. Sr. Ministro PAULO SÉRGIO DOMINGUES

Secretário

Bela. BÁRBARA AMORIM SOUSA CAMUÑA

AUTUAÇÃO

AGRAVANTE : CEBRASSE - CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVICOS

ADVOGADOS : DIOGO TELLES AKASHI - SP207534

DANIEL AVILA THIERS VIEIRA - SP312970

AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : LUCAS MELO NÓBREGA - SP272529

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

AGRAVO INTERNO

AGRAVANTE : CEBRASSE - CENTRAL BRASILEIRA DO SETOR DE SERVICOS

ADVOGADOS : DIOGO TELLES AKASHI - SP207534

DANIEL AVILA THIERS VIEIRA - SP312970

AGRAVADO : MUNICÍPIO DE SÃO PAULO

ADVOGADO : LUCAS MELO NÓBREGA - SP272529

TERMO

A PRIMEIRA TURMA do Superior Tribunal de Justiça, em sessão virtual de 08/10/2024 a 14/10/2024, por unanimidade, decidiu negar provimento ao recurso, nos termos

do voto do Sr. Ministro Relator.

Os Srs. Ministros Sérgio Kukina, Regina Helena Costa, Gurgel de Faria e Paulo Sérgio Domingues votaram com o Sr. Ministro Relator.

Presidiu o julgamento o Sr. Ministro Paulo Sérgio Domingues.

Brasília, 14 de outubro de 2024