

ACÓRDÃOS 2011



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

ACÓRDÃO 003/2011

Processo: 824 /2011
Requerente: Concrepedra Concreto e Pedreiras Ltda
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN
Auto de Infração: 67/2010

Ementa: Tributário. ISSQN. Construção civil. Concretagem. Materiais empregados. Dedução de base de cálculo. Impossibilidade. Recurso não provido por unanimidade.

Trata-se de Recurso Administrativo com suporte no art. 83 da Lei Municipal nº 1783 de 30.11.1977, interposto pela Concrepedra Concreto e Pedreiras Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 02.536.846/0001-76, e no Cadastro Municipal de Contribuintes sob nº. 75953, na condição de Contribuinte Eventual, protocolou tempestivamente em 07/01/2011, Recurso Voluntário contra o indeferimento de seu pedido de reclamação relativo ao Auto de Infração nº 067/2010, lavrado em 30/09/2010.

A peça fiscal referida consta assim informada:

“No uso de nossas atribuições legais, verificamos que o contribuinte acima qualificado não ofereceu a tributação, parte de sua receita de prestação de serviços, ou seja, não integrou a base de cálculo do ISSQN o valor referente a simples remessa de materiais destacados nas notas fiscais de serviços, relativo a serviços de concretagem, enquadrados no item 7.02 da Lei Municipal nº 4.818/2003 e alterações posteriores, no período de dezembro de 2005, fevereiro de 2006, março de 2007, junho a dezembro de 2008, janeiro a junho de 2009, o que constitui infração ao disposto no(s) art.(s) 31 da Lei Municipal 1943/79 e alterações posteriores, sujeito(s), portanto a multa 150%, calculada sobre o ISSQN corrigido, prevista no (s) artigo (s) letra a, inc. II, art. 68, da Lei Municipal 1783/77 e alterações posteriores, o que corresponde ao valor de R\$ 4.495,01 (quatro mil, quatrocentos e noventa e cinco reais e um centavo).”

Após elenca em seu Demonstrativo de Crédito Tributário, o valor referente ao ISSQN Atualizado monetariamente e acrescido de Juros e Multa moratória perfaz um ISSQN a Pagar de R\$ 3.675,75 (três mil, seiscentos e setenta e cinco reais e setenta e cinco centavos). O que resulta no total a pagar em outubro/2010, relativo ao Auto de Infração 067/2010 de R\$ 8.170,76 (oito mil, cento e setenta reais, setenta e seis centavos).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

ACÓRDÃOS 2011

- 001/2011- Sbardemar Comercial Sbardelotto de Carros Ltda
- 002/2011- Servtec Comércio e Manutenção de Grupos Geradores Lrda
- 003/2011- Concrepedra Concreto e Pedreiras Ltda
- 004/2011- Concrepedra Concreto e Pedreiras Ltda
- 005/2011- Companhia Riograndense de Saneamento- Corsan
- 006/2011- 0 Km Recuperadora e Locadora de Veículos Ltda
- 007/2011- Consórcio Queiroz Galvão/ OAS/ Brasília
- 008/2011- Engecampo Engenharia Ltda
- 009/2011- Engecampo Engenharia Ltda



ACÓRDÃO 001/2011

Processo: 11022 /2011

Requerente: Sbardecar Comercial Sbardelotto de Carros Ltda

Assunto: Recurso Voluntário- ITBI

Ementa: ITBI. Não incidência. Lapso temporal. Atividade preponderante. Reconhecimento não incidência sob condição resolutória. Art. 156, § 2º, II, CF/88 e art. 6º, §§ 3º e 4º da Lei Municipal 2683/89. Recurso provido por unanimidade.

Trata-se de recurso administrativo, interposto no prazo legal, por SBARDECAR COM. SBARDELOTTO DE CARROS LTDA., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob n. 89.217.202/0001-01, no qual a Requerente pugna pelo deferimento da imunidade tributária do ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Imóveis, sob condição resolutória, com base nos artigos 156, §2, I, da Constituição Federal e 37, §§1, 2 e 3 do Código Tributário Nacional.

A Recorrente protocolou, junto ao Município, pedido de isenção do ITBI sobre a transmissão de parte do patrimônio imobiliário da empresa Recorrente passado à empresa Sbardecar Negócios Imobiliários Ltda.

O pedido foi indeferido pela fiscalização municipal, sob fundamento de que a não incidência do imposto não se aplica em caso do objetivo social da Empresa ter como atividade preponderante a compra e venda de imóveis.

Irresignada, a Recorrente interpôs defesa administrativa, que sob mesmo fundamento, foi negada pela instância originária.

Interposto o recurso, junto a este Conselho, o pedido foi encaminhado para análise do Representante da Fazenda, conforme artigos 17 e 30 do Decreto nº .102/2008.

A Fazenda, através de seu Representante Legal, opinou pelo desprovimento do recurso, em face dos mesmos argumentos da instância originária, de que, sendo o ramo de atividade da Empresa destinado à exploração imobiliária, o reconhecimento da não incidência condicionada à verificação posterior apenas adiará, de forma protelatória, o recolhimento do tributo.

É o relatório.

**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 001/2011

Realizada a sustentação oral pelo Procurador da Recorrente e debatida a matéria entre os Conselheiros, passo a decidir.

Senhora Presidente:

O recurso é tempestivo e merece provimento. Vejamos a legislação aplicável à espécie:

A matéria debatida encontra previsão no art. 156, II, § 2º, da Constituição Federal:

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto os de garantia, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

§ 2º - O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

Recepcionado com eficácia de lei complementar, o CTN disciplina a questão :

Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos

Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o **imposto não incide** sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior: (g/n)

I - **quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito;** (g/n)
(...)

Art. 37. O disposto no artigo anterior **não se aplica** quando a pessoa jurídica adquirente tenha como atividade preponderante a



Continuação...

ACÓRDÃO 001/2011

venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição. (g/n)

§ 1º Considera-se caracterizada a **atividade preponderante** referida neste artigo quando **mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo. (g/n)**

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º **Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data. (g/n)**

(...)

No âmbito da competência municipal, prevê a Lei Municipal nº 2.683/89, de Canoas:

Art. 1º O Imposto de Transmissão "Inter Vivos" sobre bens imóveis, ITIVI, que tem como fato gerador a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, exceto garantia, bem como cessão de direitos, sua aquisição, de imóveis localizados no município.

Parágrafo único - O imposto previsto neste artigo não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.

(...)

Art. 5º São imunes ao imposto:



Continuação...

ACÓRDÃO 001/2011

(...)

IV - a transmissão de bens ou de direitos incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas em realização de capital;

V - a transmissão de bens ou de direitos decorrentes de fusão, incorporação ou extinção de capital de pessoa jurídica, inclusive no caso de cisão.

A Lei Municipal nº 5.042/2005 alterou o art. 6º da Lei Municipal 2.683/89, que dispõe sobre a IMUNIDADE DE ITIVI - Imposto de Transmissão "Inter Vivos" sobre Bens Imóveis:

Art. 6º O disposto nos itens IV e V do artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tem como atividade preponderante a compra e venda ou a locação da propriedade imobiliária ou cessão de direitos relativos à sua aquisição.

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo, quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição ou a menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando-se em conta os 2 (dois) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º A pessoa jurídica adquirente de imóveis ou de direitos a eles relativos, nos termos dos incisos IV ou V do artigo anterior, deverá apresentar à Fiscalização da Receita Municipal, demonstrativo de sua receita operacional, no prazo improrrogável de 60 (sessenta) dias contados do primeiro dia útil subsequente ao do término do período que serviu de base para apuração da preponderância.

§ 4º Verificada a preponderância referida neste artigo, ou em caso de não apresentação da documentação referida no § 3º no prazo estabelecido, tornar-se-á devido o imposto desde a data do recebimento, pelo contribuinte, da guia imune de ITIVI, independentemente de notificação judicial ou extrajudicial."



Continuação...

ACÓRDÃO 001/2011

Assim, temos que o Julgador, ao estabelecer a imunidade, pretendeu que a realidade fática deva prevalecer sobre a atividade contida no objeto social da empresa a fim de se estabelecer a incidência tributária ou não.

Desta forma, para apuração da atividade preponderante, deve-se aguardar o prazo descrito no artigo 37, § 1º do Código Tributário Nacional.

Neste sentido, já decidiu este Egrégio Conselho, cuja ementa segue abaixo:

Processo: 31436 /2010
Requerente: Cidade Nova Urbanizadora Ltda
Assunto: Recurso Voluntário- ITBI

Ementa: ITBI. Não incidência. Integralização de capital. Reconhecimento não incidência sob condição resolutória. Art. 156, § 2º, II, CF/88 e art. 6º, §§ 3º e 4º da Lei Municipal 2683/89.
Recurso provido por unanimidade.

Pelo exposto, **voto pelo provimento do recurso**, reconhecendo a não incidência/imunidade de ITBI, **inicialmente sob condição resolutória**, com base no artigo 156, § 2º, inciso II da Constituição Federal e art. 6º, §§ 3º e 4º, da Lei Municipal nº 2.683/89 e artigo 37, §1º do CTN.

Os conselheiros presentes Elaine Cofcevicz, Marcelo Teixeira Santos, Mauro Francisco de Mattos, Gerson Untertriefallner Costa e Daniel Lottici, à unanimidade, acolheram o voto da conselheira relatora.

Sala das sessões, 31 de maio de 2011.

