SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA

DEPARTAMENTO DE FISCALIZAÇÃO TRIBUTÁRIA

IDENTIFICAÇÃO DO CONTRIBUINTE

RAZÃO SOCIAL: DALBA ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA
CNPJ: 03.222.465/0004-28

EMENTA

Autos da Auditoria Fiscal nº 348/2022

Segue anexa ementa com fundamentação dos votos dos conselheiros no processo 348/2022 – Dalba Engenharia e Empreendimentos Ltda, e correção do número do processo no Acórdão, onde consta 348/2023, leia-se 348/2022.

Francisco Beltrão, 22 de maio de 2023.

Betânia Tomazeli
Fiscal Tributário
Dec. 547/2016

PROCESSO N°.: 348/2023
RELATORA: ISABEL CRISTINA PAINI
RECORRENTE: DALBA ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA
CNPJ: 03.222.465/0004-28

1. RELATÓRIO

O municipio de Francisco Beltrão realizou auditoria fiscal, ensejada por seleção interna, tudo conforme legislação em regência, em periodo não prescrito, referente a janeiro de 2018 a junho de 2022, tendo sido lavrado o Relatório de Auditoria n.º 348/2022 em 23/09/2022.

A notificação de lançamento n.º 401/2022 descreveu os fatos o e enquadramento legal, informando que o contribuinte acima qualificado não efetuou o recolhimento do ISSQN (Imposto Sobre Serviço de Qualquer Natureza), sobre a receita de serviços tipificados na Lista de Serviços baixada pela Lei Complementar Federal 116/2003 e incorporada pelo Código Tributário Municipal conforme Lei 3059/2003 (artigo 5°, item 7.02) conforme valores levantados.

A intimação do contribuinte para recolher o crédito devido ocorreu em 27/09/2022.

Em 27/10/2022, a empresa protocolou recurso tempestivo pretendendo que o fisco acatasse a exclusão de valores de materiais empregados na elaboração do concreto, da base de cálculo, para tributação do ISSQN, pois entende que a pretensão encontra respaldo nos artigos 37 e 39 do Código Tributário Municipal, descritos no item 7.02 da lista de serviços e, ainda, no art. 45 do Decreto n.º 569/97 que regulamenta o CTM.

Ainda, destacou que o julgamento do Recurso Extraordinário n.º 603.497 teria acolhido o entendimento da possibilidade dessa deduçao, apontando que o STF decidiu que a Constituição Federal recepcionou a norma contida no art. 9º, § 2º do Decreto Lei 406/1998.

No dia 16/12/2022 o Departamento de Fiscalização Tributária encaminhou expedientes ao Departamento Jurídico Municipal solicitando a emissão de parecer, tendo em vista a impugnação apresentada pelo contribuinte, que suscitou contradição no entendimento jurisprudencial apresentado pelo fisco municipal.

Através do Parecer Jurídico n.º 1.714/2022, a Procuradoria Municipal manifestou-se no sentido de minorar a dúvida levantada em relação à necessidade de apreciação do RExt n.º 603.497, demonstrando que a solução dessa divergência está a cargo do STJ. Para tanto, apresentou a Súmula 167 que consolida o entendimento de que o fornecimento de concreto para construção civil caracteriza prestação de serviço, incidindo, portanto o ISS, e inexistindo direito à dedução dos valores gastos com materiais.

Em decisão de primeira instância administrativa, a Secretaria Municipal da Fazenda decidiu pelo indeferimento da pretensão formulada, mantendo assim o inteiro teor do Lançamento n.º 401/2022, ante a impossibilidade da dedução da base de cálculo de valores relativos a gastos com materiais para o serviço de concretagem, utilizada para a apuração de ISSQN.

Notificada da decisão em 13/01/2023, a empresa apresentou recurso voluntário em 25/01/2023 da Notificação de Lançamento 401/2022 (Autos da Auditoria Fiscal n.º 342/2022) para apreciação e julgamento ao Conselho Municipal de Contribuintes.

É, em síntese, o relatório.

