

AG.REG. NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO 1.622.541 SÃO PAULO

RELATOR	: MINISTRO PRESIDENTE
AGTE.(S)	: CONGRESERV SUDESTE S/A.
ADV.(A/S)	: ANTONIO ESTEVES JUNIOR
ADV.(A/S)	: CAMILA ÂNGELA BONÓLO PARISI
AGDO.(A/S)	: MUNICIPIO DE ARARAQUARA
PROC.(A/S)(ES)	: PROCURADOR-GERAL DO MUNICIPIO DE ARARAQUARA
PROC.(A/S)(ES)	: ALESSANDRO FERRO

RELATÓRIO

O SENHOR MINISTRO EDSON FACHIN (PRESIDENTE): Trata-se de agravo regimental interposto em face de decisão monocrática que negou provimento ao recurso, nos seguintes termos (eDOC 141):

“Trata-se de recurso extraordinário com agravo contra decisão de inadmissão do recurso extraordinário.

O recurso foi interposto com fundamento na alínea ‘a’ do permissivo constitucional.

O acórdão recorrido ficou assim ementado:

‘DIREITO TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO E REMESSA NECESSÁRIA. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. DEDUÇÃO DE MATERIAIS. RECURSOS PROVIDOS.

I. Caso em Exame

1. Recurso de apelação interposto pelo Município de Araraquara contra sentença que concedeu a segurança em mandado de segurança impetrado por Congreserv Sudeste S/A, assegurando o direito de não recolher ISSQN sobre materiais empregados na prestação de serviços de concretagem.

II. Questão em Discussão

2. A questão em discussão consiste em (i) a possibilidade de dedução dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do ISS e (ii) a adequação

do mandado de segurança como via processual.

III. Razões de Decidir

3. Preliminar de inadequação da via eleita afastada, vez que se trata de matéria de direito.

4. A jurisprudência do STF e STJ estabelece que a dedução da base de cálculo do ISS é permitida apenas para materiais produzidos pelo prestador fora do local da obra e comercializados com incidência de ICMS.

5. No caso concreto, a impetrante não comprovou que os materiais foram produzidos por ela fora do ambiente da obra, inviabilizando a dedução.

IV. Dispositivo e Tese

6. Recursos providos.

Tese de julgamento:

1. A dedução de materiais da base de cálculo do ISS é restrita a materiais produzidos pelo prestador fora do local da obra e comercializados com a incidência do ICMS.

Legislação Citada:

Lei Complementar nº 116/2003, art. 7º, § 2º, I;
DecretoLei 406/1968, art. 9º, § 2º.

Jurisprudência Citada:

STF, RE nº 603.497, Rel. Min. Ellen Gracie;
STJ, REsp nº 1.916.376/RS, Rel. Min. Gurgel de Faria;
STJ, AgInt no AREsp nº 2.486.358/SP, Rel. Min. Herman Benjamin, j. 13/05/2024;

STJ, AgInt no REsp nº 2.130.399/MG, Rel. Min. Regina Helena Costa; j. 24/06/2024;

STJ, AgInt no REsp nº 2.109.050/SC, Rel. Min. Sérgio Kukina, j. 13/5/2024;

TJSP, Remessa Necessária nº 1000887-12.2022.8.26.0356, Rel. Des. Eutálio Porto, j. 24/01/2024;

TJSP, Remessa Necessária nº 1001235-74.2024.8.26.0347, Rel. Des. Eutálio Porto, j. 20/02/2025;

TJSP, Apelação Cível nº 1006886-69.2022.8.26.0408, Rel. Des. Raul de Felice, j. 13/12/2024.

TJSP, Remessa Necessária nº 1007150-56.2022.8.26.0127, Rel. Des. Erbetta Filho; j. 17/04/2024’.

Opostos os embargos de declaração, foram rejeitados.

No recurso extraordinário sustenta-se violação do(s) art.(s) 146, III; 156, III da Constituição Federal.

Decido.

