



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 006/2010

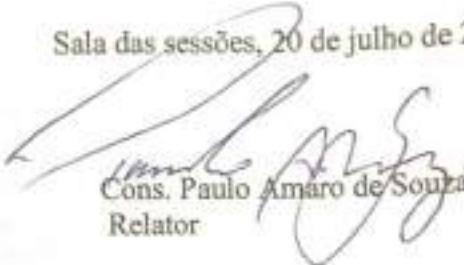
§ 3º No caso do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, considera-se, para efeito de cálculo de atualização monetária, multa e juros de mora dos débitos em atraso, como mês de vencimento o mês de competência. (Redação dada pela Lei nº 4.177/1997)

E assim foi feito no caso do Auto de Infração 091/2009 conforme demonstra a fl. 026 do processo de revisão fiscal 29612/2009 que foi entregue conjuntamente com aquela peça fiscal ao contribuinte no momento da lavratura do citado Auto. (cópia anexa).

Pelos fatos acima mencionados, o meu entendimento é que o fisco procedeu corretamente em relação ao Auto de Infração nº 091/2009, motivo pelo qual **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO**, devendo-se manter integralmente o lançamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, realizado através daquela peça fiscal.

Os conselheiros presentes Marcelo Teixeira Santos (suplente), Mauro Francisco de Matos (suplente), Gerson Untertriefallner Costa, Daniel Lottici e Maria de Lourdes Carneiro, à unanimidade, acolheram o voto do conselheiro relator.

Sala das sessões, 20 de julho de 2010.


Cons. Paulo Amaro de Souza
Relator


Cons.^a Márcia Aparecida Paim Adami
Presidente



PREFEITURA DE CANOAS

ACÓRDÃO 007/2010

Processo: 34246 /2009
Requerente: AEB Estruturas Metálicas Ltda
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN

**Ementa: ISSQN. Operação envolvendo a utilização de equipamento próprio da prestadora com prestação de serviços - Não desnatura contrato de prestação de serviço. Incidência do tributo.
Recurso não provido por unanimidade.**

Trata-se de recurso administrativo de 2ª Instância interposto por AEB ESTRUTURAS METÁLICAS LTDA., CNPJ 92.880.830/0001-79, estabelecida na Av. Getúlio Vargas, nº 6880, neste município, contra decisão de 1ª Instância através do qual o Fisco Municipal exige o pagamento do Imposto Sobre Serviços - ISSQN, em relação a fatos geradores ocorridos no período compreendido entre outubro a dezembro/2004; janeiro/2005; março a setembro/2005 e dezembro/2005. O sujeito passivo foi notificado da r. decisão de 1ª Instância em 23.11.2009 (segunda-feira - fl.106), protocolando o presente recurso em 10.12.2009, sendo, portanto, tempestivo o reclamo recursal ao Conselho Municipal de Contribuintes de Canoas.

Recurso administrativo nos seguintes termos:

Alega o recorrente, em sede de preliminar, que a decisão recorrida ofendeu a coisa julgada. Diz em suas razões a existência de decisão transitada em julgado a respeito do objeto discutido no processo judicial nº. 801337195 referindo expressamente a não incidência do ISSQN sobre as locações de bens móveis (guindastes) realizadas pela ora recorrente, limitando-se tal incidência sobre a prestação de serviços de operadores de guindastes.

No mérito, diz que (a) é inconstitucional a incidência de ISSQN sobre a locação de bens móveis, por ofender o artigo 156, II da CF/88, e ilegal, por ofender o art. 110 do CTN, bem como os arts. 1º da Lei nº. 116/03, e 1º. da Lei Municipal nº. 4.818/03; (b) que o STF firmou posição, "incidental", no Recurso Extraordinário 116.121-3/SP, declarando a inconstitucionalidade da expressão "locação de bens móveis" constante no item 79 da lista Anexa do Decreto-lei 406/68; (c) transcreve passagens de votos para fundamentar seu entendimento: STJ - RE 656.358/RJ e RE 97.804/SP e STF - RE 116.121-3/SP, alegando que essa Corte, repudiou o desprezo ao sentido técnico das palavras; (d) alega, ainda, que o lançamento em tela ignora que a locação de bens móveis realizada pela recorrente, por determinação judicial transitada em julgado, não configura em fato gerador do ISSQN; (e) alega, também, que não há embasamento legal para a exigência de ISSQN pela Fazenda Municipal no caso de empreitada global; e por último, (f) da impossibilidade de cumulação de multa moratória e multa punitiva.

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 - sala 303 - Centro - Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br

[Handwritten signature]
1
[Handwritten initials]



A Representante da Fazenda conheceu do recurso, no entanto, opinou pelo não provimento.

É o relatório.

Notificado o Requerente e não tendo comparecido para a realização de defesa oral, a matéria foi debatida em Plenário pelos demais Conselheiros, após o que passo a decidir.

Senhora Presidente:

Alega o recorrente, em sede de preliminar, ofensa a coisa julgada, por entender flagrante descumprimento de decisão judicial transitada em julgado (Processo 801337195) no qual restou determinada a não incidência do ISSQN sobre a locação de bens móveis (guindastes), limitando-se tal incidência sobre a prestação de serviços de operadores de guindastes.

Sem razão a empresa recorrente, pois o processo a que se refere a decisão diz que não incide ISSQN sobre a locação de bens móveis, e foi isso o postulado na inicial daquele processo pela recorrente. Dessa forma, somente sobre a locação de bens móveis é que o acórdão recai.

No presente processo, o que foi autuado são serviços prestados pela Empresa, de construção civil com os seus guindastes, onde houve a necessidade do uso de equipamentos para que o serviço fosse completado, tais como superpondo andaimes, erguendo, colocando e encaixando lages e vigas premoldadas. Dessa forma, contratou uma verdadeira obrigação de fazer, pois necessariamente esses serviços se realizaram por seus próprios operadores, que são os seus profissionais habilitados na direção dos guindastes e demais máquinas, correndo por sua conta toda e demais despesas decorrente desta obrigação, como combustíveis, peças etc., já prevendo tais despesas nos ajustes dos preços objeto de cada contrato.

Por essas razões rejeito a preliminar suscitada pelo recorrente.

Em relação ao mérito, registro que a matéria versada no presente recurso é de alta complexidade, na medida em que o conjunto probatório carreado aos autos demonstra a multiplicidade de serviços desenvolvidos pela recorrente. Ante esse quadro, faz-se necessário perquirir a efetiva atividade desenvolvida pela recorrente. É o que passo a fazer.

A Recorrente em suas razões sustenta que a locação de bem móvel consiste em uma obrigação de dar, na medida em que o locador cede ao locatário o direito de uso e gozo de um determinado objeto, mediante o recebimento de uma remuneração.



Conforme se observa do teor da cláusula segunda do contrato social encartado às fls. 21/30 do proc. N.º 29.067/2009, a recorrente tem como objeto social as seguintes atividades:

- a) o transporte rodoviário de cargas normais, excepcionais, transporte pesado e super pesado;
- b) a locação e/ou a prestação de serviços com máquinas e equipamentos industriais e a prestação de serviços técnico atinentes.

Examinando as notas fiscais apresentadas no processo de revisão fiscal n.º 14.822/2009, são indicadores de situações em que houve prestação de serviço, pois lá figuram máquinas e operadores da própria empresa, não se tratando de mera locação de bens móveis.

Assim, entendo que está claro que o vínculo da recorrente com suas contratantes para obras de construção civil, pois se constitui exemplo típico de contrato do qual resulta uma obrigação de fazer, também uma obrigação de resultado e não de meio.

Ademais, não há nos autos qualquer comprovação de que os bens foram cedidos, em tempo algum para os contratantes. O que se extrai dos documentos é que foram pactos de obrigações de fazer (serviços), e não de obrigação de dar (locações).

A Doutrina nos ensina que no momento em que surge mão de obra, deixa de existir a figura da locação de bens móveis e estamos diante de uma prestação de serviços, como bem ensina Aires F. Barreto, na obra "ISS na Constituição e na Lei", 2.ª edição, Editora Dialética, ano 2003, página 46:

"3.9.2. Serviços com emprego de máquinas, veículos, instrumentos e equipamentos.

Neste segundo caso, o esforço humano é apoiado e viabilizado – ou tem sua eficácia assegurada ou apoiada – pelo emprego de coisas que, no contexto da prestação de serviços, surge como seu requisito.

Inúmeras prestações de serviços somente se viabilizam se o prestador se socorrer de máquinas, aparelhos, equipamentos ou instrumentos que tornem possível sua realização. É o aparelho do dentista, o raio X do médico, o ferro elétrico da lavadeira, a vassoura da limpadeira, a bicicleta ou carro do entregador, entre tantos outros.

A essência está no esforço humano que a caracteriza e dá-lhe a natureza.

Os serviços que integram essa subespécie são desempenhados mediante emprego de capital, sob a forma de instrumentos, equipamentos, máquinas, ferramentas, veículos. Integram a categoria dos serviços menos puros, por força



.....
da conjugação de capital com trabalho. Imprescindível à prestação é o emprego desses equipamentos, instrumentos ou veículos. Não se ultimam os serviços se faltam esses meios condicionais da viabilização do próprio desempenho humano.

Não deixa de configurar prestação de serviço o exercício de atividade que requiera o uso de instrumentos ou equipamentos, por mais sofisticados que sejam. Os meios viabilizam, aperfeiçoam, aumentam ou garantem a eficácia do esforço.”

(...)

Não assiste razão a recorrente quando afirma não haver embasamento legal para a exigência de ISSQN pela Fazenda Municipal no caso de empreitada global.

Ora, é a própria recorrente que afirma, na folha 15, de suas Razões (processo 34.246/2009) “... entre suas atividades está a execução de obras de engenharia civil, mediante contrato de empreitada de material e mão-de-obra, ou seja, empreitada global...”

Pela análise dos autos, estamos diante de uma prestação de serviço sob encomenda, ou seja, uma subempreitada na construção civil, e, como tanto, devem pagar o ISSQN.

Na empreitada, o empreiteiro entra com o material e o trabalho ou somente com o trabalho, mediante retribuição ajustada entre as partes, caracterizando-se, além de uma obrigação de fazer, também uma obrigação de resultado e não de meio.

Veja-se que na empreitada pode haver obrigação de dar e de fazer ou somente de fazer, mas sempre com vinculação ao êxito do empreendimento. Na prestação de serviços há somente obrigação de fazer, mas sem vinculação com o resultado, porque a obrigação é de meio. Na locação de coisas a obrigação não é de fazer, mas de dar, consistente na cessão da posse da coisa para o locatário.

A Súmula nº 167 do STJ, assim dispõe:

“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”.

Em relação à alegação da recorrente de que o Fisco Municipal não poderia aplicar multa de mora e multa infracional, alegando que a multa de mora tem caráter punitivo.



Continuação...

ACÓRDÃO 007/2010

Quanto à análise da divergência, entendo que o auto de infração foi elaborado em consonância ao contido na legislação municipal, portanto, este não é o foro adequado para discutir a improbidade da cobrança.

Assim, não prospera tal alegação do recorrente.

Conclusão

a) Locação de bens móveis não é alcançada pelo ISS. Mas prestação de serviços com utilização de equipamentos está sujeito à tributação pelo Imposto Sobre Serviços;

b) Ocorre que, não há como acolher as razões da empresa recorrente, vez que há nos autos do processo de revisão fiscal nº 14.822/2009, farta documentação que comprova que a contratada, ora recorrente, prestou serviços com fornecimento de mão-de-obra para os contratantes.

c) Como se vê pela documentação do processo de revisão fiscal, o contribuinte emitiu Notas Fiscais de Prestação de Serviços. Ora, se locação não é serviço, não há o que se falar em emissão de Nota Fiscal de Prestação de Serviços para comprovação de locação. O artigo 8º, § 1º do Decreto Municipal nº 024/2002, reserva tão somente aos estabelecimentos prestadores de serviços a obrigatoriedade de emissão de Notas Fiscais de Serviços, como segue:

Art. 8º - O contribuinte substituído bem como o substituto manterá controle em separado das operações sujeitas a este regime.

§1º - O contribuinte substituído deverá emitir a nota fiscal pelo valor total dos serviços, destacando no corpo da mesma a alíquota do ISSQN e o valor do imposto retido por substituição.

Por razões de coerência, entendo que a atividade preponderante exercida pela ora recorrente insere-se no conceito de prestação de serviço.

Por essas razões, conheço do Recurso e nego provimento, mantendo o AI nº 62/2009.

Os conselheiros presentes Paulo Sérgio Pereira da Silva, Paulo Amaro de Souza, Lígia Maria Portilho Mello, Gerson Untertriefallner Costa e Daniel Lottici, à unanimidade, acolheram o voto da conselheira relatora.



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 007/2010

Sala das sessões, 24 de Agosto de 2010.

Cons.^a Maria de Lourdes Carneiro
Relatora

Cons.^a Marcia Aparecida Paim Adami
Presidente



Processo: 25243 /2009
Requerente: Sérgio Correa Gomes
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN

**Ementa: ISSQN. Industrialização por encomenda. Lei Complementar 116/2003. Lei Municipal 4818/2003. Atividade-Fim. Atividade-Meio.
Recurso não provido por maioria.**

1. Do Relatório

Cuida-se de Recurso Administrativo, interposto dentro do prazo legal, em que o contribuinte Sérgio Corrêa Gomes – Firma Individual, inscrito no CNPJ sob nº 95.270.120/0001-15, pretende a reforma do julgamento de primeira instância, que manteve integralmente o Auto de Infração informado na epígrafe.

1.1. Dos Acontecimentos

Sucedeu que no dia 30 de abril de 2009, após auditoria realizada pelos agentes fazendários deste município, foi o Recorrente intimado do Auto de Infração nº 27/2009, que dentre imposto corrigido, multa e juros, apurou um crédito tributário no valor de R\$24.704,02 (vinte e quatro mil, setecentos e quatro reais e dois centavos).

É que, segundo as autoridades fiscais, o Recorrente deixou de recolher o ISS incidente sobre as suas atividades, notadamente aquelas que se constituem em prestações de serviços na acepção da Lei Municipal nº 4.818/2003, praticadas nos períodos de janeiro a dezembro de 2004.

Irresignado, o Recorrente apresentou impugnação administrativa, alegando que as suas atividades estão sujeitas ao ICMS e ao IPI, em vez do ISS, por estarem inseridas na indústria de transformação e beneficiamento de mercadorias. Nesse sentido, argumenta em seu pleito que os subitens 13.05 e 14.05 da lista anexa à Lei Municipal nº 4.818/2003, dizem respeito unicamente aos serviços prestados sobre bens do patrimônio próprio de terceiros.