Cons.^a Roberta Cristine Souza Teixeira
Relatora

Cons.^a Patricia de Souza Leandro
Presidente



ACÓRDÃO 002/2011

Processo: 42572 /2010

Requerente: Servtec Comércio e Manutenção de Grupos Geradores Ltda

Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN

Auto de Infração: 69/2010

**Ementa: Intempestividade. Sem análise do mérito.
Recurso não conhecido por unanimidade.**

SERVTEC COM. MANUT. EM GRUPOS GERADORES LTDA, empresa inscrita no Cadastro Municipal de Contribuintes do ISSQN sob o n.º 60861, CNPJ n.º 06.275.610/0001-84, situada na Rua Canguçu, n.º 820, neste Município, protocolizou em 28/12/2010, Recurso Voluntário contra o indeferimento de seu pedido de reclamação relativo ao Auto de Infração de n.º 69/2010 de 29/10/2010.

O julgador de primeira instância ao analisar o caso apresentado opinou pelo não acolhimento da presente defesa, mantendo o Auto de Infração n.º 69/2010.

A empresa requerente em sua defesa de primeira instância alegou que suas atividades estariam inclusas no subitem 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Municipal n.º 4818/03 que trata de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, e que estes serviços eram prestados na própria sede das empresas contratantes.

"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)"

Fundado no exame das notas fiscais objeto da autuação, o Grupo Julgador constatou que os serviços descritos são manutenção preventiva, manutenção corretiva ou serviços de revisão ou de conserto, serviços estes previstos no subitem 14.01 da Lista de Serviços anexa à Lei n.º. 4818/03, decidindo pelo não acolhimento da Impugnação.

"14.01. Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos,

EC-103
J



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 002/2011

aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS)."

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

É o relatório.

Realizada a sustentação oral pelo Procurador da Recorrente e debatida a matéria entre os Conselheiros, passo a decidir.

Senhora Presidente:

Inicialmente cabe destacar que tendo o Recorrente sido notificado do indeferimento de sua reclamação em 06 de dezembro de 2010, conforme processo 2010/36676, fl. 15, e protocolizado o presente recurso voluntário em 28 de dezembro de 2010, resulta que o mesmo é intempestivo nos termos do prazo previsto no artigo 83 da Lei Municipal n.º 1783/77.

Ocorre que, tendo em vista a intempestividade, não há como ser analisado o mérito no caso em concreto.

Recebo-o, no entanto, não conheço do Recurso Voluntário interposto pelo Requerente.

Assim, voto pelo NÃO CONHECIMENTO do recurso, em face da intempestividade na interposição em Segunda Instância.

Os conselheiros presentes Roberta Cristine Souza Teixeira, Marcelo Teixeira Santos, Mauro Francisco de Mattos, Gerson Untertriefallner Costa e Daniel Lottici, à unanimidade, acolheram o voto da conselheira relatora.

Sala das sessões, 19 de julho de 2011.

Cons.ª Elaine Cofcevicz
Relatora

Cons.ª Patrícia de Souza Leandro
Presidente



Continuação...

ACÓRDÃO 003/2011

O recorrente solicita integral reforma da decisão de 1ª instância que negou-lhe provimento por unanimidade de votos no processo 35013/2010, e para tanto tece as seguintes alegações:

A) Anexa o contribuinte "fato novo" sendo um Recurso Extraordinário do STF no RE 603.497/MG, repercussão geral, inteligência do artigo 543-B do Código de Processo Civil. Que neste recurso extraordinário busca-se o reconhecimento da dedução da base de cálculo do ISS a pagar, o material empregado na construção civil;

B) Que a Lei Complementar 116/2003 prevê expressamente que na prestação de serviços caracterizados no item 7.02, como se trata no caso em tela, devem ser excluídos os valores correspondentes aos materiais;

Essa é, pois, a síntese das alegações trazidas ao recurso pelo contribuinte através do presente processo 824 de 07 de janeiro de 2011 com a afirmação final de que descabe o Auto de Infração 067/2010 pois ofende o art. 7, § 2º, inc.I da Lei Municipal 4818/2003.

Realizada a sustentação oral pelo Procurador da Recorrente e debatida a matéria entre os Conselheiros, passo a decidir.

Senhora Presidente:

Inicialmente cabe destacar que tendo a Recorrente sido notificada do indeferimento de sua reclamação no dia 21 de dezembro de 2010, conforme processo nº. 35013/2010, fl. 43, protocolou o presente recurso voluntário em 07 de janeiro de 2011, resulta que o mesmo é tempestivo nos termos do prazo previsto no art. 83 da Lei Municipal nº 1.783/77.

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

A) Anexa o contribuinte "fato novo" sendo um recurso extraordinário, junto ao do STF, RE 603.497/MG, repercussão geral, inteligência do artigo 543-B do Código de Processo Civil. Que neste recurso extraordinário busca-se o reconhecimento da dedução da base de cálculo do ISS a pagar, o material empregado na construção civil;

A revisão fiscal na empresa Concrepedra Concreto e Pedreiras Ltda., CNPJ nº 02536846000176, cme 75953, teve início através da notificação para início de revisão fiscal nº 194/2010, aplicada em 24.08.2010, onde foram solicitados os seguintes documentos:

- 1- Livro de Registro de ISSQN;
- 2- Guias de ISSQN pagas;
- 3- Relatório Mensal Base de Cálculo do ISSQN; e
- 4- Relação dos clientes de Canoas, por exercício.



Continuação...

ACÓRDÃO 003/2011

A empresa forneceu notas fiscais de serviço (concreto), obras no município de Canoas, onde foi constatado pelos fiscais tributários que a empresa abatia da base de cálculo do ISSQN (receitas auferidas nas notas fiscais) os valores da simples remessa (dos insumos).

Primeiramente, entende-se que é importante ressaltar que a incidência do ISS sobre os insumos no concreto é matéria já pacificada no STJ, tanto que já a sumulou (Súmula 167).

Abaixo transcrevo algumas decisões a respeito da matéria, tributação sobre o total do valor da nota fiscal (serviço mais insumos) para a atividade de concreto.

TRIBUTÁRIO. ISS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO. INCLUSÃO OU NÃO DO VALOR DOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EMPREGADOS POR SUBEMPREENHEIRA. SÚMULA Nº 167/STJ. PRECEDENTES. Da base de cálculo do ISS não deve ser deduzido o valor dos materiais de construção utilizados pela prestadora de serviços. A base de cálculo para apuração do total do tributo devido é o custo do serviço em sua totalidade. Aplicação da Súmula 167/STJ: "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". Precedentes das Egrégias 1ª e 2ª Turmas do STJ. Recurso desprovido.

TRIBUTÁRIO. ICMS. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545 DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSAGRADA NO STJ.

1. (...)

2. É assento na Corte que "as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferente da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros; nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras. 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 do 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



Continuação...

ACÓRDÃO 003/2011

Construção Civil - ISS ou ICMS? In RDT 69, pg. 253, Malheiros)" (ERESP 149946/MS, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.03.2000).

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.404.700-ES (2011/0083865-1) RELATOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES; AGRAVANTE: TOPMIX ENGENHARIA E TECNOLOGIA DE CONCRETO S/A; AGRAVADO: MUNICÍPIO DE SERRA; TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS E SUBEMPREGADAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF, SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO Resp. NÃO OCORRÊNCIA. **data da publicação 25.05.2011.**

Trata-se de Agravo de Instrumento contra decisão que inadmitiu REsp interposto em face de acórdão do TJ do Espírito Santo cuja ementa é a seguinte (fls. 178): TRIBUTÁRIO - EMBARGOS INFRINGENTES - ISS- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL E FORNECIMENTO DE INSUMOS - INCIDÊNCIA SOBRE TODA A OPERAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO.

1- Incide ISS sobre toda operação de prestação de serviços de construção civil, inclusive sobre os materiais e insumos empregados. 2- Não há incidência de ISS na hipótese de o fornecimento de materiais ocorrer sem a prestação de serviços, hipótese em que o tributo devido é o ICMS, uma vez que a atividade empresarial passa a ser mercantil. Precedentes do c. STJ. 3- Embargos Infringentes improvisos. No Resp., interposto com base na alínea 'a' do permissivo constitucional, a ora agravante alega a violação ao art. 9º, § 2º, alínea 'a', do DL 406/68. Afirma que foi reconhecida a repercussão geral, acerca da questão dos autos, no Recurso Extraordinário nº 603.497/MG. Sustenta a possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS, incidente sobre a prestação de serviços de concretagem, dos valores pertinentes aos materiais fornecidos pelo prestador de serviços. É o relatório. Passo a decidir. Primeiramente, o STF reconheceu a repercussão geral do RE 603.497/MG. A Primeira Seção desta Corte, no Resp 1143677/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 02.12.2009, Dje 04.02.2010, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento no



Continuação...

ACÓRDÃO 003/2011

sentido de que o reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no art. 543-C, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes, uma vez que tal sobrestamento configura questão a ser apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso. (...)

Dessa forma, passo a analisar o mérito. O recurso não merece acolhida. É que a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a base de cálculo do ISS cobrado na atividade de concretagem da construção civil é o preço total do serviço, não havendo a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas. Nesse sentido:
TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. SERVIÇOS DE CONCRETAGEM. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÕES. IMPOSSIBILIDADE.

1- A decisão agravada está fundamentada na jurisprudencial de ambas as Turmas que compõem a 1ª Seção do STJ no sentido de que não é cabível a dedução dos materiais empregados na prestação do serviço de concretagem da construção civil na base de cálculo do ISS.