Analizados os autos, colhe-se do voto condutor do acórdão atacado a seguinte fundamentação:

‘Em resumo, a orientação jurisprudencial dominante no Superior Tribunal de Justiça, a contar da recente interpretação dada pela Suprema Corte ao Tema nº 247, de repercussão geral, rumo no sentido de que a base de cálculo na prestação de serviços de construção civil, itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa da Lei Complementar nº 116/2003, é o preço dos serviços, permitida a dedução de materiais produzidos pela prestadora dos serviços, fora do ambiente da obra, e destacadamente comercializados com a incidência de ICMS.

No caso em apreço, a impetrante nem sequer afirmou que os materiais, cuja dedução almeja, tenham por ela sido produzidos fora do ambiente da obra, com o recolhimento do ICMS, logo a pretensão autoral não prospera.

(...)

Inexiste a distinção que a impetrante sustenta, no sentido de que os materiais foram produzidos fora do ambiente da obra, o que, como se extrai da sólida jurisprudência atual, não basta. Somente os materiais, por ela produzidos fora da obra, desde que destacado o ICMS, seriam excluídos da base de cálculo’.

Desse modo, verifica-se que, para ultrapassar o entendimento do Tribunal de origem, seria necessário analisar a causa à luz da interpretação dada à legislação infraconstitucional

pertinente e reexaminar os fatos e as provas dos autos, o que não é cabível em sede de recurso extraordinário, nos termos da Súmula 279 /STF. Sobre o tema:

‘Agravos regimentais no recurso extraordinário com agravo. Direito Administrativo. Responsabilidade do Estado. Danos morais e materiais. Dissídio coletivo. Descumprimento de acordo. **Fatos e provas. Reexame. Impossibilidade. Precedentes. 1. Inadmissível, em recurso extraordinário, o reexame dos fatos e das provas dos autos. Incidência da Súmula nº 279/STF.** 2. Agravo regimental não provido’ (ARE nº 1.182.799/SP-AgR, Tribunal Pleno, Min. Rel. **Dias Toffoli**, DJe de 24/04/2019).

‘AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO. INTERPOSIÇÃO EM 30.04.2021. PROCESSUAL CIVIL. AÇÃO RESCISÓRIA. INVESTIGAÇÃO DE PATERNIDADE *POST MORTEM*. NECESSIDADE DE ANÁLISE PRÉVIA DE LEGISLAÇÃO INFRACONSTITUCIONAL E DO CONJUNTO FÁTICO-PROBATÓRIO DOS AUTOS. OFENSA REFLEXA. SÚMULA 279 DO STF. AGRAVO REGIMENTAL A QUE SE NEGA PROVIMENTO. 1. Eventual divergência ao entendimento adotado pelo Tribunal a quo, em relação ao preenchimento dos requisitos legais para a procedência da ação rescisória, demandaria o reexame de fatos e provas constantes dos autos, bem como da legislação infraconstitucional aplicável à espécie (Código de Processo Civil). Dessa forma, resta demonstrada a não ocorrência de ofensa constitucional direta, o que inviabiliza o processamento do apelo extremo, além da vedação contida na Súmula 279 do STF. 2. Agravo regimental a que se nega provimento’. (ARE 1.296.307/SP-AgR, Segunda Turma, sob minha relatoria, DJe de 05/07/2021).

‘Recurso extraordinário: descabimento: **questão decidida à luz de legislação infraconstitucional e da análise de fatos e provas**, ausente o prequestionamento dos dispositivos constitucionais tidos por violados (Súmulas 282 e 279); alegada ofensa que, se ocorresse, seria reflexa ou indireta: incidência, *mutatis mutandis*, da Súmula 636’. (AI nº 518.895/MG-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. **Sepúlveda Pertence**, DJ de 15/04/2005).

‘AGRAVO INTERNO. RECURSO EXTRAORDINÁRIO. REAPRECIÇÃO DE PROVAS. INADMISSIBILIDADE. SÚMULA 279 DO STF. OFENSA CONSTITUCIONAL REFLEXA. 1. A argumentação do recurso extraordinário traz versão dos fatos diversa da exposta no acórdão, de modo que seu acolhimento passa necessariamente pela revisão das provas. Incide, portanto, o óbice da Súmula 279 desta Corte (Para simples reexame de prova não cabe recurso extraordinário). 2. Tendo o acórdão recorrido solucionado as questões a si postas com base em preceitos de ordem infraconstitucional, não há espaço para a admissão do recurso extraordinário, que supõe matéria constitucional prequestionada explicitamente. 3. Agravo Interno a que se nega provimento’. (RE 1.314.563/PR-AgR, Primeira Turma, Rel. Min. **Alexandre de Moraes**, DJe de 09/08/2021).