Insurgiu-se também quanto à graduação da multa aplicada, fixada no percentual de 150%, que segundo o Recorrente configura-se demasiada para a espécie examinada, em que não há constatação de sonegação fiscal dolosa.



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 008/2010

Nada obstante, decidiram unanimemente, os ilustres julgadores *a quo*, por negar provimento à impugnação administrativa, mantendo a exação fustigada, pelos seus próprios fundamentos, dando azo à interposição do Recurso Voluntário que se passará a analisar, cujas razões e termos são rigorosamente os mesmos daquela, dispensando, portanto, que sejam reprisados.

É o relatório.

Tendo comparecido o procurador do recorrente, mas não realizado a defesa oral a matéria foi debatida pelos demais conselheiros, após o que, passo a decidir.

2. Do Voto

O recurso posto à apreciação reapresenta, de fato, a mesma redação compulsada na primeira instância, trazendo argumentos e expressões idênticas às que foram enfrentadas pelo Grupo Julgador. A matéria é devolvida integralmente à cognição, sem qualquer crítica específica à decisão recorrida. Ainda assim, por força do duplo grau de jurisdição, corolário da ampla defesa, merece ser conhecida.

É bem verdade que a incidência do ISS sobre os serviços de composição gráfica, tanto na Lei Complementar 116/2003, quanto na Lei Municipal 4.818/2003, não se mostra sujeita a qualquer limitação ou condição de validade. Em ambas as normas a previsão dos serviços de composição gráfica vem disposta no item 13, subitem 13.05, das respectivas listas anexas, cujos textos são os seguinte:

13 – Serviços relativos a fonografia, fotografia, cinematografia e reprografia.

13.05 – Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia, fotolitorgrafia.

Por outro lado, no que diz respeito às atividades de beneficiamento, a tributação pelo ISS está atrelada à qualidade jurídica do objeto sobre o qual recai a prestação do serviço, assim como do seu respectivo encomendante. Isso porque, tenho por claro, a Lei Complementar 116/2003 não autoriza a tributação, pelo ISS, de serviços prestados sobre mercadoria em curso de processo fabril ou industrial. Da mesma forma a Lei Municipal nº 4.818/2003, precisamente o item 14 da sua lista anexa, é categórica ao restringir a incidência do imposto apenas aos serviços praticados sobre "bens de terceiros", esses entendidos como os de cunho particular e estável, não sujeitos à livre mercancia, embora com valor comercial.

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 – sala 303 – Centro – Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br

[Handwritten signature]



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 008/2010

Observe-se o que diz o título do mencionado item 14, que por sua vez orienta a interpretação de todos os seus subitens:

14 - Serviços relativos a bens de terceiros. (grifei)

Todavia, não se desconhece o entendimento do nosso Tribunal de Justiça Estadual, cujos julgamentos mais recentes se mostram indiferentes à condição do encomendante, se é ou não estabelecimento industrial, bem como se o serviço será aplicado sobre bem do patrimônio próprio de terceiro, ou sobre produto destinado à posterior comercialização (mercadoria).

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ISS. INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. ATIVIDADE-FIM. ATIVIDADE-MEIO. Os serviços descritos no item 14.05 da Lei Complementar 116/03 - restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres de objetos - ainda que realizados por encomenda e destinados à industrialização, sujeitam-se ao ISS. Tratando-se de atividade-fim do prestador de serviço, afigura-se irrelevante, ao efeito tributário, sejam os bens utilizados, posteriormente, no processo de industrialização. Recurso desprovido. (Agravo Nº 70033101460, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 12/11/2009) (grifei)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SERVIÇOS DE INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR QUE TRATA DO ISS. FATO GERADOR DESTA TRIBUTAÇÃO. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO INVOCADO PARA IMPEDIR A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Não há omissão no acórdão que, nos termos da Constituição Federal, reconhece a competência dos Municípios para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza de forma residual, não compreendidos no âmbito do ICMS (art. 156, III). A lei complementar que trata dos serviços submetidos ao imposto municipal expressamente prevê a hipótese de pintura e beneficiamento de peças e outras, a sofrer a incidência do ISS (item 14.05, da Lista Anexa à Lei Complementar 113/2003). Neste contexto, evidente que a industrialização sob encomenda, em princípio, pode sofrer a incidência do tributo municipal, independente de quem seja o tomador. Inexistência, portanto, de verossimilhança no direito invocado pela agravante de impedir a constituição de crédito tributário. Embargos

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 - sala 303 - Centro - Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br

uaa 00
Dr. [assinatura]



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 008/2010

rejeitados. (Embargos de Declaração Nº 70033614280, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 24/02/2010) (grifei)

Ainda que este Conselho tenha liberdade para divergir das posições adotadas pelo Tribunal de Justiça deste Estado, no caso em apreço isso se mostraria inútil, já que o Recorrente não bem demonstrou se os seus serviços foram mesmo aplicados sobre mercadorias, enviadas por encomendantes industriais para beneficiamento.

Ora, para os fins dessa alegação, pouco importa saber qual a definição da Licença de Operação que fora obtida pela Recorrente, assim como é irrelevante conhecer qual o tipo de efluente líquido que está sendo produzido pela sua atividade, e se está regular. A questão vai mais longe, e diz com a natureza jurídica tanto do encomendante do beneficiamento, quanto das operações que pratica com os produtos que lhes são devolvidos pela Recorrente, ou seja, se imobiliza ou se comercializa. Nesse sentido, não foram apresentadas provas que identificassem de forma inequívoca a qualificação dessas pessoas e relações de negócio.

Em vez disso, a Recorrente optou por descrever os equipamentos e as metodologias empregadas no seu processo produtivo, como que se isso fosse determinar a existência ou não do fato gerador de ISS.

O ônus da demonstração do fato constitutivo de seu direito ou de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alheio é de quem o alega, conforme art. 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Portanto, não estando devidamente comprovada a destinação para indústria, dos produtos beneficiados pela Recorrente, entendo correta a cobrança do ISS, por se verificar, no caso, nítida prestação de serviço sobre bens de terceiros.

Já quanto ao enquadramento da multa, o requerente afirma ser de 150%, quando o Auto de Infração é claro em fixá-la em 50%, razão pela qual não conhece do pedido de redução pois já está fixada no valor pretendido.

Pelo exposto, o voto é no sentido de **não dar provimento ao recurso**, pelo exposto acima.

Os conselheiros presentes Ligia Maria Portilho de Mello, Daltro Rogério Ribeiro dos Santos (suplente), Mauro Francisco de Mattos (suplente) e Paulo Amaro de Souza, à maioria, acolheram o voto do conselheiro relator. Foi voto vencido a conselheira Roberta Cristine Souza Teixeira.

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 - sala 303 - Centro - Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br

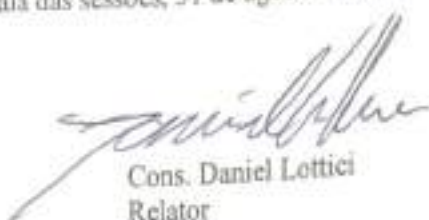


PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 008/2010

Sala das sessões, 31 de agosto de 2010.


Cons. Daniel Lottici
Relator


Cons.ª Márcia Aparecida Paim Adami
Presidente

O PRESENTE ACÓRDÃO CONTINUA NA PÁGINA 06 COM AS DECLARAÇÕES DE VOTO DOS CONSELHEIROS PAULO AMARO DE SOUZA E ROBERTA CRISTINE SOUZA TEIXEIRA.





Continuação...

ACÓRDÃO 008/2010

DECLARAÇÃO DE VOTO

Com o devido respeito ao conselheiro relator, discordo de parte do texto do seu voto quando diz na folha 2 do seu voto que: "a LC 116/2003 não autoriza a tributação, pelo ISS, de serviços prestados sobre mercadoria em curso de processo fabril ou industrial. E citando a Lei Municipal 4818/2003 diz que ela é categórica ao restringir a incidência do imposto apenas aos serviços praticados sobre "bens de terceiros"... e aí o prezado conselheiro relator...tece seu entendimento.... dizendo que estes bens seriam apenas os ... "de cumho particular e estável, não sujeitos à livre mercancia, embora com valor comercial".

Minha discordância sobre este ponto do relatório do prezado conselheiro relator baseia-se no fato de que justamente a LEI COMPLEMENTAR 116/2003 é que trouxe este novo entendimento da incidência do ISS sobre qualquer serviço prestado, independentemente da utilização que o tomador do serviço irá dar ao produto final do serviço, quer seja utilizando em seu imobilizado próprio, quer seja utilizando em processo futuro industrial ou comercial. E esta mudança se fez clara com a simples, porém, importantíssima mudança no texto atual em relação ao texto anterior da legislação que regula tal tributo.

A legislação municipal anterior a 2004 lastreada no Dec 406/68 assim se posicionava:

Na sua lista de serviços item 72- Recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, **de objetos não destinados à industrialização ou comercialização.**

A legislação atual, lei municipal 4818/03 lastreada na lei complementar 116/03 assim se posiciona:
14.05 - Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer.

Nota-se com clareza que aquela excessão de tributação **sobre objetos destinados a industrialização ou comercialização** não mais integrou o texto legal. Logo, ao meu ver, torna-se claro, que aquela antiga vedação de tributação aos serviços



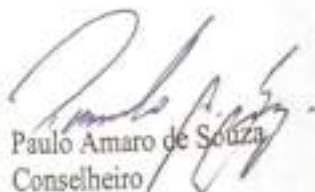
PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 008/2010

.....
prestados sobre objetos que se destinavam à industrialização ou comercialização futura, não mais existe com a nova legislação.

E esta é a minha respeitosa discordância à parte do texto do relatório do ilustre conselheiro relator, porém, concordo com o desfecho final do mesmo quando manteve o auto de infração n.º 27/2009 na sua integralidade, visto que a multa de infração aplicada sobre o mesmo já era de 50%.


Paulo Amaro de Souza
Conselheiro

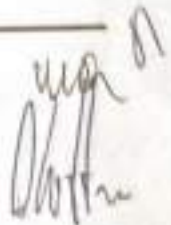
DECLARAÇÃO DE VOTO

Não entendo correta a aplicação de ISS sobre as atividades do Recorrente. Explico. Ao contrário do que entendeu o Eminent Relator, entendo que razão assiste ao Recorrente. Isto porque há uma limitação constitucional no dever de tributar dos municípios. Os Municípios têm competência constitucional para tributar os serviços de qualquer natureza, DEFINIDOS EM LEI COMPLEMENTAR (art.156,III da CF/88). Isto significa dizer que, se não estiver claramente descrito na Lei Complementar, o município não pode tributar, mesmo que importe, dentro de suas atividades, algumas descritas como prestação de serviço. E, mais, pode ser tributado pelo Estado se for concomitante com mercadorias (art. 155, 2, IX, "b"), pois não há autorização constitucional de tributação na espécie.

Desta forma, para tributação do tributo, deve estar clara a atividade da empresa e deve estar expressamente descrita em Lei Complementar, o que não restou comprovado pelo fisco municipal. Para cobrança do ISS o Município tem que enquadrar o Recorrente dentre aquelas atividades expressamente descritas em Lei Municipal, o que não ocorreu na espécie, uma vez que o Recorrente logrou provar, pelos equipamentos e metodologias empregadas em

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 - sala 303 - Centro - Telefone (51) 3482.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br





PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 008/2010

.....
seu processo produtivo que o processo gráfico passa a ser uma das etapas de fabricação do produto que antecede a comercialização.

Transcrevo posicionamento de nosso Egrégio Tribunal de Justiça a respeito:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO ANULATÓRIA DE LANÇAMENTO FISCAL. DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. COMPOSIÇÃO DE ARTE GRÁFICA. PRODUÇÃO, SOB ENCOMENDA, DE ETIQUETAS, ADESIVOS E PLACAS. INCIDÊNCIA DO ISS. SÚM. Nº 156 DO STJ.

Por força do verbete nº 156 da Súmula do STJ, incide o ISSQN sobre composição gráfica, fotocomposição, clichéria, zincografia, litografia e fotolitografia, conforme capitulado na Lista de Serviços do Decreto-Lei nº 406/68.

Confeccionando a autora impressos que se destinam à industrialização, por aderirem à mercadoria produzida pelo encomendante, e não ao uso ou consumo exclusivo deste, não se trata de hipótese de incidência do ISS, mas do ICMS, porque o processo gráfico, neste caso, passa a ser uma das etapas da fabricação do produto, que antecede a comercialização.

Pelo exposto, voto no sentido de **dar provimento** ao recurso do recorrente pelas razões expostas.

Roberta Cristina Souza Teixeira
Roberta Cristine Souza Teixeira
Conselheira

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 – sala 303 – Centro – Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br



ACÓRDÃO 009/2010

Processo: 18341 /2010

Requerente: Companhia Ultragaz S/A

Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN

Ementa: ISSQN. Substituição tributária. Impossibilidade de dedução de materiais. A base de cálculo do tributo é o preço total do serviço. Recurso não provido por unanimidade.

COMPANHIA ULTRAGAZ S/A, pessoa jurídica de direito privado, com estabelecimento filial localizado na Rua Antônio Frederico Ozanan, nº 1655, Vila São Luiz, Canoas, RS, inscrita no CNPJ sob nº 61.602.199/0232-44 e CMC nº 57923, protocolizou tempestivamente em 02/06/2010, Recurso Voluntário contra o indeferimento de seu pedido de reclamação relativo ao Auto de Infração nº 26/2010 de 30 de março de 2010.

"No uso de nossas atribuições legais, verificamos que o contribuinte acima qualificado deixou de recolher parte do ISSQN por substituição tributária dos meses de agosto e setembro de 2008, conforme notificação para regularização nº 186/2009 do dia 06/08/2009, o que constitui infração ao disposto no (s) artigos(s) 3º; 6º e 7º da Lei Municipal nº 4.818/2003 e alterações e artigos 12, parágrafo único, I e 16, parágrafo único da Lei Municipal nº 1.783/77, sujeito(s), portanto, à multa de 50%, calculada sobre o ISSQN corrigido, prevista no(s) artigo(s) 68, I, "b" da Lei Municipal nº 1783/77, o que corresponde ao valor de R\$ 361,68 (trezentos e sessenta e um reais e sessenta e oito centavos)."

