



ACÓRDÃO N°
PROCESSO n° 0006531-47.2009.814.0028
Órgão Julgador: 1ª Turma de Direito Público
Recurso: APELAÇÃO CÍVEL
Comarca de Marabá/PA
Apelante: CMT ENGENHARIA LTDA E OUTRO
Advogados: Afonso Marcius Vaz Lobato; Leonardo Alcantarino Menescal; Alexandre Coutinho da Silveira e Outros
Apelado: MUNICÍPIO DE BOM JESUS DO TOCANTINS
Advogado: Harlem Reis dos Santos
Procurador de Justiça: Nelson Pereira Medrado
Relatora: Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ISSQN. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. EMPRESA PRESTADORA DE SERVIÇOS DE ENGENHARIA E CONSTRUÇÃO CIVIL. SENTENÇA NA ORIGEM RECONHECENDO A POSSIBILIDADE DO MUNICÍPIO DE INCLUIR NA BASE DE CÁLCULO DO TRIBUTO O VALOR DOS MATERIAIS APLICADOS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E SUBEMPREGADAS. APLICAÇÃO DO CPC/1973. VIGENTE POR OCASIÃO DA PUBLICAÇÃO E DA INTIMAÇÃO DA DECISÃO APELADA. AÇÃO DECLARATÓRIA. APLICAÇÃO DO ARTIGO 9º, § 2º, ALÍNEA A, DO DECRETO-LEI 406/68 E DA LEI COMPLEMENTAR N° 116/2003. MATÉRIA PACIFICADA PELO C. SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL NO JULGAMENTO DO RE N° 603.497, COM REPERCUSSÃO GERAL, RECONHECENDO A POSSIBILIDADE DA DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ISS DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, b, DO DECRETO-LEI 406/1968 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. RECOLHIMENTO DO IMPOSTO DEVIDO PELA EMPRESA APELANTE. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÕES LAVRADOS PELO ENTE MUNICIPAL AO APLICAR ENTENDIMENTO DE IMPOSSIBILIDADE DE SUBTRAÇÃO DO MATERIAL EMPREGADO PARA EFEITO DE DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. RECONHECIMENTO DE ILEGITIMIDADE DO PREFEITO MUNICIPAL EM CONSTITUIR E/OU LANÇAR TRIBUTOS. NULIDADE CONFIGURADA. SENTENÇA REFORMADA. RECURSO DE APELAÇÃO CONHECIDO E PROVIDO, NO SENTIDO DE RECONHECER A POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO NA BASE DE CÁLCULO DO ISSQN DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL E DECLARAR A NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÕES LAVRADOS PELO MUNICÍPIO EM DESFAVOR DA EMPRESA APELANTE. À UNANIMIDADE.

ACÓRDÃO

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, POR UNANIMIDADE DE VOTOS, EM CONHECER DO RECURSO E DAR-LHE PROVIMENTO para reformar a sentença, tudo nos termos do voto da Desembargadora Relatora.

Plenário da 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos 23 (vinte três) dias do mês de julho do ano de 2018.

Belém (PA), 23 de julho de 2018.



Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN,
RELATORA

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por CMT ENGENHARIA LTDA, em face da r. sentença (fls. 418/426) proferida pela Juíza de Direito da 3ª Vara Cível da Comarca de Marabá, que, nos autos da AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL (proc. n° 0006531-47.2009.814.0028), proposta pela recorrente em desfavor do MUNICÍPIO DE BOM JESUS DO TOCANTINS, julgou totalmente improcedente a ação, condenando a autora ao pagamento das custas e despesas processuais, assim como em honorários de sucumbência, fixados na ordem de 10% (dez por cento) sobre o valor da causa, deliberando, ainda, a migração do valor depositado em juízo para as execuções fiscais promovidas pelo município, com o fim de quitação da dívida tributária, correspondentes aos autos de infração n° 002/2008 e 009/2008, a título de incidência do ISSQN (Imposto sobre Serviço de Qualquer Natureza).

Em suas razões recursais (fls. 432/457), a empresa apelante, após breve exposição dos fatos, defende a reforma da sentença, argumentando, em síntese, a obrigatoriedade da dedução da base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN do valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços, previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista anexa à Lei Complementar n° 116/2003, e da subempreitada tendo como base instrumentos contratuais apoiados em serviços de engenharia diversos, independentemente da sua localização, sob pena de ofensa ao disposto nos artigos 145, §1° e 156, inciso III da Constituição Federal.

Aduz que o C. STF possui jurisprudência pacificada, inclusive sob a sistemática de repercussão geral, com base na decisão monocrática da Ministra Ellen Gracie no julgamento do RE 603497/MG, na qual concedeu provimento ao recurso extraordinário no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do II dos materiais empregados na construção civil.

Sustenta a nulidade ou anulação das atuações e decisões administrativas, aduzindo que os agentes públicos descumpriram os preceitos constitucionais básicos na condução dos processos administrativos instaurados por meio dos Autos de Infrações n° 002/2008 e 009/2008, alegando violação aos princípios da legalidade e impessoalidade.

