



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE SÃO PAULO

Registro: 2025.0000352156

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Agravo de Instrumento nº 2032875-18.2025.8.26.0000, da Comarca de Bertioga, em que é agravante CONCRESERV SUDESTE S/A, é agravado MUNICÍPIO DE BERTIOGA.

ACORDAM, em sessão permanente e virtual da 18ª Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça de São Paulo, proferir a seguinte decisão: **Negaram provimento ao recurso. V. U.**, de conformidade com o voto do relator, que integra este acórdão.

O julgamento teve a participação dos Desembargadores WANDERLEY JOSÉ FEDERIGHI (Presidente) E BEATRIZ BRAGA.

São Paulo, 9 de abril de 2025.

MARCELO L THEODÓSIO

Relator

Assinatura Eletrônica

18ª Câmara de Direito Público

Agravo de Instrumento nº 2032875-18.2025.8.26.0000

Agravante: Conereserv Sudeste S/A

Agravado: Município de Bertioga

Comarca: Bertioga

Voto nº 30.797

EMENTA : DIREITO ADMINISTRATIVO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. RECURSO DESPROVIDO.

I. Caso em Exame: Agravo de Instrumento interposto por Adriana Rodrigues contra a r. decisão de 1º grau que indeferiu o pedido liminar em Mandado de Segurança.

II. Questão em Discussão: A questão em discussão consiste na possibilidade de concessão de liminar para abatimento na base de cálculo do ISS.

III. Razões de Decidir: A concessão de liminar em mandado de segurança exige demonstração inequívoca de ilegalidade ou abuso de poder, ou que não se verifique no caso. Ausência de "*periculum in mora*" e "*fumus boni juris*" para concessão da medida de urgência, conforme análise perfunctória dos fatos.

IV. Dispositivo e Tese: Recurso desprovido. Tese de julgamento: A liminar em mandado de segurança é um ato discricionário do juiz, não cabendo revisão em sede recursal sem demonstração de ilegalidade ou abuso de poder. Legislação Citada: Lei nº 12.016/2009, art. 7º, I e III. Código de Processo Civil, art. 300. Jurisprudência Citada: STJ, RT 674/202. TJSP, Agravo de Instrumento 2043581-07.2018.8.26.0000, Rel. Roberto Martins de Souza, 18ª Câmara de Direito Público, j. 05.09.2018. TJSP, Agravo de Instrumento 2212585-13.2016.8.26.0000, Rel. Burza Neto, 18ª Câmara de Direito Público, j. 02.02.2017. TJSP, Agravo de Instrumento nº

2160513-78.2018.8.26.0000, Rel. Rubens Rihl, 1ª Câmara de Direito Público, j. 27.08.2018.

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto por **CONGRESERV SUDESTE S/A**, em face da r. decisão dos autos nº 1000051-89.2025.8.26.0075, Mandado de Segurança, impetrado pela ora agravante, em face do **ILMO SR. SECRETÁRIO DA FAZENDA DO MUNICÍPIO DE BERTIOGA**, que às fls.305/308 (autos principais), o Juízo *a quo*, assim decidiu:

“Vistos. Trata-se de mandado de segurança com pedido liminar impetrado por Congreserv - Concreto & Serviço. Cuida-se de hipótese de indeferimento da tutela provisória. A impetrante pretende a concessão de liminar para autorizar o abatimento dos materiais utilizados no serviço de concretagem da base de cálculo do ISS. Sucede que só é permitida a dedução de materiais que estão sujeitos ao ICMS, entre os quais não se encontra aqueles utilizados para o serviço de concretagem, por força do enunciado de súmula 167 do STJ: Súmula 167: O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS..Por não estarem sujeitos ao ICMS, os materiais relacionados ao serviço de concretagem não podem ser deduzidos da base de cálculo do ISS. É esse o entendimento do STJ: PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISS. BASE DE CÁLCULO. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. DEDUÇÃO DOS MATERIAS EMPREGADOS. ACÓRDÃO RECORRIDO EM CONTRARIEDADE COM A ORIENTAÇÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. DESNECESSIDADE DE REEXAME FÁTICO-PROBATÓRIO. SÚMULA 7/STJ NÃO INCIDENTE NO CASO 1. Tendo o recurso sido interposto contra decisão publicada na vigência do Código de