Em seu pedido de reclamação, o contribuinte teceu as seguintes alegações:

(...)

3. Para desenvolvimento pleno de suas atividades, necessita contratar serviços de montagem e manutenção para prestação de serviço de mão de obra em suas dependências localizadas em Canoas e principalmente na plataforma de envase.

4. E, qual não foi a surpresa, como tomadora de serviços, ao ter contra si lavrado o auto de infração que ora se impugna por ter ela (ora impugnante) deixado de recolher parte do ISSQN por substituição tributária dos meses de agosto e setembro de 2008, conforme notificação para regularização nº 186/2009 do dia 06/08/2009 e alterações e artigos 12, parágrafo único, I e 16, parágrafo único da Lei Municipal nº 1783/77,



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 009/2010

.....
 sujeito portanto a multa de 50%, calculada sobre o ISSQN corrigido, prevista no artigo 68, I, "b" da Lei Municipal n/ 1783/77, o que corresponde ao valor de R\$ 361,68.

5. E, é certo que parte do ISSQN não recolhido das Notas Fiscais n° 999, 1014, 1015, 1016 e 1017, emitidas pela empresa JCM Montagens e Manutenção Industrial Ltda diz respeito, justamente, aos valores destacados dos MATERIAIS UTILIZADOS NOS SERVIÇOS, incorporados ao imóvel, fornecidos pelo prestador.

6. Instada a se manifestar, a ora Recorrente apresentou competente impugnação alegando que os materiais empregados NÃO INTEGRAM A BASE DE CÁLCULO DO ISS, CALCULADO APENAS SOBRE O PREÇO DO SERVIÇO (RECEITA BRUTA).

(...)

12. Contudo, é fato que o contribuinte do imposto é o próprio prestador nos termos do art. 5º da Lei 4584/2001.

Art. 5º - Contribuinte é o prestador do serviço.

13. E, em que pese o tomador ser responsável pela retenção e recolhimento, é fato que ele o faz mediante o conteúdo lançado nas notas fiscais, ou seja, o prestador de serviços que preenche a nota fiscal fazendo constar o serviço prestado e seu respectivo valor, bem como os materiais empregados e o respectivo valor, a alíquota de ISSQN aplicada e o valor do ISSQN, portanto, não estamos diante de um recolhimento a menor, onde o prestador tivesse a responsabilidade supletiva do parágrafo 2º do artigo 6º, mas sim como contribuinte responsável pela obrigação principal e acessória.

(...)

18. Caso seja o entendimento no sentido de ser a ora Recorrente responsável pela apuração das notas fiscais emitidas pela prestadora, não seria forçoso concluir que ela estaria fazendo o papel de fiscalização, o que não é o caso.

19. Some-se a isso o caráter educativo do lançamento tributário, na medida em que quanto a ora recorrente, evocada como sujeito passivo defende-se, explanando a natureza da atividade que ela não pratica – prestação de serviços de construção civil, e que sobre a mercadoria empregada já houve a incidência do ICMS, o prestador continuará emitindo notas fiscais de serviços englobando o serviço prestado e os materiais empregados, contudo deixando de considerar a base de cálculo do ISSQN esses materiais empregados, na medida em que ela,

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA

Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 – sala 303 – Centro – Telefone (51) 3462.1572

www.fazendacanoas.rs.gov.br

*Uma
 Jansen*



Continuação...

ACÓRDÃO 009/2010

prestadora de serviços, ao não ser autuada, deixa de ter conhecimento do entendimento da Fazenda Municipal de Canoas.

20. Nesse sentido, necessário se faz a anulação do auto de infração, lavrado contra a substituta tributária, que no máximo deveria ter responsabilidade supletiva, pois ela (ora recorrente e substituta tributária), não é a responsável pela confecção das notas fiscais de prestação de serviços e nem pela apuração do imposto, realizando ela apenas a retenção e o recolhimento, sob pena de realizar atividades de fiscalização.

(...)

22. Nas razões de decidir a Diretoria de Administração Tributária da Prefeitura Municipal de Canoas declara que o auto de infração foi lavrado considerando que as prestações de serviços tratavam-se de contratos de empreitada global, tratando-se de serviços relativos a construção civil. Nesse sentido, os materiais empregados devem ser tratados como insumos e não mercadorias e se considerados insumos não há incidência do ICMS, mas sim do ISSQN.

(...)

24. Isso porque, com relação à base de cálculo do ISS, evocou-se o artigo 7º da Lei Municipal 4938/04:

“Parágrafo 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza:

1 – o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexas a esta Lei, que são exclusivamente os materiais produzidos fora do local da prestação de serviços.”

25. Da leitura do artigo acima não resta dúvidas que o valor de ISSQN efetivamente retido e recolhido pela ora recorrente aos cofres municipais de Canoas, dão conta do serviço efetivamente prestado, não incluindo na base de cálculo do ISSQN o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexas a esta Lei, que são exclusivamente os materiais produzidos fora do local da prestação de serviços.

26. Os materiais empregados nos serviços foram incorporados ao imóvel, fornecidos pelo prestador, produzidos fora do local da prestação de serviços, cuja incidência tributária é o ICMS, independentemente de serem ou não produzidos pelo próprio prestador.

27. Nesse sentido, não se pode olvidar um indução a erro da D. fiscalização municipal, acompanhada pela decisão da D. Diretoria de Administração Tributária, ao interpretar equivocadamente o parágrafo 2º, I do artigo 7º da Lei Municipal 4938/04 ao declarar por meio do auto de infração necessária a incidência do ISSQN sobre o valor dos materiais não

MA



Continuação...

ACÓRDÃO 009/2010

produzidos pelo prestador, fora do local da prestação de serviços, e fornecidos pelo próprio prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços.

28. Isso porque, para definição da composição da base de cálculo dos serviços de construção civil é fundamental e necessário a diferenciação de grupos de serviços.

29. Os serviços para os quais a LC 116/2003 e legislações municipais não admitem nenhuma dedução são: engenharia, elaboração de planos diretores, colocação e instalação de tapetes, recuperação, raspagem, polimento, calafetação e acompanhamento e fiscalização de obras de engenharia. Enquanto, a legislação municipal de Canoas (Lei Municipal 4938/04, artigo 2º) elegeu alguns serviços (sub-itens) para os quais será permitido efetuar algumas deduções, sendo:

7.02 Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

7.05 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 ICMS).

(...)

38. Isso porque a LC nº 116/2003 estabeleceu normas gerais a respeito do ISS, com o escopo de servir de baliza para a elaboração e eventual adaptação das leis municipais pertinentes ao aludido tributo, sendo sua observância obrigatória, vejamos o artigo 7º que enfrenta a composição da base de cálculo:

Art. 7º A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

Parágrafo 2º Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I - O valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar.

39. E, diversa e sutilmente do preceito contido na LC 116/2003, a Lei Municipal nº 4.818/2003, foi desvirtuado, fazendo a D. fiscalização constar no auto de infração, o conteúdo do item 7.02 da Lista anexa à Lei Municipal, entre "parênteses" com relação as mercadorias produzidas pelo prestador.



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 009/2010

40. Assim, ao lavrar o auto de infração que ora se impugna, o D. Fiscal evoca o conteúdo entre parênteses constante no item 7.02, da lista anexa de serviços da Lei Municipal nº 4818/2003, é possível apurar a deliberação quanto a limitação da não incidência do ISSQN somente nos casos em que os materiais tenham sido fabricados pelo próprio construtor/prestador.

41. E, uma vez que na Lei Complementar nº 116/03 não há nenhuma restrição à não incidência dos serviços prestados nos itens 7.02 e 7.05, da lista de serviços anexa, não compete a Lei Municipal nº 4818/2003 estabelecer tal restrição, ainda que se considere competência municipal para estabelecer regras específicas sobre ISS, à luz do artigo 146, III da CF.

42. Assim, a base de cálculo do imposto é somente o preço do serviço, não se incluindo o valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços nos itens 7.02, por força do disposto no artigo 7º, parágrafo 2º da Lei Complementar nº 116/2003, acima transcrito, estando correto o destaque, apuração e retenção do ISSQN das notas fiscais nº 999, 1014, 1015, 1016 e 1017, emitidas pela empresa JCM Montagem e Manutenção Industrial Ltda, devendo o auto de infração nº 26/2010 ser julgado improcedente, sob pena de violação ao parágrafo 1º do artigo 108 do CTN, o qual preceitua que o emprego da analogia não poderá resultar na exigência de tributo não previsto em lei, no caso em tela, não previsto no artigo 7º seja LC 116/2003, seja da Lei Municipal, não se pode exigir ISSQN dos produtos produzidos fora do local da prestação, por terceiros.

43. Somando ao artigo 108, a exigência ora combatida viola os preceitos contidos no artigo 112 também do CTN, o qual determina que a lei tributária que define penalidades ao ser interpretada deve sempre ser mais favorável ao acusado, o que definitivamente deixou de ser observado no auto de infração que ora se impugna:

(...)

45. Nos julgados colacionados, a similitude está nas declarações de ilegalidade e inconstitucionalidade pelos tribunais com relação a limitação da não incidência do ISSQN apenas aos casos em que os materiais tenham sido fabricados pelo próprio construtor/prestador, imposta pelas Leis Municipais e não previstas na LC 116/2003, com relação ao item 7.02.

(...)

48. Diante das razões de fato e de direito expostas, requer o recebimento e processamento do presente recurso para que o auto de infração seja anulado ou no mínimo julgado improcedente já que exige imposto, multa e juros, considerando além do preço do serviço como base de cálculo também o valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços previstos no art.

WA
Gerson



Continuação...

ACÓRDÃO 009/2010

7.02, situação não contida no disposto no artigos 108 e 112 do CTN e jurisprudência do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul.

O julgador de 1ª instância ao analisar o caso apresentado e enfrentando as questões levantadas no pedido de reclamação, entendeu que o Auto de Infração enquadrou corretamente o contribuinte mantendo a peça de autuação na sua integralidade.

A Representante da Fazenda diz que o processo teve tramitação regular.

Notificado da decisão sobreveio este recurso ora relatado, a este Egrégio Conselho de Contribuintes.

Este é o relatório.

Notificado o Requerente e não tendo comparecido para a realização de defesa oral, a matéria foi debatida em Plenário pelos demais Conselheiros, após o que passo a decidir.

Senhora Presidente:

Dessa forma, passo a análise das questões suscitadas pela recorrente:

A recorrente alega, nas páginas 3 e 4 do processo nº 18341/2010:

12. Contudo, é fato que o contribuinte do imposto é o próprio prestador nos termos do art. 5º da mesma lei:

Art. 5º - Contribuinte é o prestador do serviço.

13. Em que pese o tomador responsável pela retenção e recolhimento, é fato que ele o faz mediante o conteúdo lançado nas notas fiscais, ou seja, o prestador de serviço que preenche a nota fiscal fazendo constar o serviço prestado e seu respectivo valor, bem como os materiais empregados e o respectivo valor, a alíquota de ISSQN aplicada e o valor do ISSQN, portando, não estamos diante de um recolhimento a menor, onde o prestador tivesse a responsabilidade supletiva do parágrafo 2º do artigo 6º, mas sim como contribuinte responsável pela obrigação principal e acessória.

Assim vejamos quanto à responsabilidade:

Conforme MARTINS, SÉRGIO PINTO, Manual do Imposto sobre Serviço. São Paulo: Ed. Atlas, 7ª ed. 2006, pg. 74.

Responsável é a pessoa que, não tendo a condição de contribuinte, tem obrigação de pagar o tributo, decorrente de lei (art.121, parágrafo único, II do CTN).



Continuação...

ACÓRDÃO 009/2010

Os municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais (art. 6º da Lei Complementar 116/03). Foi determinada a condição de responsável tributário no art. 6º da Lei Complementar 116/03 em relação ao ISS.

A lei municipal ou distrital é que instituirá a responsabilidade por retenção do ISS na fonte. Isso na prática já ocorria em muitos municípios.

O responsável ficará vinculado ao fato gerador da obrigação.

A lei municipal ou distrital poderá excluir a responsabilidade do contribuinte, declarando a responsabilidade apenas o tomador dos serviços pela retenção ou atribuindo ao contribuinte responsabilidade supletiva do cumprimento total ou parcial da obrigação, inclusive quanto a multa e acréscimos legais.

O resultado da retenção na fonte pode ser a bitributação, como na prática já vinha ocorrendo, de o ISS ser devido no local do estabelecimento do prestador ou no domicílio do prestador, e o tomador dos serviços no município onde o serviço foi prestado reter o ISS.

Os responsáveis estão obrigados ao recolhimento total ou parcial do imposto devido, multas e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte, de acordo com o que for estabelecida a lei municipal.

São responsáveis:

- a) (...)
- b) A pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista de serviços.

Na página 4 do processo nº 12352/2010, consta o seguinte:

A Lei Municipal nº 5256/07, prevê:

Art. 3º O imposto devido por substituição tributária deverá ser retido e recolhido pelo substituto tributário até o dia 25 do segundo mês subsequente ao de competência.

(...)

Parágrafo 2º A responsabilidade do substituto pelo pagamento do imposto independe de sua retenção ou pagamento do serviço.

Parágrafo 3º A substituição tributária prevista nesta lei não exclui a responsabilidade supletiva do prestador do serviço.

Parágrafo 4º Os valores não recolhidos nos prazos estabelecidos no caput e no parágrafo 1º deste artigo serão atualizados monetariamente até a data do efetivo pagamento, acrescido de multa e juros de mora, considerando-se como vencimento o mês de competência, conforme estabelecido na legislação municipal vigente.

WMA
German



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 009/2010

Diante do exposto acima, fica claro que a recorrente, na qualidade de tomadora de serviço, é o substituto tributário e a responsável pelo recolhimento do ISS.

A recorrente alega também que os fornecimentos de materiais pela contratada são dedutíveis da base de cálculo do ISS. Conforme anteriormente exposto, assim vejamos:

O Auto de infração 26/2010, que a recorrente interpõe recurso contempla as notas fiscais de serviços de números 999, 1014, 1015, 1016 e 1017, vejamos quais são os materiais discriminados nas notas que originaram o auto de infração:

999: Materiais obra civil do piso: cimento, areia, brita, madeira e fretes:.....	RS 8.042,00
Serviço:.....	RS 1.900,00
Total:.....	RS 9.942,00
1.014: Materiais utilizados nos serviços de desmontagem:.....	RS 3.500,00
Serviço:.....	RS 2.500,00
1.015: Materiais utilizados na obra (tubos, tintas, madeiras, grampos).....	RS 6.273,00
Serviço de mão de obra p/troca madeiras, tubos da plataforma.....	RS 1.617,00
1.016: Materiais utilizados no serviço (ferro, areia e brita).....	RS 2.468,00
Obra de abertura passagem veículo no pátio.....	RS 652,00
1.017: Materiais utilizados no serviço (cimento, brita e areia).....	RS 1.729,00
Serviço quebrar piso da rampa e fazer piso novo.....	RS 1.147,00

Diante da natureza do serviço discriminados nas notas fiscais e do tipo de materiais utilizados, fica claro que é uma prestação de serviço relativo à construção civil.

