



180

01

PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO

Terceira Câmara de Direito Público
Agravo de Instrumento Nº: 0280.316-1 – Ipojuca
Agravante: Município de Ipojuca
Advogado: Tiago José Milet Cavalcanti Ferreira PE028007
Agravado: Supermix Concreto S/A
Advogado: Andrés Dias de Abreu MG087433
Relator: Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

EMENTA: DIREITO CONSTITUCIONAL E TRIBUTÁRIO. ISS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONCRETAGEM. CONTRUÇÃO CIVIL. DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS EMPREGADOS DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. ADMISSIBILIDADE. MATÉRIA SEDIMENTADA NOS TRIBUNAIS SUPERIORES. LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03. COMPETÊNCIA LEGISLATIVA MUNICIPAL. CONCEITO DE SERVIÇO. MODIFICAÇÃO. IMPOSSIBILIDADE. AGRAVO DE INSTRUMENTO IMPROVIDO.

1. Quanto à possibilidade de dedução dos valores dos materiais empregados em obra de engenharia (construção civil) da base de cálculo do ISS, sabe-se que a questão encontra-se sedimentada nos Tribunais Superiores, no sentido "da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil" (Recurso Extraordinário n. 603.497, Relatora a Min. Ellen Gracie, decisão monocrática publicada em 16/09/2010).

2. A Lei Municipal n. 1.181/1998, que instituiu o Código Tributário Nacional do Município de Ipojuca (fls.61/102), em seu art. 27, § 6º, reproduziu os mencionados artigos da Lc n.116/2003 ao rezer que "nas prestações de serviços referidos nos itens 31 e 33 do art. 14 desta Lei, a base de cálculo é o preço dos serviços, deduzidas as parcelas correspondentes ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador do serviço.". Ocorre que, em 2010, a Lei n. 1.551 alterou a redação do inciso I do § 6º ao Código Tributário da municipalidade, passando a dispor que serão deduzidas do preço do serviço as parcelas correspondentes ao valor dos materiais produzidos pelo prestador dos serviços **fora do local da prestação e aplicados na obra**, que ficam sujeitas ao ICMS. Com a edição da referida lei, a dedução dos valores dos materiais em apreço passou a ficar condicionada à sua utilização na obra objeto da prestação do serviço tributada.

3. A Constituição Federal reservou aos Municípios a permissão para instituir o Imposto Sobre Serviços (ISS), consoante se extrai do seguinte enunciado constitucional: Art. 156. *Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...] III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.* Por força do enunciado do art. 147 da Constituição Federal, 206 que prevê caber ao Distrito Federal os impostos municipais, também foi reservada a esse ente político a permissão para instituir o Imposto Sobre Serviços, com vistas a assegurar a esses entes políticos "autonomia financeira, a fim de cumprirem as atribuições que lhes forem conferidas pela Carta Magna".

4. O Poder Constituinte, ao atribuir permissão aos Municípios e ao Distrito Federal para instituírem o ISS, o fez garantindo o exercício dessa faculdade à **vinculação de uma lei complementar veiculadora de normas gerais de**



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO 01

cunho nacional, a evidenciar, portanto, uma forte preocupação na uniformidade da descrição legislativa do fato tributável desse imposto por parte dos legisladores ordinários. Assim é que, não é dado aos Municípios legislarem de modo a ampliar o sentido da expressão "serviço" por ocasião da definição da base de cálculo do ISS.

5. Atento à possibilidade de eventual existência de prestação de serviços com concomitante venda de mercadorias, o legislador complementar houve por bem – com fundamento no art. 146, I e II, do Texto Constitucional – indicar como serviços tributáveis aqueles descritos nos subitens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 e ressaltar da tributação pelo ISS o fornecimento de mercadorias produzidas pelo construtor fora do local da obra, cogitando de incidência de ICMS sobre tais bens, a revelar que o legislador complementar teve em mente eventuais hipóteses em que o contribuinte se dedica, concomitantemente, a duas atividades radicalmente distintas: venda de mercadorias que foram produzidas pelo prestador fora do local da obra e prestação de serviço de construção civil com aplicação dos materiais fornecidos (prestação de serviço com concomitante fornecimento de mercadoria, decorrente de dois diferentes negócios jurídicos). Por força dessa disciplina, restou evidenciada a necessidade de o prestador de serviços de construção civil, na qualidade de vendedor de mercadorias por ele produzidas fora do local de prestação, ficar sujeito ao ICMS, em situação de equivalência ao terceiro fornecedor de mercadoria.