No mesmo sentido: RE nº 1.231.979/RJ - ED, Segunda Turma, Rel. Min. **Cármem Lúcia**, DJe de 18/12/2019; RE nº 1.173.779/RS-AgR, Segunda Turma, Rel. Min. **Gilmar Mendes**, DJe de 31/05/2019 e RE nº 832.960/DF-AgR, Primeira Turma, Rel. Min **Luiz Fux**, DJe de 21/05/2019.

Ante o exposto, nego seguimento ao recurso (alínea c do inciso V do art. 13 do Regimento Interno do Supremo Tribunal Federal).

Havendo prévia fixação de honorários advocatícios pelas instâncias de origem, seu valor monetário será majorado em 10% (dez por cento) em desfavor da parte recorrente, nos termos do art. 85, § 11, do Código de Processo Civil, observado os limites dos §§ 2º e 3º do referido artigo e a eventual concessão de justiça gratuita”.

Nas razões do regimental, a parte recorrente defende a inaplicabilidade das Súmula 279/STF. Sustenta, nesse sentido, que (eDOC 142):

“11. Com a devida vênia, tal entendimento não pode prevalecer, na medida em que, diversamente do que restou consignado, a controvérsia veiculada no Recurso Extraordinário não demanda incursão probatória, mas, sim, a correta interpretação e aplicação do texto constitucional, sobretudo dos artigos 146, inciso III, e 156, III da Constituição Federal.

12. Isso porque o reconhecimento do direito líquido e certo da AGRAVANTE à dedução dos valores correspondentes aos materiais empregados nas obras não exige qualquer análise acerca de provas documentais – como equivocadamente entendeu a decisão ora impugnada –, mas tão somente a verificação de lesão ao direito assegurado pela Constituição e pela jurisprudência deste E. STF.

13. Reforça-se: diferentemente do que defende a r. decisão monocrática ora agravada, não discute o *writ* de origem a forma da dedução empregada pela AGRAVANTE, mas sim seu direito líquido e certo de não ser impedida de proceder às deduções legalmente previstas, cabendo à autoridade fiscal, em momento oportuno, a verificação da regularidade das deduções feitas.

(...)

19. Explica-se: no caso concreto, a I. Autoridade Coatora prevê que devem ser incluídos na *vase* de cálculo do ISS o valor dos materiais fornecidos pelo prestador do serviço de construção

civil, em completa afronta à legislação federal – que prevê expressamente a possibilidade de dedução dos materiais fornecidos pelo prestador do serviço.

20. Ora, em origem, o presente Mandado de Segurança tem como objeto o reconhecimento do direito líquido e certo da ora AGRAVANTE de realizar as deduções dos materiais utilizados no serviço de construção civil (concretagem) da base de cálculo do ISS no município de Araraquara – ou seja: a forma de dedução utilizado pela AGRAVANTE não está em discussão no *mandamus*, mas sim a própria impossibilidade indiscriminada da dedução, conforme é permitido pela Lei Federal.

21. Reforça-se: o *writ* de origem não discute o atendimento concreto de tais requisitos, mas sim o direito líquido e certo da AGRAVANTE de não ser impedida, de forma absoluta, de proceder às deduções legalmente previstas, cabendo à autoridade fiscal, em momento oportuno, a verificação da regularidade das deduções feitas.

22. A verificação da efetiva utilização dos materiais poderá, se necessário, ser oportunamente realizada pela própria Administração Tributária, no exercício regular de seu poder de fiscalização, mas não no processo que se visa reconhecimento de direito amparado pela legislação e jurisprudência deste E. STF”.

Por fim, requer a reconsideração da decisão recorrida ou, subsidiariamente, o provimento do agravo, para que sejam acolhidas as razões apresentadas no recurso extraordinário.

É o relatório.