A recorrente fez referência as decisões de primeira instância, de entendimentos do E. Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul, como também de outro julgamento ocorrido no E. Tribunal de Justiça de Minas Gerais, onde o entendimento que a base de cálculo do ISS, é tão somente o preço do serviço, excluindo os materiais fornecidos, no entanto devemos observar que o entendimento que tem prevalecido no Superior Tribunal de Justiça – STJ, é no sentido que os materiais fornecidos pelo prestador do serviço não podem ser deduzidos da base de cálculo do imposto, na construção civil.

Vejamos algumas decisões:

O STJ decidiu que:

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 – sala 303 – Centro – Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br

ma
German



Continuação...

ACÓRDÃO 009/2010

"Tributário". ISS. Processual Civil. Embargos de Declarações. Dedução do Valor dos Materiais de Construção Empregados pelas Subempreiteiras.

1. *Da base de cálculo do ISS não deve ser deduzido o valor dos materiais de construção utilizados pela prestadora do serviço.*
2. *"A base de cálculo para apuração do total do tributo devido é o custo do serviço em sua totalidade" (1º T., ED em REsp 123.528-SP - 97/0017978-8, j. 4-12-97, Rel. Min. José Delgado, DJU 1 16-3-98, p.41).*

Vejamos outra decisão:

O STJ decidiu pela impossibilidade de dedução de materiais e subempreitadas da base de cálculo do ISS no serviço de construção civil.

A Segunda Turma do Superior Tribunal de Justiça (STJ), em decisão proferida em 25/03/2008, publicada na página 01 do DJ de 07/04/2008, onde o Ministro CASTRO MEIRA foi relator, decidiu pela impossibilidade de abatimento de materiais e subempreitadas da Base de Cálculo do Imposto sobre Serviços (ISS).

A decisão citou que a jurisprudência da Corte é uniforme no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas, citando como base o REsp 926.339/SP relatado pela Min. Eliana Calmon, também da Segunda Turma, publicada no DJU de 11/05/07.

A Colenda Turma afirma ainda, que tanto o DL 406/68 como as Leis Complementares nº 56/87 e nº 102/03 fixaram que o ISS incide sobre a totalidade dos serviços de construção civil, exceto sobre o fornecimento de mercadorias produzidas pelo próprio prestador dos serviços fora do local da prestação, que fica sujeito ao ICMS.

O Tribunal não aceita a tese de que não apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador, mas também os adquiridos de terceiros, devem ser excluídos da base de cálculo do ISS não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois a regra legal que trata da incidência do ISS sobre serviços de construção civil é clara ao excluir apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador fora do local onde são prestados os serviços.

Ele continua afirmando que a situação do prestador que fabrica seus produtos fora do canteiro de obras não pode ser equiparada à daquele que adquire materiais de terceiros para uso nas obras de construção civil. Os produtos fabricados pelo prestador estão sujeitos ao ICMS, razão por que não devem se sujeitar a uma nova incidência de ISS. Já os produtos adquiridos de terceiros, se não incluídos na base de cálculo do ISS pelo serviço de construção civil, ficariam imunes à tributação, somente sendo tributados na operação anterior, que não tem o construtor como contribuinte ou responsável tributário.

**SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes**

Rua Cândido Machado, n.º 429 - sala 303 - Centro - Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br

ma
Genaro



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 009/2010

Assim, quando os materiais são produzidos pelo próprio prestador fora do local onde são prestados os serviços, incide ICMS; quando os materiais são produzidos pelo prestador no canteiro de obras ou quando são adquiridos de terceiros, como não há possibilidade de incidência de ICMS, devem ter seus valores mantidos na base de cálculo do ISS.

Quanto à subempreitada, o Relator usou o conceito proferido por Bernardo Ribeiro de Moraes in "Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços", Revista dos Tribunais, São Paulo - 1975, para defini-la como sendo a denominação que se oferece à empreitada menor, isto é, à empreitada secundária. Por meio de subempreitadas são executados trabalhos parcelados, contratados pelo empreiteiro construtor. Continuou afirmando que em referência ao ISS, é irrelevante saber se o empreiteiro maior executa pessoalmente a obra pactuada ou se incumbe a terceiros para realizá-la. Ambas as formas de serviços (empreitada maior ou empreitada menor) são alcançadas pelo ISS.

Na decisão, o STJ negou provimento ao Agravo Regimental no Recurso Especial nº 1002693 do Rio Grande do Sul.

Com esta decisão, abre-se um precedente para os municípios somente admitirem como dedução possível da base de cálculo do ISS, os materiais que são produzidos pelo próprio prestador, fora do local da obra. Aumentando com isso, o potencial de arrecadação do ISS dos serviços de construção civil.

O Tribunal também já vinha decidindo neste sentido, em relação ao serviço de concretagem. Agora para manter a coerência, já que as duas espécies de serviços são previstos no mesmo subitem da lista de serviços (7.02), ele adotou o mesmo entendimento para o serviço de construção civil.

As notas fiscais emitidas pela prestadora de serviços, comprovam que os materiais utilizados, foram adquiridos de terceiros e que não foram produzidas pela contratada, como ferro, cimento, areia brita e até serviços de fretes.

Diante do exposto acima, entendo que o serviço contratado pela recorrente trata-se de uma empreitada global relacionada a atividade da construção civil, e o que prepondera é o objetivo principal, qual seja a prestação de serviço, a execução da obra, sendo que os materiais são apenas meio para a execução do contrato.

Isto posto, entendo que a peça fiscal enquadrando corretamente o contribuinte, razão pelo qual **NEGO PROVIMENTO AO RECURSO ADMINISTRATIVO**, devendo se manter integralmente o lançamento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, realização através do Auto de Infração nº 26/2010.

Os conselheiros presentes Mauro Francisco de Mattos (suplente), Lígia Maria Portilho Mello, Paulo Amaro de Souza, Daniel Lottici e Roberta Cristine Souza Teixeira, à unanimidade, acolheram o voto do conselheiro relator.

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 - sala 303 - Centro - Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br

we
German




PREFEITURA DE
CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 009/2010

Sala das sessões, 14 de setembro de 2010.


Cons. Gerson Untertriefallner Costa
Relator


Cons.^a Márcia Aparecida Paim Adami
Presidente



ACÓRDÃO 010/2010

Processo: 25244/2009
Requerente: Sérgio Correa Gomes
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN

**Ementa: ISSQN. Serviço de Composição Gráfica. Incidência de ISSQN, quando efetuado sob encomenda.
Recurso não provido por maioria.**

1. Do Relatório

Cuida-se de Recurso Administrativo, interposto dentro do prazo legal, em que o contribuinte Sérgio Corrêa Gomes – Firma Individual, inscrito no CNPJ sob nº 95.270.120/0001-15, pretende a reforma do julgamento de primeira instância, que manteve integralmente o Auto de Infração nº . 29/2009.

1.1. Dos Acontecimentos

Sucedê que no dia 30 de abril de 2009, após auditoria realizada pelos agentes fazendários deste município, foi o Recorrente intimado do Auto de Infração nº 29/2009, que dentre imposto corrigido, multa e juros, apurou um crédito tributário no valor de R\$74.433,77 (setenta e quatro mil, quatrocentos e trinta e três reais e setenta e sete centavos).

É que, segundo as autoridades fiscais, o Recorrente deixou de recolher o ISS incidente sobre as suas atividades, notadamente aquelas que se constituem em prestações de serviços na acepção da Lei Municipal nº 4.818/2003, praticadas nos períodos de janeiro a dezembro de 2004.

Irresignado, o Recorrente apresentou impugnação administrativa, alegando que as suas atividades estão sujeitas ao ICMS e ao IPI, em vez do ISS, por estarem inseridas na indústria de transformação e beneficiamento de mercadorias. Nesse sentido, argumenta em seu pleito que os subitens 13.05 e 14.05 da lista anexa à Lei Municipal nº 4.818/2003, dizem respeito unicamente aos serviços prestados sobre bens do patrimônio próprio de terceiros.

Insurgiu-se também quanto à graduação da multa aplicada, fixada no percentual de 150%, que segundo o Recorrente configura-se demasiada para a espécie examinada, em que não há constatação de sonegação fiscal dolosa.

[Handwritten signatures and initials]



Continuação...

ACÓRDÃO 010/2010

Nada obstante, decidiram unanimemente, os ilustres julgadores *a quo*, por negar provimento à impugnação administrativa, mantendo a exação fustigada, pelos seus próprios fundamentos, dando azo à interposição do Recurso Voluntário que se passará a analisar, cujas razões e termos são rigorosamente os mesmos daquela, dispensando, portanto, que sejam reprisados.

É o relatório.

Tendo comparecido o procurador do recorrente, mas não realizado a defesa oral a matéria foi debatida pelos demais conselheiros, após o que, passo a decidir.

VOTO DO RELATOR

O recurso posto à apreciação reapresenta, de fato, a mesma redação compulsada na primeira instância, trazendo argumentos e expressões idênticas às que foram enfrentadas pelo Grupo Julgador. A matéria é devolvida integralmente à cognição, sem qualquer crítica específica à decisão recorrida. Ainda assim, por força do duplo grau de jurisdição, corolário da ampla defesa, merece ser conhecida.

É bem verdade que a incidência do ISS sobre os serviços de composição gráfica, tanto na Lei Complementar 116/2003, quanto na Lei Municipal 4.818/2003, não se mostra sujeita a qualquer limitação ou condição de validade. Em ambas as normas a previsão dos serviços de composição gráfica vem disposta no item 13, subitem 13.05, das respectivas listas anexas, cujos textos são os seguinte:

13 – Serviços relativos a fonografia, fotografia, cinematografia e reprografia.

13.05 – Composição gráfica, fotocomposição, clicheria, zincografia, litografia, fotolitografia.

Por outro lado, no que diz respeito às atividades de beneficiamento, a tributação pelo ISS está atrelada à qualidade jurídica do objeto sobre o qual recai a prestação do serviço, assim como do seu respectivo encomendante. Isso porque, tenho por claro, a Lei Complementar 116/2003 não autoriza a tributação, pelo ISS, de serviços prestados sobre mercadoria em curso de processo fabril ou industrial. Da mesma forma a Lei Municipal n.º 4.818/2003, precisamente o item 14 da sua lista anexa, é categórica ao restringir a incidência do imposto apenas aos serviços praticados sobre "bens de terceiros", esses entendidos como os de cunho particular e estável, não sujeitos à livre mercancia, embora com valor comercial.



Continuação...

ACÓRDÃO 010/2010

Observe-se o que diz o título do mencionado item 14, que por sua vez orienta a interpretação de todos os seus subitens:

14 - Serviços relativos a bens de terceiros. (grifei)

Todavia, não se desconhece o entendimento do nosso Tribunal de Justiça Estadual, cujos julgamentos mais recentes se mostram indiferentes à condição do encomendante, se é ou não estabelecimento industrial, bem como se o serviço será aplicado sobre bem do patrimônio próprio de terceiro, ou sobre produto destinado à posterior comercialização (mercadoria).

AGRAVO. TRIBUTÁRIO. ISS. INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. LEI COMPLEMENTAR 116/2003. ATIVIDADE-FIM. ATIVIDADE-MEIO. Os serviços descritos no item 14.05 da Lei Complementar 116/03 - restauração, recondiçãoamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres de objetos - ainda que realizados por encomenda e destinados à industrialização, sujeitam-se ao ISS. Tratando-se de atividade-fim do prestador de serviço, afigura-se irrelevante, ao efeito tributário, sejam os bens utilizados, posteriormente, no processo de industrialização. Recurso desprovido. (Agravo N.º 70033101460, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 12/11/2009) (grifei)

EMBARGOS DE DECLARAÇÃO. AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO DECLARATÓRIA. ANTECIPAÇÃO DE TUTELA. SERVIÇOS DE INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA. PREVISÃO NA LEI COMPLEMENTAR QUE TRATA DO ISS. FATO GERADOR DESTA TRIBUTAÇÃO. AUSÊNCIA DE VEROSSIMILHANÇA DO DIREITO INVOCADO PARA IMPEDIR A CONSTITUIÇÃO DE CRÉDITO TRIBUTÁRIO. Não há omissão no acórdão que, nos termos da Constituição Federal, reconhece a competência dos Municípios para instituir imposto sobre serviços de qualquer natureza de forma residual, não compreendidos no âmbito do ICMS (art. 156, III). A lei complementar que trata dos serviços submetidos ao imposto municipal expressamente prevê a hipótese de pintura e beneficiamento de peças e outras, a sofrer a incidência do ISS (item 14.05, da Lista Anexa à Lei Complementar 113/2003). Neste contexto, evidente que a industrialização sob encomenda, em princípio, pode sofrer a incidência do tributo municipal, independente de quem seja o tomador. Inexistência, portanto, de verossimilhança no direito invocado pela agravante de impedir a constituição de crédito tributário. Embargos rejeitados. (Embargos de Declaração N.º 70033614280, Vigésima Primeira Câmara

 ua
 Osh...



Continuação...

ACÓRDÃO 010/2010

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 24/02/2010) (grifei)

Ainda que este Conselho tenha liberdade para divergir das posições adotadas pelo Tribunal de Justiça deste Estado, no caso em apreço isso se mostraria inútil, já que o Recorrente não bem demonstrou se os seus serviços foram mesmo aplicados sobre mercadorias, enviadas por encomendantes industriais para beneficiamento.

Ora, para os fins dessa alegação, pouco importa saber qual a definição da Licença de Operação que fora obtida pela Recorrente, assim como é irrelevante conhecer qual o tipo de efluente líquido que está sendo produzido pela sua atividade, e se está regular. A questão vai mais longe, e diz com a natureza jurídica tanto do encomendante do beneficiamento, quanto das operações que pratica com os produtos que lhes são devolvidos pela Recorrente, ou seja, se imobiliza ou se comercializa. Nesse sentido, não foram apresentadas provas que identificassem de forma inequívoca a qualificação dessas pessoas e relações de negócio.