2- A questão analisada nos autos não é eminentemente constitucional, pois a Corte local tratou de matéria infraconstitucional (vigência do art. 9º do DL 406/68).

3- Agravo regimental não provido. (Ag.Rg no Resp 1214266/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª TURMA, julgado em 10/05/2011, Dje 13/05/2011)

TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONSTRUÇÃO CIVIL. CONCRETAGEM. MATERIAIS EMPREGADOS. DEDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 167/STJ. 1- A base de cálculo do ISSQN é o custo do serviço em sua totalidade, motivo pelo qual não se deduz de sua base de cálculo o valor dos materiais utilizados na produção de concreto pela prestadora de serviço, tanto mais que, nos termos da Súmula nº 167/STJ, sujeitam-se referidas empresas à tributação exclusiva do ISSQN.

Temos também que salientar que a peça recursal, recurso extraordinário RE 603.497, não teve a decisão transitada em julgado, conforme verifica-se nas folhas em anexo. Quando da sentença transitada em julgado, e por se tratar de repercussão geral é que poderá alterar o



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 003/2011

entendimento do STJ, caso seja pelo entendimento da não tributação de ISS sobre a totalidade do(s) valor(es) auferido(s) nas notas fiscais de serviço de concretagem.

Destaca-se que o art. 7º da Lei Municipal nº 4.818/03, diz: “A base de cálculo do imposto é o preço do serviço”.

Também se destaca o art. 31 da LM nº 1943/79, diz: “ Preço do serviço é a importância relativa à receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, ainda que a título de subempreitada de serviços, fretes, despesa ou imposto, salvo os casos especificamente previstos.”

Desta feita, entendo não ser plausível a alegação do contribuinte.

B) Que a Lei Complementar 116/2003 prevê expressamente que na prestação de serviços caracterizados no item 7.02, como se trata no caso em tela, devem ser excluídos os valores correspondentes aos materiais;

A Lei Complementar 116, de 31.de julho de 2003 estabelece em seu art. 7º.

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

§ 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.

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, terraplenagem, 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 sujeita ao ICMS).

Do mesmo modo, o Código Tributário Municipal de Canoas, instituído pela Lei 4.818/2003, dispõe em seu item 7.02 (ISSQN sobre as atividades de construção civil).

Importante ressaltar que a norma vigente no Código Tributário Municipal e entendimento do Fisco Municipal encontra-se amparado e em consonância com o entendimento pacificado no STJ sobre a matéria, consoante os julgados abaixo transcritos.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.164.026 – RN (2009/0213894-5)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 003/2011

RELATOR MINISTRO LUIZ FUX. RECORRENTE: MAKRO ATACADISTA S/A. RECORRIDO : MUNICÍPIO DE NATAL. DECISÃO TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONSTRUÇÃO CIVIL. CONCRETAGEM. MATERIAIS EMPREGADOS. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 167/STJ. MULTA MORATÓRIA. DIREITO LOCAL. SÚMULA 280/STF. OMISSÃO –

3-A base de cálculo do ISSQN é o custo do serviço em sua totalidade, motivo pelo qual não se deduz de sua base de cálculo o valor dos materiais utilizados na produção de concreto pela prestadora de serviço, tanto mais que, nos termos da Súmula nº 167/STJ, sujeitam-se referidas empresas à tributação exclusiva ISSQN, verbis “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”.

ACÓRDÃOS

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Nº 70022053912
2007/Cível

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



Continuação...

ACÓRDÃO 003/2011

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.

Não se pode falar em venda de mercadorias, quando a mesma está sendo consumida integralmente na obra (serviço) contratada (o). A isto se dá o nome de insumos que fazem parte do custo daquele serviço, assim como a mão de obra empregada pelo contratado e é esta união de materiais empregados e serviços executados que se dá o nome de empreitada global de construção civil e sobre a qual não há incidência de ICMS e sim de ISSQN.

E assim foi feito no caso do Auto de Infração 067/2010 conforme demonstrado do processo de revisão fiscal nº 25739/2010 que foi entregue conjuntamente com aquela peça fiscal ao contribuinte no momento da lavratura do citado Auto.

Pelos fatos acima mencionados, o meu entendimento é que o fisco procedeu corretamente em relação ao Auto de Infração nº 067/2010, 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 Daniel Lottici, Gerson Untertriefallner Costa, Roberta Cristine Souza Teixeira, Mauro Francisco de Mattos e Elaine Cofcevicz, à unanimidade, acompanharam o voto do conselheiro relator.

Sala das sessões, 16 de agosto de 2011.

Cons. Marcelo Teixeira Santos
Relator

Cons.ª Patricia de Souza Leandro
Presidente



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

ACÓRDÃO 004/2011

Processo: 825 /2011
Requerente: Concrepedra Concreto e Pedreiras Ltda
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN
Auto de Infração: 68/2010

Ementa: Tributário. ISSQN. Construção civil. Concretagem. Materiais empregados. Dedução de base de cálculo. Impossibilidade. Recurso não provido por unanimidade.

Trata-se de Recurso Administrativo com suporte no art. 83 da Lei Municipal nº 1783 de 30.11.1977, interposto pela Concrepedra Concreto e Pedreiras Ltda., inscrita no CNPJ sob o nº 02.536.846/0001-76, e no Cadastro Municipal de Contribuintes sob nº. 75953, na condição de Contribuinte Eventual, protocolou tempestivamente em 07/01/2011, Recurso Voluntário contra o indeferimento de seu pedido de reclamação relativo ao Auto de Infração nº 068/2010, lavrado em 30/09/2010.

A peça fiscal referida consta assim informada:

“No uso de nossas atribuições legais, verificamos que o contribuinte acima qualificado não ofereceu a tributação, parte de sua receita de prestação de serviços, ou seja, não integrou a base de cálculo do ISSQN o valor referente a simples remessa de materiais destacados nas notas fiscais de serviços, relativo a serviços de concretagem, enquadrados no item 7.02 da Lei Municipal nº 4.818/2003 e alterações posteriores, no período de julho à dezembro/2009, o que constitui infração ao disposto no(s) art.(s) 31 da Lei Municipal 1943/79 e alterações posteriores, sujeito(s), portanto a multa 150%, calculada sobre o ISSQN corrigido, prevista no (s) artigo (s) letra a, inc. II, art. 68, da Lei Municipal 1783/77 e alterações posteriores, o que corresponde ao valor de R\$ 3.136,37 (três mil, cento e trinta e seis reais e trinta e sete centavos).”

Após elenca em seu Demonstrativo de Crédito Tributário, o valor referente ao ISSQN Atualizado monetariamente e acrescido de Juros e Multa moratória perfaz um ISSQN a Pagar de R\$ 2.362,01(Dois mil, trezentos e sessenta e dois reais e um centavo).

O que resulta no total a pagar em outubro/2010, relativo ao Auto de Infração 068/2010 de R\$ 5.498,38 (Cinco mil, quatrocentos e noventa e oito reais, e trinta e oito centavos).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 004/2011

O recorrente solicita integral reforma da decisão de 1ª instância que negou-lhe provimento por unanimidade de votos no processo 35011/2010, e para tanto tece as seguintes alegações:

A) Anexa o contribuinte "fato novo" sendo um Recurso Extraordinário do STF no RE 603.497/MG, repercussão geral, inteligência do artigo 543-B do Código de Processo Civil. Que neste recurso extraordinário busca-se o reconhecimento da dedução da base de cálculo do ISS a pagar, o material empregado na construção civil;

B) Que a Lei Complementar 116/2003 prevê expressamente que na prestação de serviços caracterizados no item 7.02, como se trata no caso em tela, devem ser excluídos os valores correspondentes aos materiais;

Essa é, pois, a síntese das alegações trazidas ao recurso pelo contribuinte através do presente processo 825 de 07 de janeiro de 2011 com a afirmação final de que descabe o Auto de Infração 068/2010 pois ofende o art. 7, § 2º, inc.I da Lei Municipal 4818/2003.

Realizada a sustentação oral pelo Procurador da Recorrente e debatida a matéria entre os Conselheiros, passo a decidir.

Senhora Presidente:

Inicialmente cabe destacar que tendo a Recorrente sido notificada do indeferimento de sua reclamação no dia 21 de dezembro de 2010, conforme processo nº . 35011/2010, fl. 39, protocolou o presente recurso voluntário em 07 de janeiro de 2011, resulta que o mesmo é tempestivo nos termos do prazo previsto no art. 83 da Lei Municipal nº 1.783/77.

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

A) Anexa o contribuinte "fato novo" sendo um recurso extraordinário, junto ao do STF, RE 603.497/MG, repercussão geral, inteligência do artigo 543-B do Código de Processo Civil. Que neste recurso extraordinário busca-se o reconhecimento da dedução da base de cálculo do ISS a pagar, o material empregado na construção civil;

A revisão fiscal na empresa Concrepedra Concreto e Pedreiras Ltda., CNPJ nº 02536846000176, cmc 75953, teve início através da notificação para início de revisão fiscal nº 194/2010, aplicada em 24.08.2010, onde foram solicitados os seguintes documentos:

- 1- Livro de Registro de ISSQN;
- 2- Guias de ISSQN pagas;
- 3- Relatório Mensal Base de Cálculo do ISSQN; e
- 4- Relação dos clientes de Canoas, por exercício.



Continuação...

ACÓRDÃO 004/2011

A empresa forneceu notas fiscais de serviço (concreto), obras no município de Canoas, onde foi constatado pelos fiscais tributários que a empresa abatia da base de cálculo do ISSQN (receitas auferidas nas notas fiscais) os valores dos insumos.

