



SESSÃO DE 19 DE JUNHO DE 2019.

JULGADO N.º: 014 – JIF – PML/2019.

PROCESSOS N.ºS.: 006897/2018 E 006898/2018;
APENSOS N.ºS.: 005911/2018 - A.I. 00023/2018; 005912/2018 – A.I. 00024/2018;
AUTUADO: DECK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA;
ENDEREÇO: RUA CINCO, Nº 78, BAIRRO JARDIM BELA VISTA, SERRA/ES,
CEP: 29.177-358;
CNPJ N.º: 39.335.674/0001-82;
INSCRIÇÃO MUNICIPAL N.º: 346837
FAZENDA PÚBLICA: MUNICÍPIO DE LINHARES
DAT/SEMUF/PML
RELATORA: JULIANA SILVA MASSUCATTI – MATRICULA: 009180
EDITAL DE CONVOCAÇÃO Nº 013/2019 ANEXO, CONTENDO TODOS OS
PROCESSOS DOS AUTOS DE INFRAÇÃO E DOS RECURSOS SUPRA
MENCIONADOS, OS QUAIS SERÃO JULGADOS EM BLOCO POR ESTA
RELATORA.

EMENTA: OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. PAGAMENTO DO TRIBUTO. ISSQN.
SUJEITO PASSIVO. CONTRIBUINTE. INOBSERVANCIA EM SUA
INTEGRALIDADE. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. NECESSIDADE DE
COMPROVAÇÃO DE QUE OS MATERIAIS FORAM EMPREGADOS NA
CONSTRUÇÃO CIVIL. SUBSISTÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO.
IMPROCEDÊNCIA DA IMPUGNAÇÃO. JULGAMENTO REALIZADO EM
BLOCO.



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

CERTIDÃO DE JULGAMENTO

CERTIDÃO Nº.014-JIF-PML/2019.
ACÓRDÃO Nº. 014-JIF-PML/2019.

PAUTA: 13/06/2019.

JULGADO: 19/06/2019.

Relatora:

Ilm^a. Sr^a.: JULIANA SILVA MASSUCATTI.

Presidente:

Ilm^a. Sr^a.: JOANA VIRGILIA LIMA ANDRADE LEAL.

Secretária Executiva:

Ilm^a. Sr^a.: MARIA CÉLIA PANDOLFI CALMON.

AUTUAÇÃO

PROCESSOS N.ºS 006897/2018 e 006898/2018.

AUTUANTE: MUNICÍPIO DE LINHARES – ES.

AUTUADA: DECK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA.

ASSUNTO

IMPUGNAÇÃO AOS AUTOS DE INFRAÇÃO DE N.ºS 0023/2018 E 0024/2018.

CERTIDÃO

Certifico que a Junta de Impugnação Fiscal - JIF do Município de Linhares, ao apreciar o processo em epígrafe na sessão realizada nesta data, proferiu as seguintes decisões:

A Junta, por unanimidade, votou pela **PROCEDÊNCIA TOTAL** da exigência tributária, mantendo-se integralmente os autos 0023/2018 e 0024/2018, nos termos do artigo 342, inciso I da Lei 2.662/2006, nos termos do voto da Membro Relatora. A Presidente, Sr^a Joana Virgília Lima Andrade Leal e o Membro relator Kleber Luiz Camatta Zani votaram com a Membro relatora Juliana Silva Massucatti.

Linhares-ES, 26 de Junho de 2019.

Joana Virgília Lima Andrade Leal
Presidente

Maria Célia Pandolfi Calmon
Secretária Executiva



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

RELATÓRIO

Tratam-se de **impugnações** interposta pela sociedade empresária DECK CONSTRUTORA E INCORPORADORA LTDA, à Junta de Impugnação Fiscal do Município de Linhares, objetivando o cancelamento dos Autos de Infrações 0023/2018 e 0024/2018, constantes nos processos em destaque.

Trazendo como fundamento (fls. 03), que **(a)** na norma nacional de regência do ISSQN (Lei Complementar 116/2003 – inciso I, § 2º, Art. 7º) “*é clara ao excluir do cálculo do imposto os materiais fornecidos pelo prestador dos serviços descritos no item 7.02 (construção civil) do seu Anexo*”, sendo aplicada alíquota “*apenas sobre o preço do serviço*”, que a jurisprudência pátria “*consolidou o entendimento no sentido de que não cabe a incidência do ISS sobre o valor dos materiais utilizados na prestação de serviço de construção civil*”. Alegando ser indevido o recolhimento de ISSQN sobre os materiais fornecidos pelo prestador, pleiteando a ANULAÇÃO dos Autos de Infração.