Em vez disso, a Recorrente optou por descrever os equipamentos e as metodologias empregadas no seu processo produtivo, como que se isso fosse determinar a existência ou não do fato gerador de ISS.

O ônus da demonstração do fato constitutivo de seu direito ou de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alheio é de quem o alega, conforme art. 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Portanto, não estando devidamente comprovada a destinação para indústria, dos produtos beneficiados pela Recorrente, entendo correta a cobrança do ISS, por se verificar, no caso, nítida prestação de serviço sobre bens de terceiros.

Já quanto ao enquadramento da multa, tem razão a Recorrente.

Estabelece o art. 68, da Lei Municipal n.º 1.783/77, duas graduações de multa pelo descumprimento da obrigação principal, sendo a mais severa reservada aos contribuintes que tenham dolosamente, e por meios ardis, dificultado a atividade fiscal e, com isso, lesado o erário.

Sendo assim, parece-me um incentivo à fraude, ao uso de expedientes enganosos e espúrios, a aplicação da pena máxima mesmo quando não se está diante da infração mais grave.

À evidência, o que se tem aqui é um erro de interpretação da legislação tributária como fator desencadeante da infração apenada. Não foi constatada qualquer conduta por parte do Recorrente que pudesse ludibriar a identificação da ilicitude pelo fisco ou mesmo prejudicar-

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 - sala 303 - Centro - Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br



Continuação...

ACÓRDÃO 010/2010

Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 24/02/2010) (grifei)

Ainda que este Conselho tenha liberdade para divergir das posições adotadas pelo Tribunal de Justiça deste Estado, no caso em apreço isso se mostraria inútil, já que o Recorrente não bem demonstrou se os seus serviços foram mesmo aplicados sobre mercadorias, enviadas por encomendantes industriais para beneficiamento.

Ora, para os fins dessa alegação, pouco importa saber qual a definição da Licença de Operação que fora obtida pela Recorrente, assim como é irrelevante conhecer qual o tipo de efluente líquido que está sendo produzido pela sua atividade, e se está regular. A questão vai mais longe, e diz com a natureza jurídica tanto do encomendante do beneficiamento, quanto das operações que pratica com os produtos que lhes são devolvidos pela Recorrente, ou seja, se imobiliza ou se comercializa. Nesse sentido, não foram apresentadas provas que identificassem de forma inequívoca a qualificação dessas pessoas e relações de negócio.

Em vez disso, a Recorrente optou por descrever os equipamentos e as metodologias empregadas no seu processo produtivo, como que se isso fosse determinar a existência ou não do fato gerador de ISS.

O ônus da demonstração do fato constitutivo de seu direito ou de fato impeditivo, modificativo ou extintivo do direito alheio é de quem o alega, conforme art. 333, incisos I e II, do Código de Processo Civil.

Portanto, não estando devidamente comprovada a destinação para indústria, dos produtos beneficiados pela Recorrente, entendo correta a cobrança do ISS, por se verificar, no caso, nítida prestação de serviço sobre bens de terceiros.

Já quanto ao enquadramento da multa, tem razão a Recorrente.

Estabelece o art. 68, da Lei Municipal n.º 1.783/77, duas graduações de multa pelo descumprimento da obrigação principal, sendo a mais severa reservada aos contribuintes que tenham dolosamente, e por meios ardis, dificultado a atividade fiscal e, com isso, lesado o erário.

Sendo assim, parece-me um incentivo à fraude, ao uso de expedientes enganosos e espúrios, a aplicação da pena máxima mesmo quando não se está diante da infração mais grave.

À evidência, o que se tem aqui é um erro de interpretação da legislação tributária como fator desencadeante da infração apenada. Não foi constatada qualquer conduta por parte do Recorrente que pudesse ludibriar a identificação da ilicitude pelo fisco ou mesmo prejudicar-

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 - sala 303 - Centro - Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br



Continuação...

ACÓRDÃO 010/2010

.....
lhe na quantificação do imposto. De igual modo, também não vejo presente nenhuma das hipóteses do art. 68, II, §2, da Lei n.º 1.783/77, a ensejar a presunção de dolo do Recorrente.

Logo, afigura-se mais adequada à espécie a aplicação da multa prevista no inciso I, letra "a", do mesmo artigo 68, ou seja, no percentual de 50% do valor do imposto a pagar, previamente corrigido.

Pelo exposto, o voto é no sentido de dar parcial provimento ao recurso, unicamente para efeito de comutar a penalidade para 50% do imposto cobrado no Auto de Infração n.º 29/2009.

VOTO VENCEDOR

Com o devido respeito ao conselheiro relator, discordo quando diz na folha 2 do seu voto que: "a LC 116/2003 não autoriza a tributação, pelo ISSQN, de serviços prestados sobre mercadoria em curso de processo fabril ou industrial."

E, citando a Lei Mun. 4818/2003, diz que ela é categórica ao restringir a incidência do imposto apenas aos serviços praticados sobre "bens de terceiros". E, aí, o prezado conselheiro relator tece seu entendimento dizendo que estes bens seriam apenas os "de cunho particular e estável, não sujeitos à livre mercancia, embora com valor comercial".

Minha discordância sobre este ponto, do relatório do prezado conselheiro relator, baseia-se no fato de que justamente a LEI COMPLEMENTAR 116/2003 é que trouxe este novo entendimento da incidência de ISSQN sobre qualquer serviço prestado, independentemente da utilização que o tomador do serviço irá dar ao produto final do mesmo, quer seja utilizando em seu imobilizado próprio, quer seja utilizando em processo futuro, industrial ou comercial. E esta mudança se fez clara com a simples, porém importantíssima mudança no texto atual em relação ao texto anterior da legislação que regula tal tributo. Senão vejamos:

A legislação municipal anterior a 2004 lastreada no Dec. 406/68 assim se posicionava na lista de serviço anexa...Item 72 - Recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, **de objetos não destinados à industrialização ou comercialização. (grifo nosso)**



Continuação...

ACÓRDÃO 010/2010

A legislação atual lei Mun. 4818/2003, lastreada na Lei complementar 116/2003 que substituiu a anteriormente citada, assim se posiciona em sua lista de serviço anexa ...Sub Item 14.05 - Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte polimento, plastificação e congêneres, **de objetos quaisquer.(grifo nosso).**

Nota-se com clareza que aquela exceção de tributação sobre objetos destinados a industrialização ou comercialização não mais integrou o texto legal.

Logo, torna-se claro, que aquela antiga vedação de tributação aos serviços prestados sobre objetos que se destinavam à industrialização ou comercialização futura, não mais existe com a nova legislação.

Isto posto, minha discordância maior ao presente relatório, se dá no fato de que o Auto de Infração 29/2009 não foi lavrado tendo como alvo o serviço de beneficiamento. E, sim sobre os serviços de composição gráfica.

Serviço este que desde antes do advento da Lei Complementar 116/2003 já constava na lista de serviços sujeitos ao ISSQN. E, permaneceu constando após aquele dispositivo legal, acompanhado é claro pela Lei Mun. 4818/2003.

O que ocorreu, de fato, é que conforme amplamente exposto no processo de revisão fiscal, o contribuinte se valendo do benefício existente naquela época, não recolhia o imposto estadual (ICMS) por ser o beneficiamento diferido para a etapa posterior. E, não recolhia o imposto municipal (ISSQN) por ser beneficiamento de objetos destinados a futura industrialização ou comercialização e sobre esta atividade não recaía tal tributo.

Tudo estaria correto se o serviço prestado fosse beneficiamento. Porém, o que se verificou na revisão fiscal é que a operação era na realidade pura e simplesmente de Composição Gráfica sob encomenda, na qual o tomador do serviço recebia o mesmo com todas as especificações e peculiaridades contratadas, o que sem sombra de dúvida sempre foi serviço.

Este fato só foi descoberto em virtude da revisão fiscal ter identificado serviços de composição gráfica, contratados sob encomenda e com particularidades solicitadas pelo tomador do serviço, sem que houvesse nenhuma remessa de material por aquele encomendante para que pudesse ser caracterizado Beneficiamento.

Corroborando a descoberta acima citada, o fato de o contribuinte não ter atendido as notificações complementares que o fisco emitiu contra ele, solicitando as Notas Fiscais de remessa de mercadoria, do encomendante do serviço, para que houvesse o beneficiamento daquelas mercadorias, documento este, obrigatório nos casos de remessa de mercadoria para beneficiamento.



Continuação...

ACÓRDÃO 010/2010

Logo, uma vez que ficou claro que os serviços prestados, alvo do Auto de Infração 29/2009, eram de Composição Gráfica, e estes foram "camuflados" como sendo de beneficiamento, estamos sim diante de uma sonegação fiscal com o intuito de fraude tributária.

Ainda com o devido respeito ao voto do digníssimo relator, discordo quando ele diz:

"Estabelece o art. 68 da Lei Municipal 1783/77, duas graduações de multa pelo descumprimento da obrigação principal, sendo a mais severa reservada aos contribuintes que tenham dolosamente, e por meios ardis, dificultado a atividade fiscal e, com isso, lesado o erário". (grifo nosso)

E, quando segue dizendo: "Sendo assim, parece-me um incentivo à fraude, ao uso de expedientes enganosos e espúrios, a aplicação da pena máxima mesmo quando não se está diante da infração mais grave". (grifo nosso)

Ora, a aplicação da multa de infração é uma atividade vinculada a Lei Municipal 1783/77, e não um ato de vontade ou não do servidor fiscal tributário. E, este, verificando a existência do fato previsto nesta lei, deve aplicar o que ela estabelece.

Não é aplicada a multa mais severa, em virtude da dificuldade maior do trabalho fiscal. Mas sim, quando o contribuinte, voluntariamente, age de forma a não recolher o tributo devido com o intuito de fraude.

Vejamos o que diz o Art. 68...

Será lavrado Auto de Infração, lançado ao infrator a dispositivo desta Lei, penalidades assim graduadas:

I...

II - multa correspondente a uma vez e meia o valor corrigido do tributo, quando:

a) sonegar, por qualquer forma, tributo devido, se apurar a existência de artifício doloso ou intuito de fraude;

§ 2º - Salvo prova em contrário, presume-se o dolo em qualquer das seguintes circunstâncias ou outras análogas:



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 010/2010

a) *contradição evidente entre livros e documentos da escrita fiscal e os elementos das declarações e guias apresentadas às repartições públicas municipais;*

b) *manifesto desacordo entre os preceitos legais e regulamentares no tocante às obrigações fiscais e sua aplicação por parte dos contribuintes ou responsáveis;*

c) *remessa de informações e comunicações falsas ao fisco com respeito aos fatos geradores de obrigações fiscais;*

d) *omissão de lançamento nos livros, fichas, declarações ou guias, de atividades ou operações que constituem fatos geradores de obrigações fiscais. (Redação dada pela Lei n.º 4.718/2002);*

e) *deixar de exibir livros fiscais, comprovantes da escrita e demais documentos instituídos por Lei ou Legislação Complementar, bem como prestar informações, sempre que solicitadas pela Fiscalização Tributária. (Redação acrescida pela Lei n.º 5.255/2007)*

Logo, uma vez que os serviços, alvo do Auto de Infração 29/2009, prestados pelo contribuinte, não eram beneficiamento e sim composição gráfica; Uma vez que o expediente utilizado pelo contribuinte tinha o objetivo claro de fugir do imposto municipal devido; E, uma vez que as atitudes do contribuinte estão previstas no art. 68 da Lei Mun. 17836/77 Inc. II alínea "a", sujeito portanto a multa de 150% sobre o tributo corrigido. Não concordo com o relator em sua exposição de voto, e nem com o seu provimento parcial do presente recurso para que seja alterada a multa de infração para 50% do tributo corrigido.

Visto o acima exposto, meu voto é pela **manutenção integral do Auto de Infração 29/2009** tanto no que diz respeito ao crédito tributário lançado por ele, quanto a graduação da multa de infração aplicada de 150% do imposto corrigido.

Os conselheiros presentes Daltro Rogério Ribeiro dos Santos (suplente) e Roberta Cristine Souza Teixeira acompanharam o voto do conselheiro relator, dando provimento parcial ao recurso. Os conselheiros Lígia Maria Portilho Mello, Mauro Francisco de Mattos (suplente) e Paulo Amaro de Souza, negaram provimento ao recurso, não acompanhando o voto do relator. Em função do empate ocorrido, foi proferido voto de qualidade da presidente Dra. Márcia Aparecida Paim Adami, que negou provimento ao recurso.

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 - sala 303 - Centro - Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br

MA
06/11-2

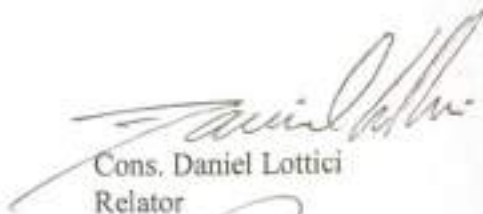


PREFEITURA DE CANOAS

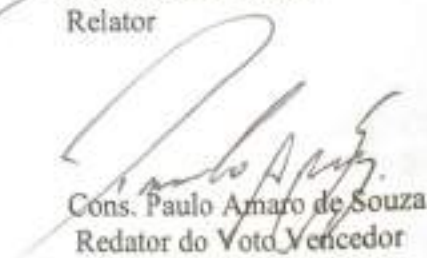
Continuação...

ACÓRDÃO 010/2010


Sala das sessões, 14 de setembro de 2010.



Cons. Daniel Lottici
Relator



Cons. Paulo Amaro de Souza
Redator do Voto Vencedor



Cons.ª Márcia Aparecida Paim Adami
Presidente



ACÓRDÃO 011/2010

Processo: 19286 /2010
Requerente: Banco do Brasil S/A
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN

**Ementa: ISSQN. Substituição tributária. Construção civil. Impossibilidade de abatimento de materiais.
Recurso não provido por unanimidade.**

Trata-se de defesa administrativa de 2ª Instância impetrada pelo impugnante **BANCO DO BRASIL S/A**, CNPJ 00.000.000/0479-02 contra decisão do Grupo Julgador que negou provimento à defesa administrativa em 1ª instância contra o lançamento de créditos tributários do Auto de Infração nº 20/2010 (processo de revisão fiscal n.º 20246/2009) lavrado pelo Serviço de Fiscalização do ISSQN da Secretaria Municipal da Fazenda deste Município, tendo a presente defesa atendido ao disposto nos artigos 71, 79 e 81, inciso I, da Lei Municipal 1.783/77, alterada pelas Leis 4.971/05 e 5143/06.