6. Ao alterar a redação do Código Tributário Municipal, fazendo condicionar a possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil à efetiva aplicação desses materiais na obra realizada no Município de Ipojuca, entendo, ao menos a um exame prefacial, que, ao se alterar os parâmetros de definição da composição do preço do serviço, está-se a modificar o próprio conceito de serviço. Igual justificativa se presta ao indeferimento do pedido de condicionamento da suspensão dos créditos tributários que incluam em sua base de cálculo os materiais/insumos empregados no serviço de concretagem prestados pela autora/agravada à comprovação de que os materiais/insumos são efetivamente por ela fornecidos e empregados nas obras realizadas no município agravante.

7. No que pertine ao pleito de depósito judicial dos valores das parcelas em discussão, não merece acolhimento, quer porque o agravante não comprovou que o funcionamento e/ou patrimônio da empresa agravada encontra-se comprometido de modo a dificultar a garantia de ressarcimento aos cofres municipais dos valores não recolhidos, acaso vencida ao final da lide, quer porque o Código Tributário Nacional, ao disciplinar acerca das hipóteses de suspensão dos créditos tributários, admite a concessão de provimentos antecipatórios de tutela, condicionados tão somente ao preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, independentemente da garantia de depósito judicial dos valores controvertidos.

8. À unanimidade de votos, negou-se provimento ao presente agravo de instrumento.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO

181
01

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos estes autos do Agravo de Instrumento nº 0280.316-1 da Comarca de Ipojuca, em que figuram, como Agravante, o Município de Ipojuca e, como agravado, Supermix Concreto S/A, Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores integrantes da Terceira Câmara de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco, à unanimidade de votos, em negar provimento ao presente agravo de instrumento, tudo de conformidade com os votos em anexo, os quais, devidamente revistos e rubricados, passam a integrar este julgado.

Recife, 03 de Julho de 2014.


Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO

01

Terceira Câmara de Direito Público
Agravo de Instrumento Nº: 0280.316-1 – Ipojuca
Agravante: Município de Ipojuca
Advogado: Tiago José Milet Cavalcanti Ferreira PE028007
Agravado: Supermix Concreto S/A
Advogado: Andrés Dias de Abreu MG087433
Relator: Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

RELATÓRIO

Trata-se de Agravo de Instrumento interposto pelo Município de Ipojuca em face de Supermix Concreto S/A, impugnando decisão proferida pelo MM. Juiz Haroldo Carneiro Leão Sobrinho, da Vara da Fazenda Pública da Comarca de Ipojuca, no bojo da Ação Ordinária tombada sob o nº 0002121-77.2012.8.17.0730.

O Magistrado *a quo*, através da decisão impugnada (fls. 16/20), antecipou os efeitos da tutela para suspender a exigibilidade do crédito tributário que incluía em sua base de cálculo os materiais/insumos empregados no serviço de concretagem prestados pela autora, ora agravada, devendo o Município de Ipojuca se abster de incluir tais valores na base de cálculo do ISS respectivo.

Notícia que o ora agravado ajuizou a ação ordinária objetivando extirpar da base de cálculo do ISS a parcela decorrente das mercadorias e insumos adquiridos de terceiro e utilizados na prestação do serviço de concretagem – construção civil.

Assevera que, exercendo sua competência legislativa tributária, através da Lei nº 1.551/10, alterou a redação originária do Código Tributário Municipal, para disciplinar que “na prestação dos serviços referidos nos itens 31 e 33 do art. 14, a base de cálculo é o preço dos serviços, deduzidas as parcelas correspondentes ao valor dos materiais produzidos pelo prestador dos serviços fora do local da prestação e aplicados na obra, que fica sujeito ao ICMS.”.

Aduz que a referida lei nada mais fez senão vedar a dedução dos materiais, adequando a base de cálculo do ISS àquela já definida na lei, qual seja, o preço do serviço.

Alega que, ainda que esta Corte rejeite a alegação de ilegalidade da decisão recorrida, faz-se mister que se reconheça a necessidade de sua integração, para que se condicione a liminar concedida à comprovação da aquisição dos materiais e do seu emprego em obras situadas no Município de Ipojuca.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO

01

Acresce que não há certeza de que os valores que não estão sendo recolhidos por força da liminar em apreço serão restituídos ao Município quando da conclusão do feito, de modo que, acaso mantida a decisão impugnada, deve-se determinar à agravada que realize o depósito judicial das parcelas em discussão.