Argumenta que as certidões de inscrição em Dívida Ativa n° 003/09 e 004/09 não se revestem da necessária liquidez e certeza para serem exigidas, afirmando não terem sido observados os requisitos necessários à sua emissão.



Alega a impossibilidade de se tributar pelo ISS, serviço tomado pelo sujeito passivo de terceiros, por implicar em bitributação.

Assevera a inexistência de fundamentação para aplicação de multa, suscitando o seu caráter confiscatório.

Cita legislação e jurisprudência na defesa de sua tese.

Ao final, requer o conhecimento e o provimento do recurso de apelação, com o fim de reformar integralmente a sentença.

A parte apelante apresentou petição (fls. 459/528), anexando aos autos um parecer de um consultor jurídico referente ao ISS e a não inclusão dos valores relativos às subempreitada e aos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços.

A apelação foi recebida no duplo efeito pelo juízo a quo, conforme despacho (fl. 530).

A apelada não apresentou contrarrazões ao recurso, consoante certidão (fl. 532).

Os autos foram distribuídos à relatoria da Exma. Desa. Maria do Céu Maciel Coutinho (fl. 534).

Por força da Emenda Regimental n° 05/2016 deste E. TJ/PA, coube-me a relatoria do feito por redistribuição (fls. 537).

A Procuradoria de Justiça apresentou parecer (fls. 548/552), opinando no sentido de conhecimento e provimento do recurso, para reformar a sentença, no sentido de ser reconhecida a nulidade dos autos de infrações lavrados em desfavor da empresa recorrente.

É o relatório.

VOTO

Presentes os pressupostos de admissibilidade, **CONHEÇO DO RECURSO DE APELAÇÃO**, pelo que passo a analisa-lo.

Inicialmente, consigno que, serão aplicados os comandos insertos no CPC/1973, porquanto em vigor por ocasião da publicação e da intimação da sentença guerreada.

No caso em questão, observa-se que o presente recurso visa reformar a sentença de 1° grau que julgou improcedente os pedidos da autora, com fundamento na impossibilidade de dedução da base de cálculo do ISSQN o valor/custo dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços nas atividades de construção civil e engenharia, destacando que o município instituiu a Lei Ordinária n° 0285/03, ocorrendo a configuração do fato



gerador para cobrar esse tributo, considerando que o sujeito passivo/empresa realiza qualquer das atividades listadas na Lei Complementar 116/2003.

Como se sabe, o imposto sobre serviço de qualquer natureza (ISSQN), ao contrário do ICMS e IPI, não incide sobre uma cadeia de circulação e de produção de bens; sua incidência é única, bastando-lhe a superveniência do evento fático: a prestação de serviço. O fato jurídico-tributário é a prestação do serviço, o contribuinte é o prestador e a base de cálculo do tributo o preço do serviço.

Com efeito, o fato gerador do ISSQN consiste na prestação de serviços de qualquer natureza não compreendidos na competência tributária estadual, definidos em lei complementar da União (art. 156, III, da Constituição Federal).

A lista de serviços que se encontra anexa ao Decreto-lei 406/68 foi alterada pelo Decreto-lei 834/69 e este pela Lei Complementar 56/87. Com o advento da Lei Complementar n° 116/03 a lista sofreu profunda alteração. Logo, o serviço para ser objeto de tributação pelo ISS, deve figurar nesta lista, não podendo a Municipalidade ampliá-lo.

Por oportuno, importa transcrever o disposto na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n° 116, de 31/07/2003, que dispõe sobre o ISSQN de competência dos municípios, especificamente, os itens 7.02 e 7.05, referentes a execução por empreitada ou subempreitada de obras de construção civil, senão vejamos:

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

(...)

7.05 – Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).

Compulsando os autos, analisando o contrato social da recorrente (fls. 36/41), constata-se que a referida empresa tem como objeto social (cláusula terceira) a execução e prestação de serviços de engenharia civil e construção, dentre outras diversas, desta forma, as atividades desempenhadas pela apelante se enquadram no item 7.02 da Lista Anexa à LC n° 116/03, razão pela qual pugna pelo reconhecimento do seu direito de deduzir dos eventuais créditos apurados pelo ente municipal apelado as retenções e recolhimentos a título de ISSQN já efetuados pelo DNIT bem como os valores de materiais fornecidos.

Importa contextualizar que a apelante ajuizou a presente ação, objetivando a declaração de nulidade ou anulação dos autos de infrações n° 002/2008 e 009/2008 lavrados pelo município apelado, sob o argumento de exclusão



da base de cálculo o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços e as subempreitadas já tributadas, considerando a prestação de serviços de engenharia/construção civil para o Departamento Nacional de Infra-Estrutura de Transportes – DNIT, tendo como objeto os Contratos Administrativos firmados para manutenção da BR 222/PA, conforme descrito na inicial (fls. 02/34).