Primeiramente, entende-se que é importante ressaltar que a incidência do ISS sobre os insumos no concreto é matéria já pacificada no STJ, tanto que já a sumulou (Súmula 167).

Abaixo transcrevo algumas decisões a respeito da matéria, tributação sobre o total do valor da nota fiscal (serviço mais insumos) para a atividade de concreto.

TRIBUTÁRIO. ISS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO. INCLUSÃO OU NÃO DO VALOR DOS MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO EMPREGADOS POR SUBEMPREENHEIRA. SÚMULA Nº 167/STJ. PRECEDENTES. Da base de cálculo do ISS não deve ser deduzido o valor dos materiais de construção utilizados pela prestadora de serviços. A base de cálculo para apuração do total do tributo devido é o custo do serviço em sua totalidade. Aplicação da Súmula 167/STJ: "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". Precedentes das Egrégias 1ª e 2ª Turmas do STJ. Recurso desprovido.

TRIBUTÁRIO. ICMS. AGRAVO REGIMENTAL EM AGRAVO DE INSTRUMENTO. ART. 545 DO CPC. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. INOCORRÊNCIA. EMPRESA DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MERCADORIAS ADQUIRIDAS. OPERAÇÕES INTERESTADUAIS. NÃO INCIDÊNCIA. JURISPRUDÊNCIA CONSAGRADA NO STJ.

1. (...)

2. É assento na Corte que "as empresas de construção civil não são contribuintes do ICMS, salvo nas situações que produzam bens e com eles pratiquem atos de mercancia diferente da sua real atividade, como a pura venda desses bens a terceiros; nunca quando adquirem mercadorias e as utilizam como insumos em suas obras. 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 do ISS, em razão de que quaisquer bens necessários a essa atividade (como máquinas, equipamentos, ativo fixo, materiais, peças, etc..) não devem ser tipificados como mercadorias sujeitas a tributo estadual" (José Eduardo Soares de Melo, in Construção Civil - ISS ou ICMS? In RDT 69, pg. 253, Malheiros) (ERESP 149946/MS, Rel. Min. José Delgado, DJ 20.03.2000).



Continuação...

ACÓRDÃO 004/2011

AGRAVO DE INSTRUMENTO Nº 1.404.700-ES (2011/0083865-1) RELATOR MINISTRO MAURO CAMPBELL MARQUES; AGRAVANTE: TOPMIX ENGENHARIA E TECNOLOGIA DE CONCRETO S/A; AGRAVADO: MUNICÍPIO DE SERRA; TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS E SUBEMPREITADAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA PELO STF, SOBRESTAMENTO DO JULGAMENTO DO Resp. NÃO OCORRÊNCIA. **data da publicação 25.05.2011.**

Trata-se de Agravo de Instrumento contra decisão que inadmitiu REsp interposto em face de acórdão do TJ do Espírito Santo cuja ementa é a seguinte (fls. 178): TRIBUTÁRIO - EMBARGOS INFRINGENTES - ISS- PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL E FORNECIMENTO DE INSUMOS - INCIDÊNCIA SO BRE TODA A OPERAÇÃO - RECURSO IMPROVIDO.

1- Incide ISS sobre toda operação de prestação de serviços de construção civil, inclusive sobre os materiais e insumos empregados. 2- Não há incidência de ISS na hipótese de o fornecimento de materiais ocorrer sem a prestação de serviços, hipótese em que o tributo devido é o ICMS, uma vez que a atividade empresarial passa a ser mercantil. Precedentes do c. STJ. 3- Embargos Infringentes improvisos. No Resp., interposto com base na alínea 'a' do permissivo constitucional, a ora agravante alega a violação ao art. 9º, § 2º, alínea 'a', do DL 406/68. Afirma que foi reconhecida a repercussão geral, acerca da questão dos autos, no Recurso Extraordinário nº 603.497/MG. Sustenta a possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS, incidente sobre a prestação de serviços de concretagem, dos valores pertinentes aos materiais fornecidos pelo prestador de serviços. É o relatório. Passo a decidir. Primeiramente, o STF reconheceu a repercussão geral do RE 603.497/MG. A Primeira Seção desta Corte, no Resp 1143677/RS, Rel. Ministro LUIZ FUX, CORTE ESPECIAL, julgado em 02.12.2009, Dje 04.02.2010, submetido ao Colegiado pelo regime da Lei nº 11.672/08 (Lei dos Recursos Repetitivos), que introduziu o art. 543-C do CPC, consolidou o entendimento no sentido de que o reconhecimento da repercussão geral pelo STF, com fulcro no art. 543-C, do CPC, como cediço, não tem o condão, em regra de sobrestar o julgamento dos recursos especiais pertinentes, uma vez que tal sobrestamento configura questão a ser



Continuação...

ACÓRDÃO 004/2011

apreciada tão somente no momento do exame de admissibilidade do apelo dirigido ao Pretório Excelso. (...)

Dessa forma, passo a analisar o mérito. O recurso não merece acolhida. É que a jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a base de cálculo do ISS cobrado na atividade de concretagem da construção civil é o preço total do serviço, não havendo a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas. Nesse sentido:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISSQN. SERVIÇOS DE CONCRETAGEM. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÕES. IMPOSSIBILIDADE.

1- A decisão agravada está fundamentada na jurisprudencial de ambas as Turmas que compõem a 1ª Seção do STJ no sentido de que não é cabível a dedução dos materiais empregados na prestação do serviço de concretagem da construção civil na base de cálculo do ISS.

2- A questão analisada nos autos não é eminentemente constitucional, pois a Corte local tratou de matéria infraconstitucional (vigência do art. 9º do DL 406/68).

3- Agravo regimental não provido. (Ag.Rg no Resp 1214266/MG, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, 1ª TURMA, julgado em 10/05/2011, Dje 13/05/2011)

TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONSTRUÇÃO CIVIL. CONCRETAGEM. MATERIAIS EMPREGADOS. DEDUÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 167/STJ. 1- A base de cálculo do ISSQN é o custo do serviço em sua totalidade, motivo pelo qual não se deduz de sua base de cálculo o valor dos materiais utilizados na produção de concreto pela prestadora de serviço, tanto mais que, nos termos da Súmula nº 167/STJ, sujeitam-se referidas empresas à tributação exclusiva do ISSQN.

Temos também que salientar que a peça recursal, recurso extraordinário RE 603.497, não teve a decisão transitada em julgado, conforme verifica-se nas folhas em anexo. Quando da sentença transitada em julgado, e por se tratar de repercussão geral é que poderá alterar o entendimento do STJ caso seja pelo entendimento da não tributação de ISS sobre a totalidade do(s) valor(es) auferido(s) nas notas fiscais de serviço de concretagem.

Destaca-se que o art. 7º da Lei Municipal nº 4.818/03, diz: "A base de cálculo do imposto é o preço do serviço".



Continuação...

ACÓRDÃO 004/2011

3-A base de cálculo do ISSQN é o custo do serviço em sua totalidade, motivo pelo qual não se deduz de sua base de cálculo o valor dos materiais utilizados na produção de concreto pela prestadora de serviço, tanto mais que, nos termos da Súmula nº 167/STJ, sujeitam-se referidas empresas à tributação exclusiva ISSQN, verbis "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".

ACÓRDÃOS

No Tribunal de Justiça do Rio Grande do Sul:

Nº 70022053912
2007/Cível

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.



Continuação...

ACÓRDÃO 004/2011

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.

Não se pode falar em venda de mercadorias, quando a mesma está sendo consumida integralmente na obra (serviço) contratada (o). A isto se dá o nome de insumos que fazem parte do custo daquele serviço, assim como a mão de obra empregada pelo contratado e é esta união de materiais empregados e serviços executados que se dá o nome de empreitada global de construção civil e sobre a qual não há incidência de ICMS e sim de ISSQN.

E assim foi feito no caso do Auto de Infração 068/2010 conforme demonstrado do processo de revisão fiscal nº 25739/2010 que foi entregue conjuntamente com aquela peça fiscal ao contribuinte no momento da lavratura do citado Auto.

Pelos fatos acima mencionados, o meu entendimento é que o fisco procedeu corretamente em relação ao Auto de Infração nº 068/2010, motivo pelo qual NEGOU 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 Daniel Lottici, Gerson Untertriefallner Costa, Roberta Cristine Souza Teixeira, Mauro Francisco de Mattos e Elaine Cofcevicz, à unanimidade, acompanharam o voto do conselheiro relator.

Sala das sessões, 16 de agosto de 2011.

Cons. Marcelo Teixeira Santos
Relator

Cons.^a Patricia de Souza Leandro
Presidente



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 004/2011

Também se destaca o art. 31 da LM nº 1943/79, diz: “ Preço do serviço é a importância relativa à receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, ainda que a título de subempreitada de serviços, fretes, despesa ou imposto, salvo os casos especificamente previstos.”

Desta feita, entendo não ser plausível a alegação do contribuinte.

B) Que a Lei Complementar 116/2003 prevê expressamente que na prestação de serviços caracterizados no item 7.02, como se trata no caso em tela, devem ser excluídos os valores correspondentes aos materiais;

A Lei Complementar 116, de 31 de julho de 2003 estabelece em seu art. 7º.

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

§ 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.

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, terraplenagem, 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 sujeita ao ICMS).

Do mesmo modo, o Código Tributário Municipal de Canoas, instituído pela Lei 4.818/2003, dispõe em seu item 7.02 (ISSQN sobre as atividades de construção civil).