Processo Civil de 2015, devem ser exigidos os requisitos de admissibilidade na forma nele previsto, conforme Enunciado Administrativo n. 3/2016/STJ. 2. De acordo com o entendimento consolidado nesta Corte Superior, a base de cálculo do ISS é o preço do serviço de construção civil contratado, não sendo possível deduzir o valor referente aos materiais empregados, salvo se produzidos pelo prestador fora do local da obra e por ele destacadamente comercializados com a incidência do ICMS, situação não evidenciada nos autos. 3. No caso, a apreciação do recurso especial não atrai o óbice da Súmula n. 7/STJ, uma vez que da simples leitura do acórdão recorrido observa-se a dissonância havida entre a jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça e a conclusão alcançada pelo Tribunal de origem, ao entender que é legítima a dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil, de forma que a controvérsia é jurídica, dispensando o seu conhecimento reexame de prova. 4. Agravo interno não provido. (AgInt no AREsp n. 2.407.734/RJ, relator Ministro Benedito Gonçalves, Primeira Turma, julgado em 25/11/2024, DJe de 29/11/2024.) No mesmo sentido é o entendimento do TJSP: Mandado de Segurança. ISS. Pretensão à dedução do montante relativo aos materiais fornecidos e empregados na prestação de serviços de concretagem da base de cálculo do tributo. Sentença que denegou a segurança. Pretensão à reforma. Desacolhimento. Serviços prestados na vigência da LC 116/2003, que disciplinou a questão de maneira diversa do artigo 9º do Decreto-Lei 406/1968 (objeto de análise no RE 603.497) e, em sua lista própria, passou a tratar de forma específica (item 7.02 e 7.05) o serviço prestado pela autora/apelada, só excluindo da base de cálculo do ISS o valor correspondente ao fornecimento de mercadorias produzidas pelo próprio prestador e fora do local da realização dos serviços. Observância do artigo 2º, § 1º, da

Lei de Introdução às Normas do Direito Brasileiro, com o afastamento do artigo 9º do Decreto-Lei 406/1968 do caso em análise. Incidência da regra geral pela qual os serviços especificados na lista anexa à Lei Complementar n. 116/2003 e à lei do Município competente ficam sujeitos apenas ao ISS, ainda que sua prestação envolva o fornecimento de mercadorias, sendo a base de cálculo o valor total do serviço, sem o abatimento postulado. Impossibilidade de dedução de materiais empregados na prestação de serviço de concretagem. Precedentes do STJ. Denegação da segurança mantida. Recurso não provido. (TJSP; Apelação Cível 1005962-66.2022.8.26.0082; Relator (a):Ricardo Chimentí; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro de Boituva -1ª Vara; Data do Julgamento: 28/09/2023; Data de Registro: 29/09/2023) O Supremo Tribunal Federal, ao julgar recurso que pretendia a reforma de decisão do STJ, entendeu que a conclusão do STJ de que o serviço de concretagem não admite dedução da base de cálculo do ISS não viola o julgamento do STF no tema 247, por se tratar de matéria infraconstitucional: EMENTA DIREITO TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. MATERIAL EMPREGADO. DEDUÇÃO. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, A, DO DL 406/1968. ACÓRDÃO DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA QUE NÃO DESTOA DA JURISPRUDÊNCIA DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. 1. A jurisprudência deste Supremo Tribunal Federal, reafirmada na decisão agravada, circunscreve-se a a asseverar recepcionado, pela Carta de 1988, o art. 9º, § 2º, a, do DL 406/1968, sem, contudo, estabelecer interpretação sobre o seu alcance nem analisar sua subsistência frente à legislação que lhe sucedeu - em especial, a LC 116/2003 -, tarefas de competência do Superior Tribunal de Justiça. 2. No caso, o acórdão do Superior Tribunal de Justiça, objeto do recurso

extraordinário, não destoou da jurisprudência desta Suprema Corte, porque, sem contrariar a premissa de que o art. 9º, § 2º, a, do DL 406/1968 foi recepcionado pela atual ordem constitucional, e considerada, ainda, a superveniência do art. 7º, § 2º, I, da LC 116/2003, restringiu-se a delimitar a interpretação dos referidos preceitos infraconstitucionais, para concluir pela ausência, na espécie, dos requisitos para a dedução, da base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de materiais utilizados no fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil. 3. Agravo interno conhecido e parcialmente provido, para, reafirmada a tese da recepção do art. 9º, § 2º, do DL 406/1968 pela Carta de 1988, assentar que sua aplicação ao caso concreto não enseja reforma do acórdão do STJ, uma vez que aquela Corte Superior, à luz do estatuído no art. 105, III, da Constituição da República, sem negar a premissa da recepção do referido dispositivo legal, limitou-se a fixar-lhe o respectivo alcance. (RE 603497 AgR-segundo, Relator(a): ROSA WEBER, Tribunal Pleno, julgado em 29-06-2020, PROCESSO ELETRÔNICO REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-201 DIVULG 12-08-2020 PUBLIC 13-08-2020) Portanto, não está configurada a probabilidade do direito, motivo pelo qual indefiro o pedido de concessão da medida liminar. Notifique-se a autoridade apontada como coatora para que preste informações no prazo de 10 dias. Em atenção ao disposto no art. 7º, inciso II da Lei 12.016/2009, dê-se ciência do feito - através do respectivo Portal Eletrônico - ao órgão de representação judicial da Pessoa Jurídica interessada (que deverá ser previamente cadastrada pelo Cartório junto ao Sistema SAJ em relação ao presente feito, na condição de "Terceiro Interessado"), enviando-lhe cópia da inicial (e, se caso, aditamento) para que, se houver interesse, ingresse no feito (art. 7º, inciso II, da Lei do Mandado de Segurança). Defiro os benefícios da

