

Só não compõe base do ISS material de construção sujeito ao ICMS

Só podem ser excluídos da base de cálculo do Imposto Sobre Serviço (ISS) os valores de materiais de construção civil que, por serem produzidos pelo prestador fora do local da prestação do serviço, estejam sujeitos à cobrança do ICMS (Imposto sobre Circulação de Mercadorias e Serviços (ICMS)).

Reprodução



Base de cálculo do ISS só não contém os materiais que não foram produzidos no local da obra, e sobre os quais incidiu ICMS

Essa é a conclusão a ser extraída de um julgamento do Supremo Tribunal Federal que pode ter alcançado um ponto final após mais de uma década. No sábado (3/12), a corte rejeitou embargos de declaração pela segunda vez, em recurso extraordinário sobre o tema.

No Supremo, a discussão tratou da constitucionalidade do artigo 9º, parágrafo 2º, alínea "a", do [Decreto-Lei nº 406/1968](#). Trata-se da norma que estabelece a base de cálculo sobre a prestação de determinados serviços, entre os quais se encontram os da construção civil (itens 19 e 20 da lista anexa à lei).

A jurisprudência do STF já tratava esse trecho da lei como recepcionado pela Constituição Federal de 1988 — portanto, constitucional. O julgamento encerrado no sábado com a rejeição dos embargos de declaração manteve essa conclusão.

Assim, a regra para a definição da base de cálculo do ISS é: o preço do serviço deduzido das parcelas correspondentes ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços.

Os itens 19 e 20 da lista anexa, que elencam serviços da construção civil, trazem uma ressalva fundamental: eles excluem da base do ISS o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços fora do local da execução do trabalho, que ficam sujeitas ao ICM (denominação anterior do ICMS).

Faltou decidir o alcance do termo "mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços". Essa missão, que não tem ligação com a Constituição, ficou a cargo do Superior



Tribunal de Justiça.

O que pode ser deduzido?

Há duas interpretações possíveis. Uma delas é mais favorável ao contribuinte: o ISS não alcança o valor relativo a mercadoria alguma, quer fosse produzida no local da prestação do serviço (pela determinação do artigo 9º, parágrafo 2º, alínea "a", do Decreto-Lei nº 406/1968), quer fora dele (pela ressalva do item da lista).

A outra é mais restritiva: a dedução do ISS só se aplica às mercadorias produzidas pelo prestador fora do local da prestação de serviços que se sujeitavam ao antigo ICM (atual ICMS). Essa foi a posição adotada pelo STJ em diversos precedentes, inclusive no caso julgado pelo STF.

De acordo com o Supremo, essa interpretação não fere a Constituição. Foi o que decidiu o Plenário em junho de 2020, [conforme publicou](#) a revista eletrônica **Consultor Jurídico**, entendimento confirmado agora com a rejeição dos embargos de declaração.

O caso concreto que gerou o recurso trata de ação ajuizada por uma empresa com o objetivo de extinguir uma execução fiscal provocada pelo município de Betim (MG). O objetivo era excluir da base do ISS valores dos materiais fornecidos em serviços de concretagem prestados em obras de construção civil — o que não é possível.

Fim de papo

O processo chegou ao STF em 2010, com o reconhecimento da repercussão geral. Em agosto daquele ano, a relatora, a então ministra Ellen Gracie, deu provimento ao recurso para restabelecer a sentença de primeiro grau que permitiu à empresa deduzir da base de cálculo os valores dos materiais usados para concretagem.

Essa decisão monocrática valeu por uma década, até ser derrubada no julgamento do STF em 2020. Segundo o advogado **Ricardo Almeida Ribeiro da Silva**, que atuou em favor do município de Betim, esse cenário levou à expectativa errônea de que todo e qualquer gasto com materiais de construção poderia ser excluído da base de cálculo do ISS.

Em sua avaliação, o momento é de o STJ reforçar a jurisprudência firmada antes de 2010. Já em 2020, ele afirmou que o impacto econômico, tanto para as empresas como para os municípios, seria pequeno, já que as leis municipais em geral definem alíquotas mínimas de ISS para incentivar o setor.

RE 603.497

Date Created

05/12/2022