Importante ressaltar que a norma vigente no Código Tributário Municipal e o entendimento do Fisco Municipal encontram-se amparado e em consonância com o entendimento pacificado no STJ sobre a matéria, consoante os julgados abaixo transcritos.

RECURSO ESPECIAL Nº 1.164.026 – RN (2009/0213894-5)
RELATOR MINISTRO LUIZ FUX. RECORRENTE: MAKRO
ATACADISTA S/A. RECORRIDO : MUNICÍPIO DE NATAL
DECISÃO TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONSTRUÇÃO CIVIL.
CONCRETAGEM. MATERIAIS EMPREGADOS. DEDUÇÃO
DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA
167/STJ. MULTA MORATÓRIA. DIREITO LOCAL. SÚMULA
280/STF. OMISSÃO –



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

ACÓRDÃO 005/2011

Processo: 8139 /2011
Requerente: Companhia Riograndense de Saneamento- Corsan
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN
Auto de Infração: nº 84/2010 e nº 86/2010

Ementa: Auto de Infração – ISSQN retido – ISSQN deve ser recolhido na sede do prestador do serviço. Defesa de 2ª Instância reconhecida e negada. Recurso não provido por unanimidade.

Trata-se de recurso administrativo de 2ª instância, interposto por COMPANHIA RIOGRANDENSE DE SANEAMENTO – CORSAN, CNPJ 92802784/0012-42, contra o lançamento de créditos tributários apurados nos Autos de Infração nº 84/2010 e 86/2010, oriundos do processo de revisão fiscal nº 31264/2009, no qual foi constatado divergências entre os valores apurados pela fiscalização tributária, e os valores efetivamente recolhidos pela requerente, na condição de substituto tributário.

O grupo julgador de 1ª instância, ao analisar o pedido de impugnação dos Autos de Infração nº 84/2010 e 86/2010, impetrado através do processo administrativo nº 42133/2010, intempestivamente, negou o seu provimento, mantendo ambos.

O Auto de Infração nº 84/2010 foi lavrado em virtude do não recolhimento do ISSQN Variável retido, devido para o município de Canoas, referente aos serviços tomados, enquadrados no item 7.02 da lista de serviços, Lei Municipal nº 4818/2003 e alterações posteriores.

Com relação ao Auto de Infração nº 86/2010, o mesmo foi lavrado em razão de a requerente deixar de reter e recolher para o município de Canoas o ISSQN Variável dos serviços tomados, enquadrados no item 11.02 da lista de serviços, Lei Municipal nº 4818/2003 e alterações posteriores.

É o relatório.

Notificado o Recorrente 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.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 005/2011

Senhora Presidente:

O recurso é tempestivo nos termos do prazo previsto no art. 83 da Lei Municipal nº 1783/77.

Vamos aos fatos e alegações da recorrente:

1 – A imunidade recíproca se estende à responsabilização por substituição tributária, sob pena de subversão do sistema;

No que diz respeito à alegação da recorrente, informamos que a lei 5256/2007, que dispõe sobre a responsabilidade pelo pagamento do ISSQN por substituição tributária, é bem clara no seu art. 1º que prevê:

Art. 1º - Na condição de substitutos tributários, são responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN:

...
VII – as empresas que explorem serviços de energia elétrica, telefonia, transporte coletivo e de distribuição e tratamento de água e esgoto, pelo ISSQN relativo aos serviços a elas prestados;

...
Parágrafo único – A responsabilidade de que trata o caput é inerente a todas as pessoas jurídicas nele referidas ainda que alcançadas por imunidade, isenção ou qualquer forma de regime diferenciado de tratamento.

Desta forma, a imunidade alegada pela recorrente não alcança a desobrigação da retenção do ISSQN, na condição de substituto tributário.

2 – Competentes nestes casos, são os municípios de Porto Alegre e Cachoeirinha, onde se localizam os estabelecimentos prestadores dos serviços;

Em 24/11/2010, foram lavrados os Autos de Infração nº 84/2010 e nº 86/2010, objetos da impugnação da recorrente.

Alega a requerente, que a municipalidade competente para realizar a cobrança do ISSQN, é a do local do estabelecimento prestador dos serviços.

Quanto às alegações da requerente, informamos que:

No Auto de Infração nº 84/2010, os serviços tomados, descritos nas notas fiscais nº 1026, 1075 e 1095, estão enquadrados no item 7.02 da lista de serviços, da Lei Municipal nº 4818/2003 e alterações, que prevê:



Continuação...

ACÓRDÃO 005/2011

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 sujeita ao ICMS).

No Auto de Infração nº 86/2010, os serviços tomados, informados nas notas fiscais nº 2244, 3107, 3299, 274, 572, 757 e 983, estão enquadrados no item 11.02 da lista de serviços, da Lei Municipal nº 4818/2003 e alterações, que prevê:

11 – Serviços de guarda, estacionamento, armazenamento, vigilância e congêneres.

...

11.02 – Vigilância, segurança ou monitoramento de bens e pessoas.

...

Desta forma, como os serviços tomados estão enquadrados nos itens 7.02 e 11.02, devemos obedecer ao que rege a Lei 4818/2003, que determina:

Art. 3º - O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:

I – do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, na hipótese do § 1º do art. 1º desta Lei;

...

III – da execução da obra, no caso dos serviços descritos no subitem 7.02 e 7.19 da lista anexa;

...

XIV – dos bens ou do domicílio das pessoas vigiadas, segurados ou monitorados, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa;

Concluindo, o ISSQN incidente sobre o preço dos serviços tomados deve ser recolhido ao Município de Canoas.

Pelo exposto, **voto pelo indeferimento** do presente recurso, mantendo-se na íntegra os Autos de Infração nº 84/2010 e nº 86/2010.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 005/2011

Os conselheiros presentes Daniel Lottici, Gerson Untertriefallner Costa, Roberta Cristine Souza Teixeira, Marcelo Teixeira Santos e Elaine Cofcevicz, à unanimidade, acompanharam o voto do conselheiro relator.

Sala das sessões, 13 de setembro de 2011.

Cons. Mauro Francisco de Mattos
Relator

Cons. Patricia de Souza Leandro
Presidente



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

ACÓRDÃO 006/2011

Processo: 8803 /2011
Requerente: 0 KM Recuperadora e Locadora de Veículos Ltda
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN
Auto de Infração: nº 1, 2, 3, 4 e 5/2011

**Ementa: ISSQN – Solicitação de prazo mediante apresentação de documentos.
Falta de previsão legal e inconsistência das razões.
Recurso não provido por unanimidade.**

OKM Recuperadora e Locadora de Veículos Ltda, pessoa jurídica de direito privado, com sede na Rua Benjamim Franklim, nº 126, Bairro Harmonia, em Canoas, RS, inscrita no CNPJ sob nº 02.281.174/0001-03 e CMC nº 49238, protocolizou tempestivamente em 14/03/2011, Recurso Voluntário contra o indeferimento de seu pedido de prorrogação de prazo relativo aos Auto de Infração de números: 01, 02, 03, 04 e 05/2011.

- a) *Auto de Infração nº 01/2011 – Para as receitas declaradas (NF apresentadas), cuja alíquota de ISSQN 3% era ainda vigente (período até junho/09) não foi recolhido o ISSQN devido (conforme relação anexo III), com aplicação da multa de 50%.*
- b) *Auto de Infração nº 02/2011 – Para as receitas declaradas (NF apresentadas), cuja alíquota incidente era de 2,75% (período de receita após o mês de junho/09) e que não foi recolhido o ISSQN devido (conforme relação anexo III) com aplicação de multa de 50%.*
- c) *Auto de Infração nº 03/2011 – Para as notas fiscais nºs 164/165/180 e 181 das entregues no talão, mas sem informações do valor, e sem recolhimento do ISSQN devido, ficando seus valores arbitrados, com aplicação da multa de 150%.*
- d) *Auto de Infração nº 04/2011 – Para as notas fiscais (001 a 150) não apresentadas, e sem o recolhimento do ISS devido, sendo arbitradas receitas para o período até junho/09 (arbitramento para os meses que não foram apresentadas notas fiscais de serviços emitidas e sem qualquer recolhimento do ISS), alíquota vigente era de ISS de 3%, relação conforme anexo V, com a aplicação da multa de 150%.*

1



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 006/2011

e) *Auto de Infração nº 05/2011 – Para as notas fiscais (001 a 150) não apresentadas e sem o recolhimento do ISS devido, sendo arbitradas receitas para o período após junho/09 (arbitramento para os meses que não foram apresentadas notas fiscais de serviços emitidas e sem qualquer recolhimento do ISS), alíquota de ISS de 2,75% (relação conforme anexo V), com aplicação da multa de 150%.*

Em seu pedido, o contribuinte teceu as seguintes alegações:

“Peço ao Conselho que avalie os documentos anexos de minha doença. Sou responsável pela empresa e quero pagar os débitos, mas trabalho doente e sozinho, necessito de prazo e ajuda para diminuir as custas para que eu possa cumprir com meus deveres”.

O julgador de 1ª instância ao analisar o caso apresentado e enfrentando as questões levantadas no pedido, 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.

Realizada a sustentação oral pelo Procurador da Recorrente e debatida a matéria entre os Conselheiros, passo a decidir.

Senhora Presidente:

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

A revisão fiscal teve início através da ordem de serviço nº 285/2010, onde o contribuinte foi notificado, notificação para início de revisão fiscal nº 251/2010, data do recebimento em 14/10/2010, onde foram solicitados os seguintes documentos:

- a) Livro de registro de ISSQN;
- b) Notas fiscais de serviços e recibos;
- c) Cópias das declarações de IR;
- d) Livros Caixa, Diário e Razão;
- e) Contrato Social e Alterações;
- f) AIDOF e ordens de serviço.