Parecer Fiscal (fls. 12-14), pela manutenção dos autos de infração, “*tendo em vista que os procedimentos fiscais foram devidamente observados, considerando os preceitos legais indispensáveis à correta formalidade do feito*”, porque o “*contribuinte foi notificado a apresentar todas as notas fiscais de materiais empregados à obra, a título de dedução da base de cálculo do ISS*”, no entanto, “*os documentos apresentados não justificaram as deduções aplicadas*”, ademais “*foi efetuado o lançamento do crédito tributário obedecendo às devidas correções de alíquotas e valores correspondentes aos boletins de medições*”.

É o relatório.



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

VOTO DA RELATORA JULIANA SILVA MASSUCATTI

I - Mérito. Obrigação tributária. Pagamento do Tributo. Sujeito Passivo. Contribuinte. Inobservância em sua integralidade. Dedução da base de Cálculo do ISSQN. Necessidade comprovação de que os materiais foram empregados na construção. Possibilidade. Subsistência do auto de infração.

É sujeito passivo da obrigação principal o contribuinte, quando tenha relação pessoal e direta com a situação que constitua do respectivo fato gerador (Lei n. 2662/2006, Art. 32, parágrafo único, inc. I).

Outrossim, a retenção do ISSQN é obrigatória no ato do pagamento de quaisquer serviços de que trata a lista de prestação de serviços, anexa a esta Lei Complementar, caso não tenha sido, comprovadamente, recolhido aos cofres do Município pelo próprio contribuinte (LC n. 10/2011; arts. 6º, §1º e 13).

Trata-se de auto de infração lavrado ao sujeito passivo da obrigação principal o contribuinte, considerando que a retenção e o repasse dos tributos, não foram comprovadamente recolhidos aos cofres da Municipalidade.

Sabemos que após lavratura dos Autos de infração o contribuinte apresentou impugnações, tempestivamente, aos Autos de Infração mencionados acima lavrados por falta de recolhimento de parte do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, incidente sobre os serviços prestados na construção de Centro de Apoio na Fazenda Experimental/Linhares-ES – INCAPER.

Como se não bastassem os argumentos trazidos, desde já afasta-se a espontaneidade da iniciativa do sujeito passivo da obrigação tributária se lavrado o auto de infração (Lei 2662/2006; Art. 285, II), sendo que os contribuintes e responsáveis tributários



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

facilitarão por todos os meios ao seu alcance a fiscalização e a cobrança de tributos devidos à Fazenda Municipal, inclusive conservando e apresentando ao Fisco, de acordo com estabelecido no Art. 30, III e IV, da Lei 2662/2006;

Art. 30 Os contribuintes, ou quaisquer responsáveis por tributos, facilitarão por todos os meios ao seu alcance, o lançamento, a fiscalização e a cobrança dos tributos devidos à Fazenda Municipal, ficando especialmente obrigados a:

[...]

III - conservar e apresentar ao Fisco, quando solicitado, qualquer documento que, de algum modo, se refira a operações ou situações que constituam fato gerador de obrigação tributária, ou que sirva como comprovante de veracidade dos dados consignados em guias e documentos fiscais;

IV - prestar, sempre que solicitadas pelas autoridades competentes, informações e esclarecimentos que a juízo do Fisco se refiram a fato gerador de obrigação tributária.

[...]

Conforme manifestação do Fisco Municipal às fls. 13, a empresa DECK CONSTRUTORA foi notificada a apresentar todas as notas fiscais de materiais empregados à obra, a título de dedução da base de cálculo do ISS. No entanto, os documentos que foram apresentados não justificaram as deduções aplicadas, **razão pela qual subsiste o auto de infração e sua penalidade.**

Embora a legislação admita o abatimento dos valores de materiais da base de cálculo do ISSQN, esses valores devem ser comprovados através de documentos pertinentes que demonstrem quais materiais utilizados, os seus valores, em qual obra foram aplicados, como por exemplo, as notas fiscais de materiais solicitadas pela agente fiscal, nos termos do artigo 22, §§ 1º e 11 da LC 0010/2011:

“Art. 22 A base de cálculo do imposto é o preço do serviço, sem qualquer dedução, observadas as exceções constantes da Lista de Serviços anexa a esta Lei Complementar.