1. DOS FATOS

A revisão fiscal que resultou no AI 20/2010 teve origem com a Ordem de Serviço 199/2009, tendo sido o contribuinte notificado para regularização através da Notificação para Regularização nº. 195/2009. A atividade econômica exercida pelo contribuinte é a de substituto tributário.

Durante os procedimentos de auditoria fiscal, foi constatado que o contribuinte não teria recolhido ISS, como substituto tributário, sobre o valor total da nota fiscal de prestação de serviços de construção civil, no período de maio/2005 a dezembro/2005. O valor daí resultante foi objeto de lançamento no Auto de Infração nº. 20/2010.

Em 10/09/2010, o contribuinte apresentou impugnação a decisão do Grupo Julgador. Tendo em vista o disposto no artigo 142, da Lei Municipal nº 1.783/77, considera-se tempestivo o ingresso da defesa.

2. DAS ALEGAÇÕES DO IMPUGNANTE



Continuação...

ACÓRDÃO 011/2010

O parecer exarado pelo Grupo Julgador de 1ª instância e acolhido pelo Diretor Tributário está equívocado e eivado de vícios insanáveis em diversos aspectos.

O Código Tributário Municipal não dá competência aos fiscais tributários para os julgamentos administrativos de primeira instância, exclusividade do Secretário da Fazenda Municipal. Não veio aos autos prova de que tal ato administrativo tenha sido delegado aos fiscais ou, mesmo ao denominado Grupo Julgador do Município.

A autuação veio incompleta, desatendendo o Cód. Trib. Municipal, o que a torna nula por vício de procedimento, pois sem a memória cronológica dos cálculos não há como contestar o débito. E o pior, além de não estar acompanhada de memória de cálculo, nos resumos que acompanharam o auto de infração, verifica-se que a correção monetária, juros e multa foram cobrados a partir do mês de competência.

A Lei Municipal que estabelece multa fiscal no patamar de 300% exigido por esta Municipalidade é totalmente inconstitucional por violar o princípio do não-confisco, pelo que requer a nulidade da cobrança.

O direito ao desconto dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços e produzidos fora do local da prestação, conforme valor discriminado na nota fiscal é líquido e certo, devendo ser extirpado da cobrança sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Em decorrência há que se excluir os encargos acessórios cobrados (correção monetária, juros e multa).

3. DO REQUERIMENTO

Pelas razões acima expostas, requer:

a) seja recebido e PROVIDO o presente RECURSO para reformar a decisão de primeiro grau para anular a decisão de primeiro grau e anular o auto de infração, cancelando-se a cobrança e demais encargos consubstanciados naquela peça.

b) Alternativa e sucessivamente, em admitindo-se que não seja esse o entendimento desse E. Conselho, requer a nulidade da decisão do primeiro grau, para o fim de reabrir a instrução para que seja apurado corretamente as diferenças entre o total da nota e base de cálculo considerada pelo recorrente, bem como, que o fisco apresente memória de cálculo clara e precisa identificando as parcelas de correção monetária, juros e multa, reabrindo o prazo para aditamento da defesa administrativa.

c) Cópia dos atos administrativos que delegaram poderes aos membros da Comissão Julgadora e ao Diretor de Receita Municipal para participarem do julgamento do processo em



Continuação...

ACÓRDÃO 011/2010

.....
primeiro grau. Pede que referidas cópias venham acompanhadas com a decisão a ser proferida pelo CMC/Conselho Municipal de Contribuintes.

Tendo comparecido o representante do recorrente, mas não realizado a defesa oral, a matéria foi debatida pelos demais conselheiros, após o que, passo a decidir.

4. VOTO DA RELATORA

Sra. Presidente,

Equívoca-se o recorrente ao alegar que o julgamento em 1ª instância feito pelo Grupo Julgador está eivado de vícios insanáveis no que diz respeito a composição do Grupo Julgador, pois a decisão foi proferida por dois Fiscais Tributários com Titulação Superior e acolhida pelo Diretor de Administração Tributária, tudo conforme dispõe a Lei Municipal 1783/77 em seu artigo 71 abaixo transcrito.

Art. 71 Haverá duas instâncias para decisão das questões fiscais.

§ 1º As reclamações contra multas e autos de infração serão julgadas, em primeira instância, pelo Grupo Julgador, composto pelo Diretor do Departamento de Receita Municipal, cargo este exercido exclusivamente por servidor de carreira do Município de Canoas investido no cargo de Fiscal Tributário com Titulação Superior, e por dois Fiscais Tributários.

I - O Diretor do Departamento de Receita Municipal indicará os dois Fiscais Tributários com Titulação Superior para formação do Grupo Julgador de Primeira Instância.

§ 2º Em primeira instância, a Secretaria Municipal da Fazenda ordenará as diligências necessárias para o cabal processamento e instrução do processo.

§ 3º Os recursos contra as decisões de primeira instância serão julgados em segunda e última instância pelo Conselho Municipal de Contribuintes, na forma estabelecida na legislação complementar.

Com respeito a alegação de que a autuação foi incompleta, por carecer de memória de cálculo, é de se observar que o recorrente recebeu uma via do Auto de Infração acompanhada de relatório de Revisão Fiscal e do respectivo Demonstrativo de Crédito Tributário, onde constam valores de atualização monetária, juros, e multa moratória, conforme as fls. 164 a 168 do processo de Revisão Fiscal nº 20246/2009.



Continuação...

ACÓRDÃO 011/2010

Em relação a cobrança de juros, correção monetária e multa a partir do mês de competência dispõe a legislação municipal que se o contribuinte não recolher aos cofres públicos o ISSQN retido na data do vencimento, ficará sujeito a incidência de juros e multa, a partir do mês de **competência**. Está correto, portanto, o lançamento do Auto de Infração nº 20/2010.

Por outro lado, a alegação da Impugnante não merece prosperar, tendo em vista o contido no artigo 92, parágrafo 3º, da Lei Municipal nº 1943/79.

"Art. 92 - Os valores não recolhidos nos prazos fixados no artigo anterior serão atualizados monetariamente até a data do efetivo pagamento, acrescidos de multa e juros de mora.

§ 1º - ...

§ 2º - ...

§ 3º - No caso de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, considera-se, para efeito de cálculo de atualização monetária, multa e juros de mora dos débitos em atraso, como mês de vencimento o mês de competência" (sem grifo no original).

No mesmo sentido, a Lei Municipal nº 5.256/07, em seu Artigo 3º, parágrafo 4º, determina:

"Art. 3º O imposto devido por substituição tributária deverá ser retido e recolhido pelo substituto tributário até o dia 25 (vinte e cinco) do segundo mês subsequente ao de competência.

(...)

(...)

(...)

§ 4º Os valores não recolhidos nos prazos estabelecidos no caput e no § 1º deste artigo serão atualizados monetariamente até a data do efetivo pagamento, acrescidos de multa e juros de mora, considerando-se como vencimento o mês de competência, conforme estabelecido na legislação municipal vigente." (sem grifo no original).

Ainda com respeito a multa é de se observar que o percentual aplicado foi de 50% por não recolhimento do ISSQN e não de 300% ou com efeito de confisco como afirma o recorrente, tudo de acordo com a legislação abaixo transcrita.

Multa e Penalidade

Lei Municipal nº 1783/77 alterada pela Lei nº 4718/02.

ua

mf



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 011/2010

Art. 68 – Será lavrado Auto de Infração, lançado ao infrator ao dispositivo desta Lei, penalidades assim graduadas:

I – multa correspondente à metade do valor corrigido do tributo, quando:

a) deixar de recolher, nos prazos estabelecidos na Legislação Tributária Municipal, importância devida de tributo cujo lançamento é efetuado por homologação;

...

NOVA REDAÇÃO dada à alínea "b" pelo art. 3.º da Lei n.º 4.943, de 09.12.04 (Diário de Canoas – 14.12.04).

b) deixar de recolher, nos prazos estabelecidos na Legislação Tributária Municipal, importância devida de tributo pela qual, embora não retida, seja responsável.

Por último, com respeito à alegação de que o direito ao desconto dos **materiais** fornecidos pelo prestador de serviços de construção civil, previstos nos itens 7.02 e 7.05 da Lista Anexa à Lei Municipal 4818/03 e produzidos fora do local da prestação, conforme valor discriminado na nota fiscal é líquido e certo, devendo ser extirpado da cobrança sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, não procede, conforme a legislação e a jurisprudência abaixo transcrita:

Base Legal:

Lei Municipal 4818/03

Art. 1.º – O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista a que se refere o ANEXO I da presente Lei, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 2.º – Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Art. 7.º – A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 2.º – Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

ALTERADO o inciso I do § 2º do art. 7º PELA LEI MUNICIPAL 5.144 DE 26.12.06, ART. 4º.

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 – sala 303 – Centro – Telefone (51) 3482.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br

Uma *Am*



Continuação...

ACÓRDÃO 011/2010

I – o valor dos materiais produzidos pelo prestador de serviços fora do local da prestação, em conformidade com a exceção prevista nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei;

REDAÇÃO ANTERIOR dada ao § 2.º pelo art. 3.º da Lei n.º 4.938, de 06.12.04 (Diário de Canoas – 08.12.04).

I – o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços, previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei, que são exclusivamente os materiais produzidos fora do local da prestação de serviços;

Lista Anexa à Lei Municipal 4818/03

7 – Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).....

7.05 – 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 ICMS).....

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Nº 700220539122007/Cível



Continuação...

ACÓRDÃO 011/2010

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE
SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE
SERVIÇOS - ISS. INCIDÊNCIA SOBRE ATIVIDADE DE
EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. DEDUÇÕES DOS
MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA.
IMPOSSIBILIDADE.

MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA. DEDUÇÃO NA
BASE DE CÁLCULO DO ISS. IMPOSSIBILIDADE. Não se
incluem nas deduções possíveis da base de cálculo as despesas
com os materiais agregados à obra. As empreiteiras de
construção civil não respondem por ICMS quando adquirem
mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras.
HIPÓTESE DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA
APELAÇÃO.

Nº. 70018554600
2007/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO DE
INDÉBITO. CONTRATO DE EMPREITADA GLOBAL.
FORNECIMENTO DE PRÉ-MOLDADOS. ISS.

Provado pelos contratos juntados que os pré-moldados de
concreto produzidos pela autora (atividade-meio) são utilizados
na obra por ela contratada de empreitada global (atividade-fim),
não há falar em incidência de ICMS, mas sim de ISS, conforme
item 32 da Lista Anexa do Dec. 406/68, incidente à época dos
fatos. JUROS LEGAIS.

Os juros legais, na repetição do indébito tributário, são
devidos a contar do trânsito em julgado da sentença, conforme
art. 167, do CTN, e no patamar de 12% ao ano, conforme art.
406 do Novo Código Civil (Lei nº. 10.406/02), e nos termos do
estabelecido no art. 161, § 1º, do CTN.

APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

Nº. 70014087035
2006/Cível

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO.
TRIBUTÁRIO. CONTRATO DE EMPREITADA
GLOBAL. PRODUÇÃO DE PRÉ-MOLDADOS EM
CONCRETO PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS.
INCIDÊNCIA DE ISS E NÃO DE ICMS.

Ula



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 011/2010

-Peças de concreto pré-moldadas, ainda que produzidas fora do local da execução do contrato de empreitada global, estão sujeitas unicamente à incidência de Imposto sobre Serviços, nos casos em que a produção seja apenas um meio para o objetivo principal, o cumprimento do contrato de empreitada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

-Ressalva prevista no item 32 da lista anexa ao Decreto nº. 406/68 - 7.02 da LC 116/03 -, que não incide ao caso, pois os serviços contratados não se limitam à fabricação de peças pré-moldadas, mas à realização total de obra.

-Legítimo o interesse em obter declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue ao recolhimento de tributo e possível que a definição seja abrangente a todas as situações idênticas.

-Recurso da autora provido, por maioria. Recurso do Estado não provido e sentença mantida, quanto ao mais, em reexame necessário, vencido o revisor.

Aliás o STJ já se manifestou a respeito, em Julgamento do SINDUSCON contra o Município de Canoas, conforme abaixo:

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 835.538 - RS (2006/0063045-7)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

RECORRENTE : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - SINDUSCON

ADVOGADO : DORALINA PACHECO DE MATOS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE CANOAS

ADVOGADO : CAROLINA VASCONCELLOS PEDROSO E OUTROS

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - SINDUSCON, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO PELO CUSTO TOTAL DA OBRA. BASE DE

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA

Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 - sala 303 - Centro - Telefone (51) 3482.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br



Continuação...

ACÓRDÃO 011/2010

CÁLCULO DO TRIBUTO. SERVIÇOS E MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO.

O ISSQN incide sobre o total cobrado pelo serviço, ou seja mão-de-obra e material, desde que este material não seja produzido fora do local da obra, porque sobre o material produzido fora do local da obra, incide o ICMS. E isto porque o inciso I, do § 2º, do art. 7º, da LC nº 116/03 estabelece que não se incluem na base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos no item 7.02, ou seja, somente sobre aqueles expressamente previstos como sujeitos ao ICMS, quais sejam, os produzidos pelo prestador do serviço fora do local da obra. Segurança denegada.

APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (fl. 206)

O Recorrente sustenta, em síntese, violação aos artigos 7º da LC 116/03 e 97, IV, do CTN, acentuando a possibilidade de exclusão da base de cálculo do ISS dos serviços e materiais empregados na construção.

Relatados, decidido.

Tenho que a pretensão não merece guarida.

Com efeito, o v. acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento esposado no âmbito desta Corte acerca do assunto, no sentido de que as empresas do ramo da construção civil são contribuintes do ISS, não sendo admitido subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente às subempreitadas e aos materiais utilizados. (sem grifo no original)

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes, dentre outros:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC - INEXISTÊNCIA - CONSTRUÇÃO CIVIL - IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - BASE DE CÁLCULO - PREÇO DO SERVIÇO - IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES A MATERIAIS E A SUBEMPREITADAS - PRECEDENTES - RECURSO DESPROVIDO.

1(...)

2. Nos termos do artigo 9º do Decreto-Lei nº 406/68, a base de cálculo do ISS é o preço integral do serviço prestado.

3. Segundo a jurisprudência uniforme desta Corte Superior, as empresas do ramo da construção civil são contribuintes do ISS, não sendo admitido subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente às subempreitadas e aos materiais utilizados pela construtora.