Após a notificação o contribuinte atendeu parcialmente o pedido, pois apresentou somente as notas fiscais de nº 151 a 300. Sendo que o contribuinte não apresentou toda a documentação solicitada pelo Fisco Municipal, o mesmo foi notificado, notificação



Continuação...

ACÓRDÃO 006/2011

.....
complementar nº 93/2010, onde foram solicitados os documentos faltantes que não foram atendidos na notificação de início de revisão fiscal, sendo que o contribuinte não atendeu ao pedido.

A partir da análise das notas fiscais de números 151 a 300 foram constatadas as várias irregularidades, sendo que abaixo destacamos algumas delas:

- a) O Contribuinte não recolheu ISSQN dos serviços prestados;
- b) As notas fiscais de números 080, 082, 083, 085, 087, 091, 092, 093, 097, 099 e 100 foram emitidas à empresa responsável tributária Auto Locadora Canoense, que foram apuradas através da escrituração contábil da empresa cliente (ALC), sendo que o ISSQN não foi recolhido.
- c) Notas Fiscais 164 e 165 sem valor, conseqüentemente foram arbitradas pelo fisco.
- d) Considerando que o contribuinte não apresentou as notas fiscais de números 001 a 150 foram arbitradas conforme determina o artigo 21 da Lei Municipal 1783/77.

Vejamos o que diz a Lei nº 1943/79 do Código Tributário Municipal:

Art. 42 – O imposto é lançado mensalmente e sua arrecadação se processará também mensalmente, até o dia 15 (quinze) de cada mês subsequente ao vencido com base nas declarações da Guia de Recolhimento, quando se tratar de contribuinte inscrito na parte variável (art. 28, item II, desta Lei).

Lei nº 1783/77

CAPITULO V DAS OBRIGAÇÕES TRIBUTÁRIAS E ACESSÓRIAS

“Art. 12 – Os contribuintes e demais responsáveis ficam obrigados a cumprir as determinações desta Lei ou da legislação complementar, estabelecidas com o fim de facilitar o lançamento, fiscalização e cobrança de impostos, taxas e contribuições”.

Parágrafo Único - Sem prejuízo do que se estabeleça, de maneira especial, os contribuintes e responsáveis estão obrigados:

- I – apresentar guias e declarações, segundo as normas desta Lei e da legislação complementar;
- II – a comunicar a Fazenda Municipal, dentro de 20 (vinte) dias da efetivação respectiva, de qualquer alteração capaz de gerar, modificar ou extinguir obrigações fiscais;



Continuação...

ACÓRDÃO 006/2011

III – a conservar e apresentar ao Fisco, quando solicitados, qualquer documento que, de algum modo, se refira à operação ou situação que constitua fato gerador de obrigação e sirva de comprovante da veracidade dos consignados nas guias e documentos fiscais;

IV – a prestar, sempre que solicitados pelas autoridades competentes, informações e esclarecimentos com respeito às operações que a juízo do fisco possam constituir fatos geradores de obrigações fiscais;

V – de modo geral, a facilitar, por todos os meios ao alcance, as tarefas de lançamento, fiscalização e cobrança dos tributos devidos à Fazenda Municipal.

CAPITULO VI DO LANÇAMENTO

“ Art. 16 – As declarações deverão conter todos os elementos e dados necessários ao conhecimento do fato gerador das obrigações fiscais e a verificação do montante do crédito tributário correspondente.

Parágrafo Único – A Fazenda Municipal examinará as declarações para verificar a exatidão dos dados nela consignados. “Quando o contribuinte ou responsável não houver prestado ou a mesma não apresentar-se exata, por serem falsos ou errôneos os fatos consignados, o lançamento será feito “ex-officio”, com base nos elementos disponíveis”.

A Legislação Municipal oferece ao infrator prazo de 20 (vinte) dias para apresentar defesa, após a ciência do Auto de Infração. (Artigos 78 e 79, da Lei Municipal nº 1783/77, modificada pela Lei Municipal nº 5.143/2006).

Por outro lado, o Art. 81, da Lei Municipal nº 1783/77, modificada pela Lei Municipal nº 5143/06, diz:

“V – A prova documental será apresentada na impugnação, precluindo o direito de o impugnante fazê-la em outro momento processual, a menos que”:

Fique demonstrada a sua apresentação oportuna, por motivo de força maior;

Destine-se a contrapor fatos ou razões posteriormente trazidas aos autos.

VI – A juntada de documentos após a impugnação deverá ser requerida à autoridade julgadora, mediante petição em que se demonstre, com fundamentos, a ocorrência de uma das condições previstas nas alíneas do inciso anterior.

VII – Considerar-se á não impugnada a matéria que não tenha sido expressamente contestada pelo impugnante;

VIII – Da decisão de primeira instância, não cabe pedido de reconsideração.

Parágrafo 1º ...

Assinatura 4

Assinatura



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 006/2011

“Parágrafo 2º- Para fins do disposto no inciso V, “a” entende-se como força maior todo o acontecimento inevitável em relação à vontade do contribuinte e para a realização do qual este não concorreu, direta ou indiretamente.”

Nos autos do processo consta que em 14 de Outubro passado, o contribuinte tomou ciência da Notificação para Início de Revisão Fiscal, onde eram solicitados diversos documentos. Apresentou apenas parcialmente os papéis; por isso, foi expedida uma Notificação Complementar, que tomou o número 93/2010. Essa notificação foi entregue em 06 de Dezembro de 2010, e novamente pedia elementos necessários à auditoria. Não foram entregues todos os documentos solicitados.

Então, decorridos, por ocasião da lavratura do auto, quase 90 dias da Notificação Inicial o contribuinte não entregou os documentos requisitados em sua plenitude.

A Lei Municipal nº 1783/77 em seu artigo 21, determina:

“Artigo 21 – É facultado aos agentes fiscais proceder ao arbitramento de bases tributárias, quando ocorrer sonegação, cujo montante não se possa conhecer exatamente.”

No recurso administrativo encaminhada ao Conselho de Contribuintes, a recorrente anexou ao processo diversos documentos relativos aos problemas de saúde do autor responsável pela empresa, o que poderia ser entendido como motivo de força maior para não atender os documentos solicitados desde a ciência do início de revisão fiscal (14/10/2010), no entanto todos os documentos acostados são referentes aos períodos de 2007 e 2008, período bem anterior ao início de revisão fiscal.

A recorrente alega que supostamente seu empregado César que ficou na qualidade de auxiliar no período da doença do responsável legal tenha pego os documentos faltantes, porém essa responsabilidade não pode ser transferida a um terceiro como disciplina o Código de Processo Civil, em seu artigo 333, I:

“Art. 333, O ônus da prova incumbe;

I – ao autor, quando ao fato constitutivo do seu direito,”

O Código Tributário Nacional em seu art. 69, parágrafo 1º e art. 136 respectivamente dizem que a responsabilidade por infração independe da intenção do agente, que por algum motivo, alguma receita não foi oferecida a tributação, a própria Municipalidade lança o tributo devido, na modalidade de lançamento de ofício (art. 149 do CTN). O mesmo acontece com o agente do fisco que está sujeito a responder funcionalmente caso constate qualquer irregularidade e não efetue o lançamento (art. 142 do CTN), atividade administrativa vinculada.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 006/2011

Assim entendo que os documentos acostados ao recurso administrativo nº 8803/2011 não podem ser justificados como motivo de força maior, por serem de um período bem anterior ao início de revisão fiscal e que o contribuinte recebeu os prazos permitidos de acordo com a Lei.

Isto posto, entendo que não encontra amparo na legislação o pedido de prorrogação e que a peça fiscal enquadrou 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 dos Autos de Infração de números 01, 02, 03, 04 e 05/2011.

Os conselheiros presentes Daniel Lottici, Neiva Marisa Magnus Oliveira (suplente), Roberta Cristine Souza Teixeira, Mauro Francisco de Mattos e Elaine Cofcevicz, à unanimidade, acompanharam o voto do conselheiro relator.

Sala das sessões, 11 de outubro de 2011.


Cons. Gerson Untertriefallner Costa
Relator


Cons.ª Patricia de Souza Leandro
Presidente



ACÓRDÃO 007/2011

Processo: 14606 /2011
Requerente: Consórcio Queiroz Galvão/OAS/ Brasília
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN
Auto de Infração: 95/2010

Ementa: ISSQN-- Multa Infração de 150% - Impossibilidade de Redução da Multa da Infração, em virtude da mesma estar prevista na Legislação Municipal.

Recurso não provido por maioria.

1. Do Relatório

Cuida-se de Recurso Administrativo, interposto dentro do prazo legal, em que o Consórcio Queiroz Galvão, inscrito no CNPJ sob nº 11.187.392/0001-66, pretende a reforma do julgamento de primeira instância, que manteve integralmente o Auto de Infração submetido a reexame.

1.1. Dos Acontecimentos

Sucedem que no dia 10 de janeiro de 2011, após auditoria realizada pelos agentes fazendários deste município, foi o Recorrente intimado do Auto de Infração nº 95/2010, que dentre imposto corrigido, multa e juros, apurou um crédito tributário no valor de R\$ 121.128,86 (cento e vinte e um mil, cento e vinte e oito reais, oitenta e seis centavos).