§ 2º Em qualquer caso de dedução prevista na lista de serviços anexa a esta Lei Complementar, é necessária e obrigatória a comprovação de aplicação das mercadorias no serviço objeto da incidência do imposto.

Processos n.ºs. 006897/2018 e 006898/2018.
Relatora: Juliana S. Massucatti



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

[...]

§ 11 Na prestação dos serviços a que se referem os subitens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei, **poderão ser deduzidos da base de cálculo o valor dos materiais efetivamente empregados na obra, fornecidos pelo prestador dos serviços, quando adquiridos de terceiros ou transferidos pelo próprio prestador e a subempreitada devidamente tributada neste Município, desde que devidamente comprovados por meio de notas fiscais com referência expressa à obra objeto da dedução. (Incluído pela Lei Complementar nº 46/2017)**" (grifos nosso)

Observa-se que, assim como a legislação tributária em vigor a jurisprudência pátria também aponta para a possibilidade de dedução dos valores dos materiais empregados da base de cálculo do ISSQN, como alega a impugnante à folha 03 dos autos do processo. Entretanto, ambos prevêm que a dedução deve ser **devidamente comprovada**. Então vejamos:

“APELAÇÃO CÍVEL. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISS. DEDUÇÃO DE VALORES DE MATERIAIS FORNECIDOS PELO PRESTADOR DOS SERVIÇOS.

Nas obras de construção civil, é possível a dedução da base de cálculo do ISS dos valores dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços, na forma do artigo 9º, § 2º, do Decreto-Lei nº 406/68, cuja constitucionalidade foi recentemente referendada pelo STF no julgamento do RE nº 603.497. Precedentes do STF e desta Corte. Caso em que a embargante, ao não demonstrar o fato constitutivo do direito à dedução, deixa prevalecer a presunção de liquidez e certeza que milita em favor da dívida regularmente inscrita. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível Nº 70052624566, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Julgado em 10/04/2013)”

(TJ-RS-AC: 70052624566RS, Relator: Heleno Tregnago Saraiva, Data de Julgamento: 10/04/2013, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 19/04/2013.)

Colhe-se do parecer fiscal que a impugnante não apresentou as Notas Fiscais de materiais solicitadas quando da Notificação como também não as anexou ao processo de impugnação. Dessa forma, ao não apresentar documentos que demonstram de forma clara e específica quais foram os materiais e seus valores, empregados na prestação dos serviços realizados, **não há como concluir que a cobrança realizada pelo Fisco Municipal é nula e merece ser cancelada.**



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

Nesse diapasão, o STF e STJ já se posicionaram quanto à legitimidade da dedução da base de cálculo do ISSQN do material empregado na construção Civil, vejamos:

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISSQN INCIDENTE SOBRE A CONSTRUÇÃO CIVIL. DEDUÇÃO DE MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. POSSIBILIDADE, EM TESE. AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO NAS NOTAS FISCAIS DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ÔNUS DA RECORRENTE NÃO CUMPRIDO. REVISÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DO QUAL NÃO SE CONHECE. 1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 603.497/MG, sob a sistemática do art. 543-B do CPC, firmou posicionamento de que, mesmo após a entrada em vigor da Lei Complementar 116/2003, é legítima a dedução da base de cálculo do ISS do material empregado na construção civil, e, no julgamento do RE 599.582/RJ, reconheceu que essa orientação também é aplicável aos materiais utilizados nas subempreitadas. No entanto, não é possível aplicar tal entendimento ao caso dos autos. 2. O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, concluiu não ser possível descontar da base de cálculo do ISSQN o valor correspondente aos materiais utilizados, tendo em vista que a recorrente não fez prova de quais tenham sido utilizados, adquiridos ou produzidos e empregados na execução da obra. 3. [...]. 4. Recurso Especial não conhecido" (REsp 1678847/MS, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 21/09/2017, DJe 09/10/2017 - destacamos).

No mesmo sentido, sobre a exigência de emprego dos materiais na execução da obra, destaca-se os precedentes do TJES:

"APELAÇÃO CÍVEL AÇÃO DE COBRANÇA ISSQN DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS MATERIAIS UTILIZADOS NA

Processos n.ºs. 006897/2018 e 006898/2018.