4. Recurso desprovido" (REsp nº 577.356/MG, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJ de 30/5/2004, p. 216).

"RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - TRIBUTÁRIO -



Continuação...

ACÓRDÃO 011/2010

ISS - CONSTRUÇÃO CIVIL - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO VALOR DOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EMPREGADOS E PAGAMENTOS A SUBEMPREENHEIROS - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE EIVA NO JULGADO E DE PREQUESTIONAMENTO DO ARTIGO 9º, § 2º DO DL N. 406/68 - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA.

A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar caso análogo ao 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)" (REsp 149.946/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, DJU 20.03.2000). Na mesma esteira, dentre outros, o REsp 256.210/MG, Rel. Min. José Delgado, DJU 25.09.2000.

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 diga-se em relação ao pagamento efetuado a terceiros, in casu, as subempreitadas. Consoante explicita Bernardo Ribeiro de Moraes, "subempreitada é denominação que se oferece à empreitada menor, isto é, à empreitada secundária. Por meio de subempreitadas são executados trabalhos parcelados, contratados pelo empreiteiro construtor.

(...). Em referência ao ISS, é irrelevante saber se o empreiteiro maior executa pessoalmente a obra pactuada ou se incumbe a terceiros para realizá-la. Ambas as formas de serviços (empreitada maior ou empreitada menor) são alcançadas pelo ISS" (in "Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975).

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. Recurso especial conhecido, em parte, e, na parte conhecida, provido para determinar a inclusão na base de cálculo do ISS dos materiais de construção empregados na construção civil e pagamentos efetuados a subempreiteiros" (REsp nº 328.427/PR, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ de 2/2/2204, p. 301)

Ante o exposto, NEGO SEGUIMENTO ao Recurso Especial, com esteio no art. 557, caput, do CPC.

Publique-se.



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 011/2010

Brasília (DF), 22 de maio de 2006.
MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

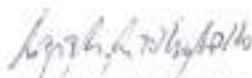
Relator

Documento: 2428622 - Despacho / Decisão - Site certificado - DJ: 07/06/2006 Página 3 de 3

Dessa forma, com base nas informações prestadas pela Impugnante e pelos Autuantes, , VOTO PELO NÃO ACOLHIMENTO DA PRESENTE DEFESA, devendo ser MANTIDO NA ÍNTEGRA o Auto de Infração n.º.20/2010.

Os conselheiros presentes Paulo Sérgio Pereira da Silva, Paulo Amaro de Souza, Daniel Lottici, Gerson Untertriefallner Costa e Roberta Cristine Souza Teixeira , à unanimidade, acolheram o voto da conselheira relatora.

Sala das sessões, 28 de setembro de 2010.


Cons.^a Ligia Maria Portilho Mello
Relatora


Cons.^a Márcia Aparecida Paim Adami
Presidente

Segue anexo a cópia da Lei n.º 4971/2005, que criou o grupo julgador de Primeira Instância. As demais leis estão no sítio da Prefeitura Municipal de Canoas, www.fazendacanoas.rs.gov.br. Relativamente ao pedido do demonstrativo de cálculo ficou esclarecido que estas foram entregues no momento da autuação, desnecessário nova reprodução das mesmas.

LEI Nº 4971 de 11 de fevereiro de 2005

ALTERA E REVOGA ARTIGOS DAS LEIS 1.783, DE 30 DE NOVEMBRO DE 1977 E 1.943, DE 10 DE DEZEMBRO DE 1979, QUE DISPÕEM SOBRE O CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

JURANDIR MARQUES MACIEL, Vice-Prefeito em exercício no cargo de Prefeito Municipal de Canoas, Faço SABER que a Câmara Municipal aprovou e eu sanciono e promulgo a seguinte LEI:

Art. 1º Ficam alterados os artigos 71 e 81, da Lei 1.783, de 30 de novembro de 1977, que passam a ter a seguinte redação:

"Art. 71 Haverá duas instâncias para decisão das questões fiscais.

§ 1º As reclamações contra multas e autos de infração serão julgadas, em primeira instância, pelo Grupo Julgador, composto pelo Diretor do Departamento de Receita Municipal, cargo este exercido exclusivamente por servidor de carreira do Município de Canoas investido no cargo de Fiscal Tributário com Titulação Superior, e por dois Fiscais Tributários.

1 - O Diretor do Departamento de Receita Municipal indicará os dois Fiscais Tributários com Titulação Superior para formação do Grupo Julgador de Primeira Instância.

§ 2º Em primeira instância, a Secretaria Municipal da Fazenda ordenará as diligências necessárias para o cabal processamento e instrução do processo.

§ 3º Os recursos contra as decisões de primeira instância serão julgados em segunda e última instância pelo Conselho Municipal de Contribuintes, na forma estabelecida na legislação complementar.

1 - Das decisões contrárias à Fazenda Municipal, não unânimes, de valor acima de 2.000 URMs (duas mil unidades de Referência Municipal), o grupo julgador deverá obrigatoriamente recorrer "ex officio" ao Conselho Municipal de Contribuintes, no prazo de 20 (vinte) dias contados da ciência da decisão.

§ 4º O Fiscal Tributário integrante do Grupo Julgador previsto neste artigo ficará impedido de participar como membro do Conselho Municipal de Contribuintes enquanto perdurar seu mandato no citado Grupo."

ma
ma

"Art. 81 Os processos, organizados em forma de autos-forenses, com as folhas devidamente numeradas e rubricadas e com os pareceres e informações anexadas em ordem cronológica, terão o seguinte andamento:

I - apresentada a defesa do autuado, será dada vista ao autuante, imediatamente, para, no prazo de 5 (cinco) dias úteis, manifestar-se sobre a defesa;

II - a decisão de primeira instância será proferida no prazo de 15 (quinze) dias úteis.

III - em primeira instância, para o curso normal dos processos, as dúvidas ou omissões desta Lei serão resolvidas pelo Diretor do Departamento de Receita Municipal, podendo aplicar-se o Código de Processo Civil, quando cabível."

Art. 2º A redação do artigo 90 da Lei 1.783, de 30 de novembro de 1977, passa a ser a seguinte:

....

"Art. 90 O Conselho Municipal de Contribuintes será constituído por 07 (sete) Conselheiros, sendo 3 (três) representando a Fazenda Municipal, 03 (três) representando os contribuintes e 01 (um) Presidente,

§ 1º Os Conselheiros representando os contribuintes serão nomeados pelo Prefeito Municipal, escolhidos em lista triplíce a ser apresentada pelas seguintes entidades de classe estabelecidas no município de Canoas: Câmara de Indústria e Comércio de Canoas - CICC, Conselho Regional de Contabilidade - CRC e Ordem dos Advogados do Brasil - OAB.

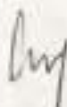
§ 2º Os Conselheiros representantes da Fazenda Municipal serão nomeados pelo Prefeito Municipal, dentre os servidores de carreira integrantes do quadro de Fiscais Tributários com Titulação Superior, indicados pelo Secretário Municipal da Fazenda.

§ 3º O Presidente do Conselho Municipal de Contribuintes será nomeado pelo Prefeito Municipal, dentre os servidores de carreira integrantes do quadro de Advogados da Procuradoria Geral do Município, que tenha experiência mínima de 3 (três) anos na função, indicado pelo Procurador Geral do Município, com anuência do Secretário Municipal da Fazenda.

§ 4º A organização e o funcionamento do Conselho Municipal de Contribuintes e da sua Secretaria, suas competências, as competências de seus integrantes, bem como do Representante da Fazenda Municipal, serão reguladas por esta Lei e pelo Decreto que dispõe sobre o Regimento Interno do Conselho Municipal de Contribuintes.

§ 5º O Conselho Municipal de Contribuintes terá uma Secretaria encarregada das atividades administrativas necessárias ao desenvolvimento de seus trabalhos, dirigida pelo Secretário Geral do Conselho Municipal de Contribuintes, contando, ainda com 1 (um) representante da Secretaria Municipal da Fazenda.

§ 6º O Secretário Geral do Conselho Municipal de Contribuintes, cargo este exercido por



servidor de carreira do Município, com nível superior completo, será indicado pelo Secretário Municipal da Fazenda e nomeado pelo Prefeito Municipal.*

Art. 3º Pelo desempenho das suas funções, os membros do Conselho Municipal de Contribuintes, o Representante da Fazenda e o Secretário-Geral do Conselho receberão a importância fixada no Decreto que dispõe sobre o Regimento Interno do Conselho Municipal de Contribuintes.

Art. 4º O desempenho das funções de membro do Conselho Municipal de Contribuintes será considerado serviço público de relevância, e as importâncias recebidas por seus integrantes não serão consideradas para fins de outras vantagens pecuniárias, nem para fins de agregação e/ou licença-prêmio.

Art. 5º Fica criada no Quadro de Cargos em Comissão e Funções Gratificadas, Anexo II, da Lei 2.213/84, a função gratificada abaixo descrita, com lotação no Gabinete do Secretário Municipal da Fazenda, que fica fazendo parte integrante do referido quadro:

QUANT.	DENOMINAÇÃO	VENCIMENTO/CÓDIGO
01	Secretário Municipal do Conselho Municipal de Contribuinte	FG-2

Art. 6º As despesas decorrentes desta Lei correrão a conta de dotações orçamentárias próprias, ficando o Poder Executivo autorizado a transferir dotações orçamentárias próprias e a abrir créditos adicionais necessários ao seu atendimento.

Art. 7º Revogam-se as disposições em contrário, em especial os artigos 27 e 33 da Lei 1.783, de 30/11/1977, e os artigos 96 a 108, da Lei 1.943, de 10/12/1979.

Art. 8º Esta Lei entra em vigor na data de sua publicação.

PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS, em onze de fevereiro de dois mil e cinco

JURANDIR MARQUES MACIEL

Vice-Prefeito em exercício no cargo de Prefeito Municipal

Jm
ma



ACÓRDÃO 012/2010

Processo: 19287 /2010
Requerente: Banco do Brasil S/A
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN

**Ementa: ISSQN. Substituição tributária. Construção civil. Impossibilidade de abatimento de materiais.
Recurso não provido por unanimidade.**

Trata-se de defesa administrativa de 2ª Instância impetrada pelo impugnante **BANCO DO BRASIL S/A**, CNPJ 00.000.000/0479-02 contra decisão do Grupo Julgador que negou provimento à defesa administrativa em 1ª instância contra o lançamento de créditos tributários do Auto de Infração nº 24/2010 (processo de revisão fiscal n.º 20246/2009) lavrado pelo Serviço de Fiscalização do ISSQN da Secretaria Municipal da Fazenda deste Município, tendo a presente defesa atendido ao disposto nos artigos 71, 79 e 81, inciso I, da Lei Municipal 1.783/77, alterada pelas Leis 4.971/05 e 5143/06.

1. DOS FATOS

A revisão fiscal que resultou no AI 24/2010 teve origem com a Ordem de Serviço 199/2009, tendo sido o contribuinte notificado para regularização através da Notificação para Regularização nº. 195/2009. A atividade econômica exercida pelo contribuinte é a de substituto tributário.

Durante os procedimentos de auditoria fiscal, foi constatado que o contribuinte não teria recolhido ISS, como substituto tributário, sobre o valor total da nota fiscal de prestação de serviços de construção civil, no mês de agosto/2005. O valor daí resultante foi objeto de lançamento no Auto de Infração nº. 24/2010.

Em 10/09/2010, o contribuinte apresentou impugnação a decisão do Grupo Julgador. Tendo em vista o disposto no artigo 142, da Lei Municipal nº 1.783/77, considera-se tempestivo o ingresso da defesa.

2. DAS ALEGAÇÕES DO IMPUGNANTE



Continuação...

ACÓRDÃO 012/2010

O parecer exarado pelo Grupo Julgador de 1ª instância e acolhido pelo Diretor Tributário está equivocado e eivado de vícios insanáveis em diversos aspectos.

O Código Tributário Municipal não dá competência aos fiscais tributários para os julgamentos administrativos de primeira instância, exclusividade do Secretário da Fazenda Municipal. Não veio aos autos prova de que tal ato administrativo tenha sido delegado aos fiscais ou, mesmo ao denominado Grupo Julgador do Município.

A autuação veio incompleta, desatendendo o Cód. Trib. Municipal, o que a torna nula por vício de procedimento, pois sem a memória cronológica dos cálculos não há como contestar o débito. E o pior, além de não estar acompanhada de memória de cálculo, nos resumos que acompanharam o auto de infração, verifica-se que a correção monetária, juros e multa foram cobrados a partir do mês de competência.

A Lei Municipal que estabelece multa fiscal no patamar de 300% exigido por esta Municipalidade é totalmente inconstitucional por violar o princípio do não-confisco, pelo que requer a nulidade da cobrança.

O direito ao desconto dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços e produzidos fora do local da prestação, conforme valor discriminado na nota fiscal é líquido e certo, devendo ser extirpado da cobrança sob pena de ofensa ao princípio da legalidade. Em decorrência há que se excluir os encargos acessórios cobrados (correção monetária, juros e multa).

3. DO REQUERIMENTO

Pelas razões acima expostas, requer:

a) seja recebido e PROVIDO o presente RECURSO para reformar a decisão de primeiro grau para anular a decisão de primeiro grau e anular o auto de infração, cancelando-se a cobrança e demais encargos consubstanciados naquela peça.

b) Alternativa e sucessivamente, em admitindo-se que não seja esse o entendimento desse E. Conselho, requer a nulidade da decisão do primeiro grau, para o fim de reabrir a instrução para que seja apurado corretamente as diferenças entre o total da nota e base de cálculo considerada pelo recorrente, bem como, que o fisco apresente memória de cálculo clara e precisa identificando as parcelas de correção monetária, juros e multa, reabrindo o prazo para aditamento da defesa administrativa.

c) Cópia dos atos administrativos que delegaram poderes aos membros da Comissão Julgadora e ao Diretor de Receita Municipal para participarem do julgamento do processo em primeiro grau. Pede que referidas cópias venham acompanhadas com a decisão a ser proferida pelo CMC/Conselho Municipal de Contribuintes.



Continuação...

ACÓRDÃO 012/2010

Tendo comparecido o representante do recorrente, mas não realizado a defesa oral, a matéria foi debatida pelos demais conselheiros, após o que, passo a decidir.

