

AGRAVO DE INSTRUMENTO

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA

Recurso embargos declaratórios -
Tribunal STJ
Relator Márcio Bonilha

VALOR DOS MATERIAIS E PAGAMENTOS A SUBEMPREENHEIROS — INCLUSÃO NA BASE DE CÁLCULO - POSSIBILIDADE

RESUMO

- Cinge-se a discussão em verificar se, na base de cálculo do ISS incidente sobre o serviço de construção civil, estão incluídos os materiais utilizados pelo prestador do serviço e os pagamentos efetuados a subempreiteiros. - Cumpra observar, por primeiro, que não há qualquer eiva a ser sanada no v. acórdão recorrido, pois o egrégio Tribunal de origem apreciou toda a matéria recursal devolvida, como se verifica da leitura dos vv. acórdãos da apelação e dos embargos declaratórios. - Com efeito, "não ocorre omissão quando o acórdão deixa de responder exaustivamente a todos os argumentos invocados pela parte, certo que a falha deve ser aferida em função do pedido, e não das razões invocadas pelo litigante. Não há confundir ponto do litígio com argumento trazido à colação pela parte, principalmente quando, para a solução da lide, bastou o exame de aspectos fáticos, dispensando o exame da tese, por mais sedutora que possa parecer. Se o acórdão contém suficiente fundamento para justificar a conclusão adotada, na análise do ponto do litígio, então objeto da pretensão recursal, não cabe falar em omissão, visto que a decisão está completa, ainda que diversos os motivos acolhidos seja em primeira, seja em segunda instância. Os embargos declaratórios devem referir-se a ponto omissos ou obscuros da decisão e não a fatos e argumentos mencionados pelas partes" (Embargos n. 229.270, de 24.5.77, 1º TAC - SP, Rel. Juiz Márcio Bonilha, in "Dos Embargos de Declaração", SÔNIA MÁRCIA HASE DE ALMEIDA BAPTISTA, 2ª ed., Ed. Revist a dos Tribunais). - Sobreleva notar que, ao tribunal toca decidir a matéria impugnada e devolvida. A função teleológica da decisão judicial é a de compor, precipuamente, litígios. Não é peça acadêmica ou doutrinária, tampouco destina-se a responder a argumentos, à guisa de quesitos, como se laudo pericial fora. Contenta-se o sistema com a solução da controvérsia, observada a "res in iudicium deducta". - No tocante à alegada ofensa ao artigo 9º, § 2º do Decreto-lei n. 406/68, impõe-se o não conhecimento do recurso ante a ausência de prequestionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pelo v. acórdão recorrido. - De outra parte, no que se refere à cobrança do ISS sobre os serviços de construção civil, decidiu a Corte de origem que, "tributando o Município sobre o todo, vale dizer, englobando serviços e materiais, haveria duplicidade na tributação" (fl.). - Esse entendimento, "data venia", não merece prosperar. - A incidência do ISS sobre a construção civil estava prevista nos itens ns. 32 e 34 da lista anexa ao DL n. 406/68, vigente ao tempo em que ocorreu o fato gerador, "verbis": "32. Execução por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras obras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM); 34. Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICM)". - A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar situação análoga a dos presentes autos e chegou à conclusão de que "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)" (EREsp 149.946/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, DJU 20.03.2000). - Deveras, 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. - O mesmo se diga em relação aos pagamentos efetuados a terceiros, "in casu", as subempreitadas. Consoante explicita BERNARDO RIBEIRO DE MORAES, "subempreitada é denomi

EMENTA

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. - O mesmo diga-se em relação ao pagamento efetuado a terceiros, "in casu", as subempreitadas.