Relatora: Juliana S. Massucatti



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

CONSTRUÇÃO CIVIL REPERCUSSÃO GERAL RECONHECIDA NOTAS FISCAIS EMITIDAS ALEGADO DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO ACESSÓRIA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO MUNICIPAL EXIBIÇÃO DE LIVROS FISCAIS E COMERCIAIS AUSÊNCIA DE PARTICULARIZAÇÃO DO SERVIÇO E DO MATERIAL UTILIZADO IMPOSSIBILIDADE DE O FISCO AFERIR A PERTINÊNCIA DOS MATERIAIS E DO VALOR A SER DEDUZIDO INCIDÊNCIA DA LEGISLAÇÃO LOCAL RETENÇÕES A PARTIR DE MAIO DE 2009 APELAÇÃO CÍVEL CONHECIDA E PARCIALMENTE PROVIDA. 1) A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal encontra-se sedimentada, há muitos anos, no sentido de que é possível a dedução da base de cálculo do ISSQN dos valores dos materiais utilizados na construção civil e nas subempreitadas, tratando-se de matéria cuja repercussão geral foi reconhecida no julgamento do RE nº 603.497/MG. [...]. 4) A ausência de discriminação dos materiais empregados na prestação de serviços pela autora impossibilita o ente público municipal de aferir a existência e pertinência de tais materiais com os respectivos serviços e valores, bem como a correção dos valores que almeja deduzir. [...]. 6) Não sendo comprovada a aquisição dos materiais empregados nas obras, com a sua devida discriminação pela contratada, o parâmetro a ser utilizado pelo ente público municipal para lançamento do ISSQN deve ser o valor total dos serviços (5%), isto é, a dedução dos materiais depende da efetiva prova do real emprego dos materiais nas obras, o que se perfaz mediante o cumprimento da obrigação acessória a que se refere a legislação municipal. 7) Apelação cível conhecida e parcialmente provida" (TJES, Classe: Apelação, 050090014239, Relator : ELIANA JUNQUEIRA MUNHOS FERREIRA, Órgão julgador: TERCEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 03/07/2018, Data da Publicação no Diário: 13/07/2018 - destacamos).

"APELAÇÃO CÍVEL. DEDUÇÃO DOS MATERIAIS USADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL DA BASE DE CÁLCULO DO ISSQN. DESNECESSIDADE DE AQUISIÇÃO DE TERCEIROS. RECURSO IMPROVIDO. [...]. 3. O fato de os materiais passíveis de dedução terem sido adquiridos de terceiros ou produzidos pelo prestador do serviço é indiferente para assegurar a sua exclusão da base de cálculo do ISSQN, bastando que tenham sido empregados na obra. Precedentes. 4. Recurso conhecido e improvido" (TJES, Classe: Apelação, 30130109595, Relator : EWERTON SCHWAB PINTO JUNIOR, Órgão julgador: PRIMEIRA CÂMARA CÍVEL , Data de Julgamento: 13/03/2018, Data da Publicação no Diário: 23/03/2018 - destacamos).



MUNICÍPIO DE LINHARES
JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL

Assim, diante da aplicação dos referidos precedentes não há como concluir que a cobrança realizada pela Administração Tributária é “nula” e merece ser cancelada, **se restou evidenciado nos autos a ausência de comprovação** da utilização dos materiais na execução da obra, e como o Município de Linhares não estabelece percentuais para dedução, razão pela qual, é correta a manutenção da base de calculo tomando em consideração a totalidade do preço das notas fiscais, restando ao contribuinte o recolhimento da cobrança tributaria.

Portanto, acolho a recomendação da Procuradoria as fls. 49, deste Processo, para julgar os Processos 6898/2018 e 6898/2018 **em Bloco**, por se tratarem da mesma matéria.

Pelo exposto voto **em bloco**, pela PROCEDÊNCIA TOTAL da exigência tributária nos termos do artigo 342, inciso I da Lei 2662/2006 - CTM, mantendo-se integralmente os Autos de Infração n.ºs. 00023/2018 e o A.I. 0024/2018.

É o voto.

JUNTA DE IMPUGNAÇÃO FISCAL do Município de Linhares/ES, em 19 de junho de 2018.



JULIANA SILVA MASSUCATTI
(MATRICULA: 009180)
RELATORA