2. DAS RAZÕES DO RECURSO

Em sede de recurso voluntário encaminhado ao Conselho Municipal de Contribuintes a empresa recorrente destacou que em todo o período prestando serviços de concretagem no Município de Francisco Beltrão, sempre efetuou o recolhimento do ISS observando o disposto nos artigos 37 e 39, inciso II do Código Tributário Municipal e artigo 45, do Decreto Municipal 569/97, que regulamenta o CTM.

Alega que os referidos dispositivos estabelecem que o contribuinte do serviço de concretagem pagará o ISS sobre a base de cálculo do preço do serviço, deduzidos os materiais empregados na elaboração do concreto já tributados pelo ICMS, como, por exemplo, cimento, areia, pedra e aditivos químicos.

Tal compreensão de que os materiais tributados pelo ICMS são dedutíveis da base de cálculo, também advém da previsão legal constante do art. 7°, §2°, I, da Lei Complementar n° 116/2003, que substituiu o Decreto-Lei n° 406/68.

Por fim, destaca que tributar as mercadorias utilizadas para fabricação da concretagem com o ISS, mediante a inclusão na base de cálculo desse imposto, ensejaria em uma possível bitributação, pois estas já sofrem a incidência do ICMS, recolhido pelos produtores do concreto.

Trouxe ainda, precedentes do STJ, STF e TJPR a fim de embasar suas razões, requerendo, por fim, o acolhimento do recurso para reformar a r. decisão da Secretaria Municipal da Fazenda, julgando improcedente o relatório de auditoria fiscal n.º 348/2022, bem como a notificação de lançamento n.º 401/2022.

3. FUNDAMENTAÇÃO

A recorrente fundamenta suas alegações no sentido de que não concorda com os valores apresentados pelo Fisco Municipal, pois entende que a sua pretensão encontra-se respaldada no CTM, no Decreto n.º 569/97 bem como é pacífico o tema nas cortes superiores.

Contudo, na esteira do entendimento consolidado pelo STJ e reputado constitucional pelo Supremo Tribunal Federal, é cristalina a impossibilidade de deduzir os valores gastos com materiais nessa atividade em especifico. Deste modo, a Auditoria Fiscal realizada pelo Município de Francisco Beltrão não ofendeu dispositivos legais do CTM ao aplicar a tributação integral, pelo ISS, à concretagem, porquanto abarcada pela jurisprudência daquelas cortes.

Em suma, a base de cálculo do ISS nesse caso abrange o preço do serviço em sua integralidade, e a dedução de materiais e circunstância cabível somente para o prestador que é contribuinte do ICMS e que fornece mercadorias de forma paralela à prestação do serviço.

Conforme consta no histórico destes autos, a tese apresentada na impugnação a fim de reconhecer o direito de deduzir da base de cálculo do ISSQN dos valores gastos com materiais na concretagem restou rebatida e não acatada pelos pareceres da Assessoria Jurídica, da Fiscalização Tributária Municipal e da Secretaria Municipal da Fazenda, sendo este o entendimento aplicado no município para todas as empresas do ramo.

4. VOTO

Ante o exposto, e desassistindo razão à impugnante, opina pelo DESPROVIMENTO da pretensão formulada, devendo a Notificação de Lançamento 401/2022 remanescer em seu inteiro teor, uma vez que o lançamento está correto e amparado pela legislação tributária.

Submeto o presente ao plenário do Conselho.

Francisco Beltrão, 12 de abril de 2023.

ISABEL CRISTINA PAINI
Relatora

Processo n. 348/2022

Recorrente: DALBA ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA

Razões do voto

Ocupa-se o processo em tela acerca da cobrança de ISSQN sobre concretagem, em que entende o Município de Francisco Beltrão que a base de cálculo é o valor total da nota, sem dedução dos insumos. Doutro norte, o contribuinte defende que os insumos (areia, cimento, pedra...), são dedutíveis da base de cálculo, face a incidência do ICMS.