Pugna pela antecipação da tutela recursal, de modo a: suspender os efeitos da liminar; integrar a decisão, condicionando a dedução autorizada à efetiva comprovação da aquisição dos materiais e sua destinação pela autora e determinar que a agravada realize o depósito judicial das parcelas em discussão e, no mérito, pelo provimento do presente recurso, reformando-se a decisão recorrida, consolidando-se a antecipação da tutela recursal.

Instado a apresentar suas contrarrazões, a agravada fê-lo às fls. 157/172, aduzindo, sem síntese:

1) Que a LC nº 116/03 definiu a base de cálculo do ISS como sendo o preço do serviço, que se resume ao valor que efetivamente irá crescer quantias ao patrimônio do prestador dos serviços, excluídas outras verbas que não condizem com o preço em si;

2) Que a LC nº 116/03 esclarece que não se incluem na base de cálculo do ISS o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços de construção civil e concretagem;

3) Que os insumos e materiais são apenas instrumentos sem os quais seria impossível a prestação do serviço;

4) Que a LC nº 116/03 veio corroborar todo o entendimento doutrinário e jurisprudencial que já vinha sendo predominante a respeito da possibilidade de dedução dos materiais da base de cálculo do ISS e não faz qualquer diferenciação quanto à origem dos materiais, se fornecidos ou produzidos, para assim permitir a dedução da base de cálculo;

5) Que o STF decidiu com *status* de repercussão geral pela possibilidade de dedução, da base de cálculo do ISS, de gastos com materiais de construção, independentemente de terem sido produzidos, ou não, pela própria prestadora de serviços de construção civil;

6) Que, apesar do Município ser competente para exigir e cobrar o ISS, a definição de sua base de cálculo é objeto de lei complementar federal, segundo o artigo 146, II da CF/88, ficando a competência dos municípios sujeita aos contornos delimitados naquela lei, *in casu*, a LC nº 116/03;



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO

01

116

7) Que as notas fiscais colacionadas aos autos descrevem quais valores se referem aos materiais e quais valores se referem à prestação dos serviços, sendo certo, ademais, que a Fazenda poderá se valer do seu aparato para proceder à devida e contumaz fiscalização para apurar a escorreita dedução dos materiais e insumos efetivamente utilizados nos serviços de concretagem;

8) Que não se justifica o pedido de depósito judicial dos valores controversos sob o alegado risco de que sua filial em Ipojuca iria abandonar a localidade tão logo concluída obra de plataforma de petróleo, porquanto referida obra já foi concluída e ela permanece e irá permanecer funcionando no Município, pois possui outros contratos para prestação de serviço no local.

Dispensada a remessa dos autos ao *Parquet*, ante a inexistência de interesse público que justifique a sua intervenção.

É o que de relevante se tem a relatar.

Inclua-se em pauta de julgamento.

Recife, 03 de junho de 2014.

Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo
Relator



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO

182

01

Terceira Câmara de Direito Público
Agravado de Instrumento Nº: 0280.316-1 – Ipojuca
Agravante: Município de Ipojuca
Advogado: Tiago José Milet Cavalcanti Ferreira PE028007
Agravado: Supermix Concreto S/A
Advogado: Andrés Dias de Abreu MG087433
Relator: Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo

VOTO

A matéria devolvida à análise deste Tribunal cinge-se à possibilidade de dedução dos valores referentes aos materiais empregados em obra de engenharia (construção civil) da base de cálculo do ISS.

Quanto à possibilidade de dedução dos valores dos materiais empregados em obra de engenharia (construção civil) da base de cálculo do ISS, sabe-se que a questão encontra-se sedimentada nos Tribunais Superiores, no sentido "da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil" (Recurso Extraordinário n. 603.497, Relatora a Min. Ellen Gracie, decisão monocrática publicada em 16/09/2010).

Nessa medida, revela-se possível a dedução dos valores relativos aos materiais empregados em obra de construção civil da base de cálculo do ISS.

No entanto, o caso dos autos se mostra peculiar. Vejamos.

A Lei Municipal n. 1.181/1998, que instituiu o Código Tributário Nacional do Município de Ipojuca (fls.61/102), em seu art. 27, § 6º, reproduziu os mencionados artigos da Lc n.116/2033 ao rezar que "nas prestações de serviços referidos nos itens 31 e 33 do art. 14 desta Lei, a base de cálculo é o preço dos serviços, deduzidas as parcelas correspondentes ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador do serviço."