assistência judiciária gratuita. Anote-se. Regularize, a Serventia, o polo passivo da ação, para inclusão da autoridade coatora e do município. Prestadas as informações solicitadas ou certificado o decurso de prazo para tanto, tornem conclusos para sentença ou outra decisão que couber. Servirá a presente decisão, por cópia assinada digitalmente, como MANDADO E/OU OFÍCIO, conforme o caso. Intime-se”.

Requer a agravante em síntese que “seja concedida a antecipação de tutela recursal pretendida, nos termos do artigo 1.019, inciso I, do CPC, reformando-se a r. decisão agravada, para determinar a liberação do sistema municipal (GissOnline) a fim de que a AGRAVANTE deduza a integralidade dos valores dos materiais utilizados no serviço de concretagem da base de cálculo do ISS, sem quaisquer limitações, bem como que o AGRAVADO se abstenha da prática de quaisquer atos tendentes à cobrança de ISS em razão de eventual apuração de diferença entre o recolhido e o supostamente devido. Ainda, requer que, ao final, seja provido o presente recurso, confirmando-se a tutela recursal e reformando-se, em definitivo, a r. decisão de fls. 305/308, que indeferiu a medida liminar pleiteada”.

Negado efeito ativo, o recurso foi recebido sem efeito suspensivo, às fls.18.

Certidão de publicação, às fls. 19, intimando a agravante a comprovar o recolhimento da taxa para intimação do agravado.

Petição da agravante, pleiteando a juntada do comprovante de pagamento da despesa para intimação pessoal do agravado, às fls. 21/24.

Aviso de recebimento (AR), juntado, às fls. 26.

Contraminuta, às fls. 28/32.

É o relatório.

O recurso não merece provimento.

Cuida-se de pretensão recursal voltada a reforma da r. decisão de 1º grau, que às fls. 305/308 (autos principais), o Juízo a quo indeferiu o pedido liminar.

Cumpre salientar, em razão de alguns argumentos trazidos pela agravante, implica em análise de mérito da ação, o que não é permitido nesta sede recursal, limitar-se-á o voto à prestação da tutela jurisdicional a respeito da reforma da r. decisão agravada, sob pena de que se configure a denominada supressão de instância.

Portanto, as demais questões suscitadas nas razões do agravo estão entrosadas com o próprio mérito da lide e deverão ser resolvidas por ocasião da sentença.

Em sede de cognição sumária, para antecipar os efeitos da tutela pretendida, deve haver demonstração inequívoca do alegado, apta a levar o Juiz à convicção de sua verossimilhança, o que não ocorreu no presente caso.

Dessa forma, a concessão ou não da medida liminar só pode ser revista nesta instância recursal se houver ilegalidade manifesta ou abuso de poder, hipóteses que não se vislumbram no caso *sub judice*.

E, consoante se infere na r. decisão agravada, não vislumbro, neste momento processual, os requisitos autorizadores da liminar pleiteada, diante de uma análise perfunctória dos fatos, como bem destacado na r. decisão ora agravada, conforme a seguir: “[...] **Portanto, não está configurada a probabilidade do direito, motivo pelo qual indefiro o pedido de concessão da medida liminar [...]**”. Grifo nosso.

Assim, não se extraem dos autos os requisitos necessários para o provimento jurisdicional pleiteado pela agravante, e não há base suficiente neste momento, para descartar alguma irregularidade no ato administrativo, objeto da lide.

Diante desse contexto, ausentes os pressupostos de concessão da medida de urgência prevista no artigo 300, “caput”, do Código de Processo Civil (“periculum in mora” e “fumus boni juris”), assim, *prima facie*, não vislumbro a

hipótese de dano irreparável, ou de difícil reparação à agravante.

Sobre o tema, o ensinamento de **Theotonio Negrão**: “a liminar em mandado de segurança é ato de livre arbítrio do juiz e insere-se no poder de cautela adrede ao magistrado. Somente se demonstrada a ilegalidade do ato denegatório da liminar e ou o abuso de poder do magistrado, e isso de forma irrefutável, é admissível a substituição de tal ato, vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro da instância superior”. (Código de Processo Civil e legislação processual em vigor, Saraiva, 37ª ed., pág. 1.828, nota 21b ao art. 7º da Lei nº 1.533/51).