Analisei, e foi o voto:

O Código Tributário Municipal, arts. 37 e 39, que rege a matéria, autorizam expressamente a dedução dos insumos, transcrevo:

> ***Art. 37.*** *Preço do serviço é a importância relativa a receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, ainda que a título de subempreitada de serviços, frete, despesas ou imposto,* ***salvo os casos especificamente previstos.***
>
> ***Art. 39. Não integram o preço do serviço****: II -* ***O valor dos materiais*** *fornecidos pelo prestador fora do local da prestação de serviço e o das subempreitadas já tributadas pelo imposto, nos casos de serviços definidos nos itens 7.02, 7.04 e 7.05 do artigo 26; (Redação dada pela Lei nº 3059/2003)*
>
> *(Art. 26: 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.*

Do mesmo modo, a determinação do art. 45, do Decreto Municipal 569/97, que regulamenta o CTM, nos seguintes termos:

> *Art. 45 - As atividades que incidem unicamente no ISS e que empregarem mercadorias para a prestação do referido serviço, quando incidentes no ICM, o contribuinte deduzirá o valor das mercadorias aplicadas para o cálculo do valor dos serviços tributados.*

A legislação federal que rege o ISS, em seu artigo 7º, §2º, I, da Lei Complementar nº 116/2003, prevê, que não inclui na base de cálculo do ISSQN de concretagem os materiais utilizados, *in verbis*:

Art. 7o A base de cálculo do imposto ***<u>é o preço do serviço</u>****.*
§ 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;

Esse entendimento encontra-se pacificado na jurisprudência do STJ, em que os insumos devem ser deduzidos da base de cálculo. Por amostragem:

TRIBUTÁRIO E CONSTITUCIONAL. ISSQN. SERVIÇO DE CONCRETAGEM. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS MATERIAIS EMPREGADOS PELO PRESTADOR DE SERVIÇO. LEGALIDADE. JURISPRUDÊNCIA SÓLIDA DO STJ. JULGAMENTO DO RE 603.497/MG PELO PLENO DO STF. ***1. O STF, ao avaliar o RE 603.497, com repercussão geral, asseverou ser possível deduzir, da base de cálculo do ISSQN, o valor referente aos materiais empregados na construção civil. 2. Após o julgamento do referido Recurso Extraordinário, a jurisprudência do Tribunal passou a seguir o entendimento do Supremo Tribunal Federal quanto à legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços, incluído o serviço de concretagem.***

Precedentes: REsp 1.678.847/MS, Rel. Min. Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/9/2017, DJe 9/10/2017; AgRg no REsp 1.425.580/SP, Rel. Min. Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, julgado em 9/3/2017, DJe 20/3/2017; AgRg no AREsp 634.871/RJ, Rel. Min. Humberto Martins, Segunda Turma, julgado em 5/3/2015, DJe 11/3/2015; AgRg nos EREsp 1.360.375/ES, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Seção, julgado em 10/12/2014, DJe 16/12/2014; AgRg no AREsp 182.462/RJ, Rel. Min. Og Fernandez, Segunda Turma, julgado em 2/12/2014, DJe 11/12/2014; e AgRg o AREsp 409.812/ES, Rel. Min. Ari Pargendler, Primeira Turma , DJe 11/4/2014.
3. Agravo Interno não provido. (AgInt no AREsp n. 1.900.715/SP, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/2/2022, DJe de 15/3/2022.)

Tal entendimento pode ser conferido no rol de precedentes do STJ acima apresentados, admitindo a dedução dos insumos.

Ademais, verifica-se que a Ministra Rosa Weber, do STF, no agravo regimental no REXT 603.497/MG, concluiu que o tema sobre a dedução ou não dos insumos na atividade de concretagem, deve ser apurado pelo STJ, nos termos do art. 9º, §2º, alíneas a e b, haja vista a natureza infraconstitucional.

E o Superior Tribunal de Justiça, no uso da competência constitucional absoluta, em julgamentos posteriores ao RE nº 603.497/MG, modificou a sua interpretação sobre o tema, consagrando que, independentemente do local em que os serviços de concretagem são prestados, o valor dos materiais adquiridos para a prestação dos referidos serviços, não integram a base de cálculo do ISS.

Pelo exposto, em síntese, face a vasta jurisprudência e decisões monocráticas por todo país, em especial no TJPR; em cumprimento a norma legal pelo contribuinte; pela segurança jurídica, que se faz determinante para o desenvolvimento econômico e social; pela análise global no Estado do Paraná sobre a cobrança do referido imposto; pela cautela do risco, e atribuição do menor prejuízo as partes, foi o voto pelo provimento do recurso.

