

## Só não compõem a base do ISS materiais que se sujeitem ao ICMS

A base de cálculo do ISS é o preço do serviço de construção civil contratado. Dela, só é possível deduzir o valor do material empregado se ele foi produzido pelo prestador fora do local da obra e se foi por ele comercializado com a incidência do ICMS.

navintar/freepik



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

Com esse entendimento, a 1ª Turma do Superior Tribunal de Justiça confirmou a pacificação de uma controvérsia tributária que durou uma década, mas recentemente teve seu fim por meio de decisão do Supremo Tribunal Federal.

O caso julgado envolve a interpretação do artigo 9º, parágrafo 2º, alínea "a", do [Decreto-Lei 406/1968](#), a 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).

Esses itens trazem a ressalva de que não incide na base do ISS o fornecimento de "mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços fora do local da execução do trabalho, que ficam sujeitas ao ICMS".

Esse trecho permitiria duas interpretações. Uma delas, mais favorável ao contribuinte, indica que o ISS não alcança o valor relativo a mercadoria alguma, quer seja produzida no local da prestação do serviço, quer seja fora dele.

A outra, pró-Fisco, diz que a dedução do ISS só se aplica às mercadorias produzidas pelo prestador fora do local da prestação de serviços que se sujeitem ao ICMS. Essa foi a posição historicamente adotada pelas turmas de Direito Público do STJ em diversos precedentes.

O problema é que, em 2010, a discussão chegou ao Supremo Tribunal Federal, no RE 603.497. Relatora da matéria, a ministra Ellen Gracie (hoje aposentada) deu provimento ao recurso para restabelecer a sentença e permitir à empresa recorrente deduzir da base de cálculo os valores dos materiais usados para



---

concretagem.

Essa decisão monocrática valeu por uma década. Nesse período, houve a indicação por parte do Supremo de que a interpretação do STJ estava superada. [Essa posição foi derrubada em 2020](#), o que se [confirmou no ano passado](#), como mostrou a revista eletrônica **Consultor Jurídico**.

Segundo a ministra Regina Helena Costa, o STF acabou por preservar a orientação jurisprudencial que o STJ sedimentou no âmbito infraconstitucional: a impossibilidade de dedução dos materiais empregados da base de cálculo do ISS incidente sobre serviço de construção civil.

"O prestador de serviço de construção civil é, via de regra, contribuinte tão somente do ISS, de modo que, ainda que ele mesmo produza os materiais empregados fora do local da obra, esses materiais não estarão sujeitos ao recolhimento do ICMS, e, portanto, não poderão ser abatidos da base de cálculo do ISS", explicou a relatora do recurso especial.

"Entretanto, caso o prestador do serviço de construção civil também seja contribuinte do ICMS, os materiais necessários à construção por ele produzidos fora do local da obra e destacadamente comercializados em paralelo com o tomador, porquanto passíveis de tributação pelo imposto estadual, poderão ser subtraídos da base de cálculo do ISS", acrescentou ela.

No caso julgado pela 1ª Turma do STJ, o recurso especial do contribuinte foi negado porque a empresa não alegou, muito menos comprovou, que vendeu de forma separada os materiais empregados nos serviços de concretagem e submeteu o valor deles à tributação pelo ICMS. A votação foi unânime.

Clique [aqui](#) para ler o acórdão  
**REsp 1.916.376**

**Date Created**  
05/05/2023