É que, segundo as autoridades fiscais, o Recorrente excluiu da base de cálculo do ISS os serviços tomados da empresa CIMPOR CIMENTOS, entre fevereiro e outubro de 2010, relativamente às obras de construção da Rodovia 448 (contrato nº 00492/2009), executadas no território deste município.

Mantido integralmente o Auto de Infração nº 95/2010 quando do julgamento de primeira instância, o contribuinte interpõe Recurso Voluntário alegando, em síntese, não incidir ISS sobre o concreto produzido por terceiros fora do local da obra, nos termos do art. 7º, §2º, da Lei Complementar nº 116/03, e item 7.02 da lista de serviços anexa.

Nesse sentido, reporta-se a algumas decisões do Tribunal de Justiça deste Estado que, na sua ótica, respaldam a entendimento defendido.



Continuação...

ACÓRDÃO 007/2011

Ademais, o Recorrente insurge-se quanto aos parâmetros de aplicação da multa no percentual de 150% (cento e cinquenta por cento), alegando ser excessiva para a espécie e de efeito confiscatório.

Subsidiariamente, caso não acolhido o pedido principal, requer seja então admitida a exclusão, da base de cálculo do imposto (ISS), dos custos dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços, advertindo que tal supressão é admitida na legislação tributária de outros municípios do País.

Por fim, requer o integral provimento do recurso.

Notificado o Recorrente 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.

VOTO DO RELATOR

Merece acolhida, em parte, a pretensão do Recorrente.

É de conhecimento geral que a jurisprudência vertida no Tribunal de Justiça Gaúcho não comporta a tese esgrimada no recurso em exame. Aliás, em se tratando dos serviços prestados por empreiteiras, os precedentes não são poucos, mesmo depois da edição da Lei Complementar nº 116/03. Vejamos alguns deles:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. ISS. PREÇO DO SERVIÇO. EXCLUSÃO DOS VALORES REFERENTES ÀS SUBEMPREITADAS E AOS MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. De acordo com entendimento firmado pelo STJ, em se tratando de empresas do ramo da construção civil, a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a dedução do montante relativo às subempreitadas e aos materiais utilizados. Inexistência de direito ao abatimento pretendido pela autora. Apelação desprovida. Voto vencido. (Apelação Cível Nº 70043384148, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marco Aurélio Heinz, Julgado em 27/07/2011) (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. FORNECIMENTO DE CONCRETO PARA CONSTRUÇÃO CIVIL. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO. ATIVIDADE SUJEITA EXCLUSIVAMENTE À INCIDÊNCIA DE ISS. 1- As atividades de fornecimento de concreto, desenvolvidas por empresas



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 007/2011

empreiteiras, sujeitam-se exclusivamente à incidência de ISS, conforme dicção da Súmula n.º 167 do Superior Tribunal de Justiça. 2- In casu, restou comprovado que a sociedade empresária possui como atividade o fornecimento de concreto em caminhão-betoneira para a construção civil, sujeitando-se, portanto, apenas à incidência de ISS. APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70028530293, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em 11/11/2009) (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. CONSTRUÇÃO CIVIL. **FORNECIMENTO DE CONCRETO. DISCUSSÃO SOBRE ABATIMENTO NO PREÇO DA NOTA FISCAL DO VALOR PAGO A TERCEIROS PELA AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS. DESCABIMENTO. INCIDÊNCIA DO ISS. SÚMULA 167, DO STJ. PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS. VERBA HONORÁRIA MANTIDA.** À unanimidade, negaram provimento ao recurso. (Apelação Cível Nº 70013744917, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Francisco José Moesch, Julgado em 29/11/2006) (grifei)

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. **MASSA DE CONCRETO FORNECIDO EM CAMINHÕES-BETONEIRAS. INCIDÊNCIA DO ISS E NÃO DO ICMS. SÚMULA 167, DO STF. COMPENSAÇÃO. VALORES PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE.** 1. O fornecimento de massa de concreto, seja preparado no canteiro de obras ou fora dele e transportado em caminhões-betoneiras, é atividade compreendida no item 19 da lista anexa ao DL 406/68 e não na exceção, primeiro, porque não se configura um fornecimento de mercadorias, mas uma prestação de serviços e segundo, porque o produto só se efetiva momentos antes da descarga, com a mistura da exata dosagem de água para cada obra e para cada tipo de aplicação de concreto. **Não prospera pretensão de excluir tal atividade da súmula 167, do STJ porque a massa é elaborada fora do canteiro de obras, porquanto, considerando-se que a concretagem é a "fixação da relação água-cimento", esta sempre e necessariamente se efetivará ao final segundo as características da destinação.** 2. Impossibilidade de compensação de valores pretéritos em mandado de segurança. Súmulas no. 269 e 271, do STF. APELAÇÃO CÍVEL PARCIALMENTE PROVIDA. PRELIMINARES REJEITADAS. (Apelação Cível Nº 70034196246, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 08/06/2011) (grifos postos)

É importante alertar que as decisões do mesmo Tribunal, trazidas pelo Recorrente, não se prestam ao presente julgamento, pois tratam de matéria fática muito distinta, na medida em que nenhuma delas versa sobre o fornecimento de concreto para obra de construção civil, tal como o caso em tela.

Para afastar qualquer dúvida, reproduzo abaixo Súmula 167, do Excelso Superior Tribunal de Justiça, cujo texto é o seguinte:



Continuação...

ACÓRDÃO 007/2011

“O FORNECIMENTO DE CONCRETO, POR EMPREITADA, PARA CONSTRUÇÃO CIVIL, PREPARADO NO TRAJETO ATÉ A ÓBRA EM BETONEIRAS ACOPLADAS A CAMINHÕES, É PRESTAÇÃO DE SERVIÇO, SUJEITANDO-SE APENAS A INCIDENCIA DO ISS.” (Julgada pela Primeira Seção) (grifei)

Entendo, portanto, que a exação fiscal merece ser mantida, exceto pela imposição da multa.

Tenho sustentado perante os nobres pares dessa Corte Administrativa a necessidade de uma melhor ponderação acerca da aplicação do art. 68, do Código Tributário Municipal, o qual estabelece duas graduações de multa pelo descumprimento da obrigação principal, devendo a mais severa delas ficar reservada ao contribuinte que tenha dolosamente, e por meios ardis, dificultado a atividade fiscal e, com isso, lesado o erário deste Município.

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 de maior gravidade.

À evidência, o que se tem aqui é um mero erro de interpretação da legislação tributária como fator desencadeante da infração apenada. Não foi constatada qualquer conduta por parte do contribuinte que pudesse ludibriar a identificação da ilicitude pelo fisco ou mesmo prejudicar-lhe na quantificação do tributo. De igual modo, também não vejo presente nenhuma das hipóteses que ensejam a presunção de dolo do Recorrente, descritas no §2º, do inciso II, do dispositivo em comento.

Logo, afigura-se mais adequada à espécie a aplicação da multa prevista no inciso I, letra “a”, do referido artigo 68, ou seja, no percentual de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto a pagar, previamente corrigido.

Desacolho o pedido subsidiário de exclusão do custo das mercadorias empregadas nos serviços de concretagem, pois flagrante a orientação do nosso Tribunal de Justiça em sentido diverso, conforme decisão a seguir transcrita, somada sobretudo ao fato da ausência de previsão expressa no ordenamento jurídico deste Município que autorize essa subtração.

ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAIS. BASE DE CÁLCULO. A base de cálculo do ISS é o preço do serviço, sendo vedadas deduções não previstas em lei. Na prestação de serviços de construção civil, o preço dos materiais utilizados não pode ser deduzido. Precedentes do STJ. Recurso de apelação do Réu provido. Recurso adesivo da Autora prejudicado. (Apelação Cível Nº 70044149383, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 09/08/2011) (grifei)



Continuação...

ACÓRDÃO 007/2011

Pelo exposto, o voto é no sentido de dar parcial provimento ao Recurso Voluntário, unicamente para efeito de substituir a penalidade de 150% para 50% do imposto cobrado no Auto de Infração nº 95/2010.

VOTO VENCEDOR

A empresa recorrente teve lavrado contra si, o Auto de Infração nº 95/2010, por ter reduzido a base de cálculo para a apuração do ISSQN dos serviços tomados, sem a devida previsão legal. O nobre conselheiro relator, acolheu em parte, a pretensão da recorrente, votando parcialmente pelo provimento ao Recurso Voluntário, pleiteando a redução da multa da infração de 150% para 50% do imposto cobrado.

Respeitando o voto do digníssimo relator, não acompanho a sua votação no que diz respeito a redução da multa, quando relata que:

“Tenho sustentado perante os nobres pares dessa Corte Administrativa a necessidade de uma melhor ponderação acerca da aplicação do art. 68, do Código Tributário Municipal, o qual estabelece duas graduações de multa pelo descumprimento da obrigação principal, devendo a mais severa delas ficar reservada ao contribuinte que tenha dolosamente, e por meios ardis, dificultado a atividade fiscal e, com isso, lesado o erário deste Município.”(grifo nosso).

Continua a sua argumentação dizendo: “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 de maior gravidade.” (grifo nosso)

Cabe informar que, a aplicação da multa da infração é uma atividade vinculada a Lei Municipal 1783/77, inerente a vontade do servidor Fiscal Tributário, que baseia-se no que ela estabelece.

A graduação da multa não é a aplicada em virtude do grau de dificuldade da atividade fiscalizatória, e sim quando é constatado pelo Fiscal Tributário, que houve voluntariamente, por parte do contribuinte a intenção de reduzir a base de cálculo para fins de diminuição no valor do tributo a ser recolhido, com intuito de fraude. O substituto tributário não deve agir diferentemente do que rege a legislação vigente.