Fundamentação voto

A atividade de concretagem segundo a legislação está incluída no item 7.02 o qual dispõem de: 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). O presente item deixa explicita a possibilidade de dedução dos materiais produzidos fora do local da prestação de serviços.

Complementando essa informação o artigo Art. 37 do código tributário municipal de Francisco Beltrão comenta que a base de cálculo será o preço do serviço, ou seja, a importância relativa a receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, no entanto, complementando esse item o Art. 39 traz algumas possibilidades de deduções, como é o caso dos materiais fornecidos pelo prestador fora do local da prestação de serviço e o das subempreitadas já tributadas pelo imposto, nos casos de serviços definidos nos itens 7.02, 7.04 e 7.05 do artigo 26, nesse sentido, percebe-se que a Lei 1116 e o código tributário municipal trazem a possibilidade de deduções dos materiais para as atividades listadas no item 7.02.

No entanto, a súmula 167 do STJ estabelece que no fornecimento de concreto por empreitada preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é integralmente prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISSQN.

Não obstante, essa súmula é antiga e até o momento, várias outras decisões foram proferidas contrariando a própria súmula, entendendo que pode ser deduzido o material da concretagem.

Também podemos citar que o Supremo Tribunal Federal, ao analisar o Recurso Extraordinário 603.497/MG, com repercussão geral reconhecida, reiterou seu entendimento no sentido de que é possível deduzir da base de cálculo do ISS o valor dos materiais utilizados na prestação de serviço de construção civil.

Ainda, podemos citar o REsp 1.916.376-RS de 2023 do STJ o qual definiu a possibilidade de dedução dos materiais produzidos fora do estabelecimento.

Nesse sentido, voto pelo provimento do recurso.

Fundamentação voto

Analisando o processo em questão verifica-se que a base de cálculo é conforme o artigo Art. 37 do código tributário municipal de Francisco Beltrão:

> "Preço do serviço é a importância relativa a receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, ainda que a título de subempreitada de serviços, frete, despesas ou imposto, salvo os casos especificamente previstos".

Ainda os casos previstos de deduções estão na mesma legislação conforme Art. 39.

> " Não integram o preço do serviço:
> II - O valor dos materiais fornecidos pelo prestador fora do local da prestação de serviço e o das subempreitadas já tributadas pelo imposto, nos casos de serviços definidos nos itens 7.02, 7.04 e 7.05 do artigo 26"

Como o serviço de concretagem está incluso no código 7.02, entende-se que devemos partir desse horizonte.

O parecer fiscal da prefeitura diz que:

> "A Súmula 167 do STJ é clara em determinar que o fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é integralmente prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISSQN"

No entanto, do período de emissão dessa súmula até os dias de hoje outras decisões foram proferidas no sentido contrário. Podemos citar o julgamento do recurso extraordinário n. 603.497/MG.

Por fim o STJ no REsp 1.916.376-RS de 2023 definiu a possibilidade de dedução dos materiais produzidos fora do estabelecimento.

Nesse sentido, voto pelo provimento do recurso.

PROCESSO N°.: 348/2023
RELATOR: ISABEL CRISTINA PAINI
RECORRENTE: DALBA ENGENHARIA E EMPREENDIMENTOS LTDA
CNPJ: 03.222.465/0004-28

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que a recorrente é DALBA ENGENHARIA E EMPREEENDIMENTOS LTDA.

Acorda o Conselho de Contribuintes do Município de Francisco Beltrão, por 3 (três) votos favoráveis a 2 (dois) votos contrários, acolher o provimento do recurso.

Retorna assim o processo a autoridade fiscal em primeira instância.

Francisco Beltrão, em 25 de abril de 2023.

UILDEMAR ULIANA:83997776920
Assinado de forma digital por UILDEMAR ULIANA:83997776920
Dados: 2023.04.25 11:27:20 -03'00'

UILDEMAR ULIANA
Conselheiro

ANDRE LUIZ COMUNELO:04584296944
Assinado digitalmente por ANDRE LUIZ COMUNELO: 04584296944
Data: 2023-04-25 11:23:04

ANDRÉ COMUNELO
Presidente