Ocorre que, em 2010, a Lei n. 1.551 alterou a redação do inciso I do § 6º ao Código Tributário da municipalidade, passando a dispor que serão deduzidas do preço do serviço as parcelas correspondentes ao valor dos materiais produzidos pelo prestador dos serviços **fora do local da prestação e aplicados na obra**, que ficam sujeitas ao ICMS.

Com a edição da referida lei, a dedução dos valores dos materiais em apreço passou a ficar condicionada à sua utilização na obra objeto da prestação do serviço tributada.



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO

01

Cumpre ressaltar que a Constituição Federal reservou aos Municípios a permissão para instituir o Imposto Sobre Serviços (ISS), consoante se extrai do seguinte enunciado constitucional: *Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre: [...] III – serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.*

Por força do enunciado do art. 147 da Constituição Federal, 206 que prevê caber ao Distrito Federal os impostos municipais, também foi reservada a esse ente político a permissão para instituir o Imposto Sobre Serviços, com vistas a assegurar a esses entes políticos “autonomia financeira, a fim de cumprirem as atribuições que lhes forem conferidas pela Carta Magna”.

Todavia, o Poder Constituinte, ao atribuir permissão aos Municípios e ao Distrito Federal para instituírem o ISS, o fez garantindo o exercício dessa faculdade à **vinculação de uma lei complementar veiculadora de normas gerais de cunho nacional, a evidenciar, portanto, uma forte preocupação na uniformidade da descrição legislativa do fato tributável desse imposto por parte dos legisladores ordinários.**

Assim é que não é dado aos Municípios legislarem de modo a ampliar o sentido da expressão “serviço” por ocasião da definição da base de cálculo do ISS.

Observe-se que, atento à possibilidade de eventual existência de prestação de serviços com concomitante venda de mercadorias, o legislador complementar houve por bem – com fundamento no art. 146, I e II, do Texto Constitucional – indicar como serviços tributáveis aqueles descritos nos subitens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 e ressaltar da tributação pelo ISS o fornecimento de mercadorias produzidas pelo construtor fora do local da obra, cogitando de incidência de ICMS sobre tais bens, a revelar que o legislador complementar teve em mente eventuais hipóteses em que o contribuinte se dedica, concomitantemente, a duas atividades radicalmente distintas: venda de mercadorias que foram produzidas pelo prestador fora do local da obra e prestação de serviço de construção civil com aplicação dos materiais fornecidos (prestação de serviço com concomitante fornecimento de mercadoria, decorrente de dois diferentes negócios jurídicos).

Por força dessa disciplina, restou evidenciada a necessidade de o prestador de serviços de construção civil, na qualidade de vendedor de mercadorias por ele produzidas fora do local de prestação, ficar sujeito ao ICMS, em situação de equivalência ao terceiro fornecedor de mercadoria.

Ora, ao alterar a redação do Código Tributário Municipal, fazendo condicionar a possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil à efetiva aplicação desses materiais na obra



PODER JUDICIÁRIO
TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DE PERNAMBUCO
GABINETE DES. LUIZ CARLOS DE BARROS FIGUEIRÊDO

183
~

01

realizada no Município de Ipojuca, entendo, ao menos a um exame prefacial, que, ao se alterar os parâmetros de definição da composição do preço do serviço, está-se a modificar o próprio conceito de serviço.

Igual justificativa se presta ao indeferimento do pedido de condicionamento da suspensão dos créditos tributários que incluam em sua base de cálculo os materiais/insumos empregados no serviço de concretagem prestados pela autora/agravada à comprovação de que os materiais/insumos são efetivamente por ela fornecidos e empregados nas obras realizadas no município agravante.

No que pertine ao pleito de depósito judicial dos valores das parcelas em discussão, não merece acolhimento, quer porque o agravante não comprovou que o funcionamento e/ou patrimônio da empresa agravada encontra-se comprometido de modo a dificultar a garantia de ressarcimento aos cofres municipais dos valores não recolhidos, acaso vencida ao final da lide, quer porque o Código Tributário Nacional, ao disciplinar acerca das hipóteses de suspensão dos créditos tributários, admite a concessão de provimentos antecipatórios de tutela, condicionados tão somente ao preenchimento dos requisitos do *fumus boni iuris* e do *periculum in mora*, independentemente da garantia de depósito judicial dos valores controvertidos.

Ante todo o exposto, VOTO PELO NÃO PROVIMENTO DO PRESENTE RECURSO.

Recife, 23 de Julho de 2014.

Des. Luiz Carlos de Barros Figueirêdo
Relator