Vejamos o que diz o Art. 68.

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

I...



Continuação...

ACÓRDÃO 007/2011

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

- a) ...
- b) manifesto desacordo entre os preceitos legais e regulamentares no tocante às obrigações fiscais e sua aplicação por parte dos contribuintes ou responsáveis;
- c) ...
- 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 nº 4718/2002);
- e) ...

Ao reduzir da base de cálculo, os serviços de fornecimento de concreto, o tomador do serviço infringiu ao disposto no artigo 31 da Lei Municipal nº 1943/79 e alterações posteriores.

Art. 31 - Preço do serviço é a importância relativa à receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, ainda que a título de subempreitada de serviços, fretes, despesas ou imposto, salvo os casos especificamente previstos. (grifo nosso)

Portanto, uma vez que o expediente utilizado pelo contribuinte tinha objetivo claro de fugir do imposto municipal, não oferecendo na sua totalidade, a receita bruta relativa ao serviço prestado. Conforme súmula 167 do STJ, que diz: **no concreto incide ISSQN e não ICMS.**

STJ sumulou:

“ 167 - O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas a incidência do ISS”. (grifo nosso)

E uma vez que as atitudes do contribuinte estão previstas no Art.68 da Lei Municipal 1783/77 e alterações posteriores, inc. II alínea “a”, § 2º letras “b” e “d”, sujeito, portanto a multa de 150% sobre o tributo corrigido.

A lei de introdução ao código civil Brasileiro, decreto Lei nº4657 de 04/09/42, no seu art. 3º reza:

“art.3º. ninguém se escusa de cumprir a lei alegando que não a conhece”. (grifo nosso).



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 007/2011

.....
Desta forma, como o Departamento de Administração Tributária e o Departamento de Atendimento e Arrecadação, colocam a disposição do contribuinte, respectivamente, o Posto Fiscal e o Plantão Fiscal na Unidade de Atendimento, para dirimir eventuais dúvidas e esclarecimentos, não há como o contribuinte alegar desconhecimento da legislação.

Ante o exposto a cima, meu **voto é pela manutenção integral do Auto de Infração nº 95/2010**, tanto no que diz respeito do crédito tributário lançado por ele, quanto à graduação da multa da infração aplicada de 150% do imposto corrigido.

Os conselheiros presentes Gerson Untertriefallner Costa e Roberta Cristine Souza Teixeira acompanharam o voto do conselheiro relator, dando provimento parcial ao recurso. Os conselheiros Elaine Cofcevicz, Mauro Francisco de Mattos e Marcelo Teixeira Santos, não acompanharam o voto do relator e negaram provimento ao recurso. Em função do empate ocorrido, foi proferido voto de qualidade da presidente, Dra. Patrícia de Souza Leandro, que negou provimento ao recurso. Assim, foi **negado provimento por maioria** de votos.

Sala das sessões, 08 de novembro de 2011.



Cons. Daniel Lottici
Relator



Cos. Mauro Francisco de Mattos
Redator do Voto Vencedor



Cons.ª Patrícia de Souza Leandro
Presidenta



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

ACÓRDÃO 008/2011

Processo: 30997/2011
Requerente: Engecampo Engenharia Ltda
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN
Auto de Infração: 022/2011

Ementa: Tributário. ISSQN. Construção civil. Subempreitada. Dedução de base de cálculo. Impossibilidade. Recurso não provido por unanimidade.

Trata-se de recurso administrativo, interposto no prazo legal, por Engecampo Engenharia Ltda., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob n. 91.894.774/0001-60, contra decisão do Grupo Julgador de primeira instância que manteve o Auto de Infração n. 22/2011, que atribuiu a responsabilidade tributária sobre recolhimento de ISSQN incidente sobre valores pagos aos subempreiteiros contratados para obra da REFAP-Refinaria Alberto Pasqualini em Canoas, RS.

Em suas razões, alega que sujeita-se à tributação somente a parte de serviços por ela executados, sendo legal a dedução do valor das subempreitadas nos termos do artigo 9º do Dec.Lei 406/68. Colaciona Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado.

Alega também que restou tributado duplamente os serviços prestados por Engecampo à REFAP caracterizando um "bis in idem", ou seja, uma bi tributação e que o Município não levou em consideração os documentos apresentados.

A Fazenda, através de seu Representante Legal, opinou pelo desprovimento do recurso, em face dos mesmos argumentos da instância originária.

É o relatório.

Notificado o Recorrente 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,

O recurso é tempestivo e desta forma, passo a análise do mérito.

1
2
3



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 008/2011

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a base de cálculo do ISSQN na atividade de construção civil é o preço total do serviço, não havendo subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e a subempreitada.

O art. 7º da Lei Municipal nº 4.818/03, assim se reporta: “A base de cálculo do imposto é o preço do serviço”. E, ainda, o art. 31 da LM nº 1943/79, diz: “Preço do serviço é a importância relativa à receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, ainda que a título de subempreitada de serviços, fretes, despesa ou imposto, salvo os casos especificamente previstos.”

Desta forma, a legislação municipal está de acordo com o entendimento predominante no nosso Tribunal Superior.

Ressalta-se que, embora exista decisão divergente objeto de repercussão geral no recurso extraordinário RE 603.497, a mesma não transitou em julgado, sendo prudente a manutenção da base de cálculo do ISSQN sobre o preço total do serviço, por ser esta, até o momento, decisão pacífica e majoritária em nosso Tribunal Superior em julgados semelhantes.

Pelo exposto, **voto pelo não provimento do recurso**, mantendo-se na íntegra o auto de infração nº. 22/2011, nos termos do artigo 1, inciso XIII, da Lei Municipal nº. 5.256/2007.

Os conselheiros presentes Elaine Cofcevicz, Marcelo Teixeira Santos, Mauro Francisco de Mattos, Gerson Untertriefallner Costa e Daniel Lottici, à unanimidade, acompanharam o voto do conselheiro relator.

Sala das sessões, 19 de dezembro de 2011.

Cons.ª Roberta Cristine Souza Teixeira
Relatora

Cons.ª Patrícia de Souza Leandro
presidente



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

ACÓRDÃO 009/2011

Processo: 30995 /2011
Requerente: Engecampo Engenharia Ltda
Assunto: Recurso Voluntário- ISSQN
Auto de Infração: 023/2011

Ementa: Tributário. ISSQN. Construção civil. Subempreitada. Dedução de base de cálculo. Impossibilidade. Recurso não provido por unanimidade.

Trata-se de recurso administrativo , interposto no prazo legal, por Engecampo Engenharia Ltda., pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob n. 91.894.774/0001-60, contra decisão do Grupo Julgador de primeira instância que manteve o Auto de Infração n. 23/2011, que atribuiu a responsabilidade tributária sobre recolhimento de ISSQN incidente sobre valores pagos aos subempreiteiros contratados para obra da REFAP- Refinaria Alberto Pasqualini em Canoas, RS.

Em suas razões, alega que sujeita-se à tributação somente a parte de serviços por ela executados, sendo legal a dedução do valor das subempreitadas nos termos do artigo 9º do Dec.Lei 406/68. Colaciona Jurisprudência do Tribunal de Justiça do Estado.

Alega também que restou tributado duplamente os serviços prestados por Engecampo à REFAP caracterizando um "bis in idem", ou seja, uma bi tributação e que o Município não levou em consideração os documentos apresentados.

A Fazenda, através de seu Representante Legal, opinou pelo desprovimento do recurso , em face dos mesmos argumentos da instância originária.

É o relatório.

Notificado o Recorrente 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,

O recurso é tempestivo e desta forma, passo a análise do mérito.

Handwritten signature and initials.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
MUNICÍPIO DE CANOAS
Secretaria Municipal da Fazenda

Continuação...

ACÓRDÃO 009/2011

O Superior Tribunal de Justiça pacificou o entendimento de que a base de cálculo do ISSQN na atividade de construção civil é o preço total do serviço, não havendo subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e a subempreitada.

O art. 7º da Lei Municipal nº 4.818/03, assim se reporta: “A base de cálculo do imposto é o preço do serviço”. E, ainda, o art. 31 da LM nº 1943/79, diz: “Preço do serviço é a importância relativa à receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, ainda que a título de subempreitada de serviços, fretes, despesa ou imposto, salvo os casos especificamente previstos.”

Desta forma, a legislação municipal está de acordo com o entendimento predominante no nosso Tribunal Superior.

Ressalta-se que, embora exista decisão divergente objeto de repercussão geral no recurso extraordinário RE 603.497, a mesma não transitou em julgado, sendo prudente a manutenção da base de cálculo do ISSQN sobre o preço total do serviço, por ser esta, até o momento, decisão pacífica e majoritária em nosso Tribunal Superior em julgados semelhantes.

Pelo exposto, **voto pelo não provimento do recurso**, mantendo-se na íntegra o auto de infração nº. 23/2011, nos termos do artigo 1, inciso XIII, da Lei Municipal n. 5.256/2007.

Os conselheiros presentes Elaine Cofcevicz, Marcelo Teixeira Santos, Mauro Francisco de Mattos, Gerson Untertriefallner Costa e Daniel Lottici, à unanimidade, acompanharam o voto do conselheiro relator.

Sala das sessões, 19 de dezembro de 2011.

Cons.ª Roberta Cristine Souza Teixeira
Relatora

Cons.ª Patrícia de Souza Leandro
Presidente