4. VOTO DA RELATORA

Sra. Presidente,

Equivoca-se o recorrente ao alegar que o julgamento em 1ª instância feito pelo Grupo Julgador está eivado de vícios insanáveis no que diz respeito a composição do Grupo Julgador, pois a decisão foi proferida por dois Fiscais Tributários com Titulação Superior e acolhida pelo Diretor de Administração Tributária, tudo conforme dispõe a Lei Municipal 1783/77 em seu artigo 71 abaixo transcrito.

Art. 71 Haverá duas instâncias para decisão das questões fiscais.

§ 1º As reclamações contra multas e autos de infração serão julgadas, em primeira instância, pelo Grupo Julgador, composto pelo Diretor do Departamento de Receita Municipal, cargo este exercido exclusivamente por servidor de carreira do Município de Canoas investido no cargo de Fiscal Tributário com Titulação Superior, e por dois Fiscais Tributários.

I - O Diretor do Departamento de Receita Municipal indicará os dois Fiscais Tributários com Titulação Superior para formação do Grupo Julgador de Primeira Instância.

§ 2º Em primeira instância, a Secretaria Municipal da Fazenda ordenará as diligências necessárias para o cabal processamento e instrução do processo.

§ 3º Os recursos contra as decisões de primeira instância serão julgados em segunda e última instância pelo Conselho Municipal de Contribuintes, na forma estabelecida na legislação complementar.

Com respeito a alegação de que a autuação foi incompleta, por carecer de memória de cálculo, é de se observar que o recorrente recebeu uma via do Auto de Infração acompanhada de relatório de Revisão Fiscal e do respectivo Demonstrativo de Crédito Tributário, onde constam valores de atualização monetária, juros, e multa moratória, conforme as fls. 164 a 168 do processo de Revisão Fiscal nº 20246/2009.



Continuação...

ACÓRDÃO 012/2010

Em relação a cobrança de juros, correção monetária e multa a partir do mês de competência dispõe a legislação municipal que se o contribuinte não recolher aos cofres públicos o ISSQN retido na data do vencimento, ficará sujeito a incidência de juros e multa, a partir do mês de **competência**. Está correto, portanto, o lançamento do Auto de Infração nº 20/2010.

Por outro lado, a alegação da Impugnante não merece prosperar, tendo em vista o contido no artigo 92, parágrafo 3º, da Lei Municipal nº 1943/79.

"Art. 92 – Os valores não recolhidos nos prazos fixados no artigo anterior serão atualizados monetariamente até a data do efetivo pagamento, acrescidos de multa e juros de mora.

§ 1º - ...

§ 2º - ...

§ 3º - No caso de Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, considera-se, para efeito de cálculo de atualização monetária, multa e juros de mora dos débitos em atraso, como mês de vencimento o mês de competência" (sem grifo no original).

No mesmo sentido, a Lei Municipal nº 5.256/07, em seu Artigo 3º, parágrafo 4º, determina:

"Art. 3º O imposto devido por substituição tributária deverá ser retido e recolhido pelo substituto tributário até o dia 25 (vinte e cinco) do segundo mês subseqüente ao de competência.

(...)

(...)

(...)

§ 4º Os valores não recolhidos nos prazos estabelecidos no caput e no § 1º deste artigo serão atualizados monetariamente até a data do efetivo pagamento, acrescidos de multa e juros de mora, considerando-se como vencimento o mês de competência, conforme estabelecido na legislação municipal vigente." (sem grifo no original).

Ainda com respeito a multa é de se observar que o percentual aplicado foi de 50% por não recolhimento do ISSQN e não de 300% ou com efeito de confisco como afirma o recorrente, tudo de acordo com a legislação abaixo transcrita.

Multa e Penalidade

Lei Municipal nº 1783/77 alterada pela Lei nº 4718/02

Am
ua



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 012/2010

Art. 68 – Será lavrado Auto de Infração, lançado ao infrator ao dispositivo desta Lei, penalidades assim graduadas:

I – multa correspondente à metade do valor corrigido do tributo, quando:

a) deixar de recolher, nos prazos estabelecidos na Legislação Tributária Municipal, importância devida de tributo cujo lançamento é efetuado por homologação;

...

NOVA REDAÇÃO dada à alínea "b" pelo art. 3.º da Lei n.º 4.943, de 09.12.04 (Diário de Canoas – 14.12.04).

b) deixar de recolher, nos prazos estabelecidos na Legislação Tributária Municipal, importância devida de tributo pela qual, embora não retida, seja responsável.

Por último, com respeito à alegação de que o direito ao desconto dos **materiais** fornecidos pelo prestador de serviços de construção civil, previstos nos itens 7.02 e 7.05 da Lista Anexa à Lei Municipal 4818/03 e produzidos fora do local da prestação, conforme valor discriminado na nota fiscal é líquido e certo, devendo ser extirpado da cobrança sob pena de ofensa ao princípio da legalidade, não procede, conforme a legislação e a jurisprudência abaixo transcrita:

Base Legal:

Lei Municipal 4818/03

Art. 1.º – O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista a que se refere o ANEXO I da presente Lei, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 2.º – Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

Art. 7.º – A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 2.º – Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

ALTERADO o inciso I do § 2º do art. 7º PELA LEI MUNICIPAL 5.144 DE 26.12.06, ART. 4º.

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 – sala 303 – Centro – Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br



PREFEITURA DE CANOAS

Continuação...

ACÓRDÃO 012/2010

I – o valor dos materiais produzidos pelo prestador de serviços fora do local da prestação, em conformidade com a exceção prevista nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei;

REDAÇÃO ANTERIOR dada ao § 2.º pelo art. 3.º da Lei n.º 4.938, de 06.12.04 (Diário de Canoas – 08.12.04).

I – o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços, previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei, que são exclusivamente os materiais produzidos fora do local da prestação de serviços;

Lista Anexa à Lei Municipal 4818/03

7 – Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

- 7.02 – Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).....
- 7.05 – 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 ICMS).....

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Nº 700220539122007/Cível

SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes

Rua Cândido Machado, n.º 429 – sala 303 – Centro – Telefone (51) 3462.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br



Continuação...

ACÓRDÃO 012/2010

APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE
SEGURANÇA. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE
SERVIÇOS - ISS. INCIDÊNCIA SOBRE ATIVIDADE DE
EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. DEDUÇÕES DOS
MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA.
IMPOSSIBILIDADE.

MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA. DEDUÇÃO NA
BASE DE CÁLCULO DO ISS. IMPOSSIBILIDADE. Não se
incluem nas deduções possíveis da base de cálculo as despesas
com os materiais agregados à obra. As empreiteiras de
construção civil não respondem por ICMS quando adquirem
mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras.
HIPÓTESE DE NEGATIVA DE SEGUIMENTO DA
APELAÇÃO.

Nº. 70018554600
2007/Cível

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. REPETIÇÃO
DE INDÉBITO. CONTRATO DE EMPREITADA
GLOBAL. FORNECIMENTO DE PRÉ-MOLDADOS. ISS.

Provado pelos contratos juntados que os pré-moldados de
concreto produzidos pela autora (atividade-meio) são utilizados
na obra por ela contratada de empreitada global (atividade-fim),
não há falar em incidência de ICMS, mas sim de ISS, conforme
item 32 da Lista Anexa do Dec. 406/68, incidente à época dos
fatos. JUROS LEGAIS.

Os juros legais, na repetição do indébito tributário, são
devidos a contar do trânsito em julgado da sentença, conforme
art. 167, do CTN, e no patamar de 12% ao ano, conforme art.
406 do Novo Código Civil (Lei nº. 10.406/02), e nos termos do
estabelecido no art. 161, § 1º, do CTN.

APELAÇÃO PROVIDA EM PARTE.

Nº. 70014087035
2006/Cível

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO.
TRIBUTÁRIO. CONTRATO DE EMPREITADA
GLOBAL. PRODUÇÃO DE PRÉ-MOLDADOS EM
CONCRETO PARA UTILIZAÇÃO NAS OBRAS.
INCIDÊNCIA DE ISS E NÃO DE ICMS.



Continuação...

ACÓRDÃO 012/2010

-Peças de concreto pré-moldadas, ainda que produzidas fora do local da execução do contrato de empreitada global, estão sujeitas unicamente à incidência de Imposto sobre Serviços, nos casos em que a produção seja apenas um meio para o objetivo principal, o cumprimento do contrato de empreitada. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.

-Ressalva prevista no item 32 da lista anexa ao Decreto nº. 406/68 - 7.02 da LC 116/03 -, que não incide ao caso, pois os serviços contratados não se limitam à fabricação de peças pré-moldadas, mas à realização total de obra.

-Legítimo o interesse em obter declaração de inexistência de relação jurídico-tributária que obrigue ao recolhimento de tributo e possível que a definição seja abrangente a todas as situações idênticas.

-Recurso da autora provido, por maioria. Recurso do Estado não provido e sentença mantida, quanto ao mais, em reexame necessário, vencido o revisor.

Aliás o STJ já se manifestou a respeito, em Julgamento do SINDUSCON contra o Município de Canoas, conforme abaixo:

Superior Tribunal de Justiça

RECURSO ESPECIAL Nº 835.538 - RS (2006/0063045-7)

RELATOR : MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

RECORRENTE : SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - SINDUSCON

ADVOGADO : DORALINA PACHECO DE MATOS

RECORRIDO : MUNICÍPIO DE CANOAS

ADVOGADO : CAROLINA VASCONCELLOS PEDROSO E OUTROS

DECISÃO

Vistos, etc.

Trata-se de Recurso Especial interposto pelo SINDICATO DA INDÚSTRIA DA CONSTRUÇÃO CIVIL NO ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL - SINDUSCON, com fulcro no artigo 105, inciso III, alínea "a", da Constituição Federal, contra Acórdão do Egrégio Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, assim ementado:

"APELAÇÃO CÍVEL. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO PELO CUSTO TOTAL DA OBRA. BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO. SERVIÇOS E MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO.

O ISSQN incide sobre o total cobrado pelo serviço, ou seja, mão-de-obra e material, desde que este material não seja produzido fora do

(m)

**SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
Conselho Municipal de Contribuintes**

Rua Cândido Machado, nº 429 - sala 303 - Centro - Telefone (51) 3482.1572
www.fazendacanoas.rs.gov.br

WMA



Continuação...

ACÓRDÃO 012/2010

local da obra, porque sobre o material produzido fora do local da obra, incide o ICMS. E isto porque o inciso I, do § 2º, do art. 7º, da LC nº 116/03 estabelece que não se incluem na base de cálculo do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos no item 7.02, ou seja, somente sobre aqueles expressamente previstos como sujeitos ao ICMS, quais sejam, os produzidos pelo prestador do serviço fora do local da obra. Segurança denegada.
APELAÇÃO NÃO PROVIDA. (fl. 206)

O Recorrente sustenta, em síntese, violação aos artigos 7º da LC 116/03 e 97, IV, do CTN, acentuando a possibilidade de exclusão da base de cálculo do ISS dos serviços e materiais empregados na construção.

Relatados, decido.

Tenho que a pretensão não merece guarida.

Com efeito, o v. acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento esposado no âmbito desta Corte acerca do assunto, no sentido de que as empresas do ramo da construção civil são contribuintes do ISS, não sendo admitido subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente às subempreitadas e aos materiais utilizados. (sem grifo no original)

No mesmo sentido, cito os seguintes precedentes, dentre outros:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO - RECURSO ESPECIAL - VIOLAÇÃO AO ART. 535, II, DO CPC - INEXISTÊNCIA - CONSTRUÇÃO CIVIL - IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - BASE DE CÁLCULO - PREÇO DO SERVIÇO - IMPOSSIBILIDADE DE EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES A MATERIAIS E A SUBEMPREITADAS - PRECEDENTES - RECURSO DESPROVIDO.

1(...)

2. Nos termos do artigo 9º do Decreto-Lei nº 406/68, a base de cálculo do ISS é o preço integral do serviço prestado.

3. Segundo a jurisprudência uniforme desta Corte Superior, as empresas do ramo da construção civil são contribuintes do ISS, não sendo admitido subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente às subempreitadas e aos materiais utilizados pela construtora.

4. Recurso desprovido" (REsp nº 577.356/MG, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJ de 30/5/2004, p. 216).

"RECURSO ESPECIAL - ALÍNEAS "A" E "C" - TRIBUTÁRIO - ISS - CONSTRUÇÃO CIVIL - BASE DE CÁLCULO - INCLUSÃO DO VALOR DOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EMPREGADOS E PAGAMENTOS A SUBEMPREENHEIROS - PRECEDENTES - AUSÊNCIA DE EIVA NO JULGADO E DE PREQUESTIONAMENTO DO ARTIGO 9º, § 2º DO DL N. 406/68 - DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL CONFIGURADA.

WA

AM



Continuação...

ACÓRDÃO 012/2010

A Primeira Seção deste Superior Tribunal de Justiça já teve a oportunidade de apreciar caso análogo ao 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)" (REsp 149.946/MS, Rel. Min. Ari Pargendler, Rel. p/ Acórdão Min. José Delgado, DJU 20.03.2000). Na mesma esteira, dentre outros, o REsp 256.210/MG, Rel. Min. José Delgado, DJU 25.09.2000. 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 diga-se em relação ao pagamento efetuado a terceiros, in casu, as subempreitadas. Consoante explicita Bernardo Ribeiro de Moraes, "subempreitada é denominação que se oferece à empreitada menor, isto é, à empreitada secundária. Por meio de subempreitadas são executados trabalhos parcelados, contratados pelo empreiteiro construtor.

(...). Em referência ao ISS, é irrelevante saber se o empreiteiro maior executa pessoalmente a obra pactuada ou se incumbe a terceiros para realizá-la. Ambas as formas de serviços (empreitada maior ou empreitada menor) são alcançadas pelo ISS" (in "Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975).

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 questionamento, entendido como o necessário e indispensável exame da questão pelo v. acórdão recorrido.

Recurso especial conhecido, em parte, e, na parte conhecida, provido para determinar a inclusão na base de cálculo do ISS dos materiais de construção empregados na construção civil e pagamentos efetuados a subempreiteiros" (REsp nº 328.427/PR, Relator Ministro FRANCIULLI NETTO, DJ de 2/2/2004, p. 301)

Ante o exposto, NEGO SEGUIMENTO ao Recurso Especial, com esteio no art. 557, caput, do CPC.

Publique-se.

Brasília (DF), 22 de maio de 2006.

MINISTRO FRANCISCO FALCÃO

Relator