A jurisprudência do **Egrégio Superior Tribunal de Justiça** considera o juízo em questão privativo da instância natural, ressalvadas as hipóteses assim elencadas: “a liminar em mandado de segurança é ato de livre arbítrio do juiz e insere-se no poder geral de cautela do magistrado. Somente se demonstrada a ilegalidade do ato negatório da liminar e/ou o abuso de poder do magistrado, e isso de forma irrefutável, é admissível a substituição de tal ato, vinculado ao exercício do livre convencimento do juiz, por outro de instância superior”. (STJ - RT 674/202).

Nesse sentido, o entendimento desta Egrégia 18ª Câmara de Direito Público e deste Egrégio Tribunal de Justiça:

“AGRAVO DE INSTRUMENTO – Ação declaratória c/c repetição de indébito – ISSQN – Indeferimento de tutela de urgência – Pretensão à reforma da decisão – Inadmissibilidade – *Necessária presença simultânea da probabilidade do direito e do perigo de dano ou o risco ao resultado útil do processo, nos termos do art. 300, do CPC/2015* – Ausência, nesta fase de cognição sumária, de elementos a autorizar a concessão da tutela de urgência sem, antes, estabelecer-se o contraditório – *Decisão agravada mantida* – Agravo desprovido”.(TJSP; Agravo de Instrumento 2043581-07.2018.8.26.0000; **Relator (a): Roberto Martins de Souza**; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 12ª Vara de Fazenda Pública; Data do

Julgamento: 05/09/2018; Data de Registro: 05/09/2018).

Grifo nosso.

*“Agravado de Instrumento – Ação Declaratória de Inexistência de relação jurídica tributaria cumulada com repetição de indébito e tutela antecipada – IPTU – Discussão sobre a classificação fiscal do padrão construtivo (características da construção – mudança de Padrão 6- D para 6 -C) - Exigência de prova técnica - **Indeferimento da Tutela - Pretensão à reforma da decisão – Inadmissibilidade – Necessidade da presença simultânea dos requisitos estabelecidos pelo art. 300, do CPC/2015 – Inexistência de elementos a autorizar a tutela de urgência nesta fase de cognição sumária, porquanto não demonstrada plausibilidade do direito alegado pela autora, ora agravante, nem apresentada prova inequívoca, mostrando-se necessária instauração do contraditório – Decisão agravada mantida – Agravado desprovido**”.*(TJSP; Agravado de Instrumento 2212585-13.2016.8.26.0000; **Relator (a): Burza Neto; Órgão Julgador: 18ª Câmara de Direito Público; Foro Central - Fazenda Pública/Acidentes - 9ª Vara de Fazenda Pública; Data do Julgamento: 02/02/2017; Data de Registro: 08/02/2017).** **Grifo nosso.**

“AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA – LICITAÇÃO - Autora que busca a habilitação em certame licitatório - Liminar indeferida pelo Juízo a quo - **Decisão que merece subsistir - Revisão pelo juízo de segundo grau de deferimento ou indeferimento de liminar adstrito às hipóteses de decisões ilegais, irregulares, teratológicas ou eivadas de nulidade insanável - Hipóteses não configuradas no presente caso - Inexistência, no particular, da verossimilhança das alegações** - Ausência de prova no sentido da inadequação da fórmula empregada para aferir a

*qualificação econômico financeira - Recurso não provido”
(Agravado de Instrumento nº 2160513-78.2018.8.26.0000;
Des. Rel. Rubens Rihl; órgão julgador 1ª Câmara de Direito
Público; data do julgamento 27/08/2018). **Grifo nosso.***

Nestas condições, dentro do livre convencimento motivado, não vislumbro desacerto da r. decisão de primeiro grau, visto que bem fundamentada, não se mostrando ilegal, irregular, teratológica ou passível de nulidade.

Por fim, a r. decisão agravada do nobre magistrado **Dr. Guilherme Cavalcanti Lamêgo**, merece prevalecer *in totum* por seus próprios e jurídicos fundamentos.

Consigne-se que, para fins de prequestionamento, estar o julgado em consonância com os dispositivos legais e constitucionais mencionados nas razões recursais.

Em sede de recurso de agravo de instrumento, não cabe adentrar em questões que não foram abarcadas pela decisão agravada.

A matéria de fundo do agravo encerra-se nos limites processuais ora apreciados.

Ante o exposto, **nego provimento** ao recurso.

MARCELO L THEODÓSIO
Relator