Dito isso, o cerne da questão cinge-se à possibilidade ou não pela empresa recorrente de dedução dos valores a título de material e subempreitada, na cobrança do ISSQN sobre o valor total das operações relativas à construção civil, isto porque o Município de Bom Jesus do Tocantins lavrou auto de infração contra a apelante, com base no art. 2º, inciso LVI da lista de serviços da Lei Municipal nº 285/2003, a qual conflita com o disposto no § 2º, alíneas 'a' e 'b' do art. 9º, do Decreto-Lei nº 406/68, que rege a base de cálculo do ISSQN, sendo que o referido dispositivo foi reproduzido pela Lei Complementar nº 116/2003.

A citada lei municipal de Bom Jesus do Tocantins estabelece a incidência do ISSQN sobre a prestação de serviços de construção civil e que inclui na base de cálculo do referido tributo o valor dos materiais aplicados na prestação dos serviços.

Por outro lado, em sentido contrário à lei municipal, o artigo 9º, § 2º, alínea a, do Decreto-Lei 406/68, o qual foi recepcionado pela Constituição Federal como Lei Complementar, define que o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços e ao valor das subempreitada já tributadas pelo imposto, senão vejamos:

Art. 9º - A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 2º - Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 a 20 da lista anexa, o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes:

- a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços;
- b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto".

No mesmo sentido, sobreveio a Lei Complementar nº 116/03, a qual dispõe sobre o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos municípios e do Distrito Federal, sendo que o seu artigo 7º reproduz o texto do Decreto-Lei nº 406/68, in verbis:

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

§ 1º Quando os serviços descritos pelo subitem 3.04 da lista anexa forem prestados no território de mais de um Município, a base de cálculo será proporcional, conforme o caso, à extensão da ferrovia, rodovia, dutos e condutos de qualquer natureza, cabos de qualquer natureza, ou ao número de postes, existentes em cada Município.

§ 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;

Pelos dispositivos transcritos, verifica-se que tanto o Decreto-Lei nº 406/68 quanto a Lei Complementar nº 116/2003, disciplinam a base de cálculo do ISSQN, estabelecendo claramente a hipótese de não incidência do ISSQN sobre os materiais empregados na prestação dos serviços de



construção civil.

Portanto, em que pese a prestação de serviços de construção civil ser tributável pelos municípios, conforme previsão constitucional (art. 156, inciso III, CF/88), os entes municipais não podem instituir leis aplicando critérios próprios, ou seja, diversos ou em conflito com o disposto na Lei Complementar e na Constituição Federal, como no caso em questão, relativo a base de cálculo do imposto ISSQN nos serviços e materiais empregados em obras.

Na verdade, registro que havia uma divergência jurisprudencial acerca da possibilidade de dedução na base de cálculo do ISSQN dos materiais empregados na construção civil, entretanto, o Colendo STF, através de decisão da Min. Ellen Gracie no RE 603.497/MG, proferido sob a sistemática de repercussão geral, pacificou o entendimento, no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil, conforme a ementa a seguir transcrita:

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. DEFINIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS GASTOS COM MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. RECEPÇÃO DO ART. 9º, § 2º, b, DO DECRETO-LEI 406/1968 PELA CONSTITUIÇÃO DE 1988. RATIFICAÇÃO DA JURISPRUDÊNCIA FIRMADA POR ESTA CORTE. EXISTÊNCIA DE REPERCUSSÃO GERAL. (RE 603497 RG, Relator(a): Min. ELLEN GRACIE, julgado em 04/02/2010, REPERCUSSÃO GERAL - MÉRITO DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-08 PP-01639)

Por oportuno, ressalto que apesar da matéria já se encontrar pacificada no âmbito do STF, no sentido da possibilidade de dedução, conforme vários julgados (RE 262.598; RE 362.666-AgR; RE 239.360-AgR; RE 438.166-AgR), havia entendimento diverso no STJ, inclusive o Recurso Extraordinário n° 603497/MG foi interposto contra Acórdão do Superior Tribunal de Justiça, proferido no sentido da impossibilidade da subtração do material empregado para efeito de definição da base de cálculo, conforme comprovam os fundamentos da decisão da Min. Ellen Gracie, a seguir transcrita:

1. A hipótese dos autos versa sobre a constitucionalidade da incidência do ISS sobre materiais empregados na construção civil. O acórdão assim decidiu:

TRIBUTÁRIO – ISS – CONSTRUÇÃO CIVIL – BASE DE CÁLCULO – MATERIAL EMPREGADO – DEDUÇÃO – IMPOSSIBILIDADE.

A jurisprudência desta Corte pacificou o entendimento de que a base de cálculo do ISS é o preço total do serviço, de maneira que, na hipótese de construção civil, não pode haver a subtração do material empregado para efeito de definição da base de cálculo. Precedentes de Corte.

Agravo regimental improvido.

2. Este Tribunal, no julgamento do RE 603.497, de minha relatoria, reconheceu a existência da repercussão geral da matéria para que os efeitos do art. 543-B do CPC possam ser aplicados.

Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil. Cito os seguintes julgados: RE 262.598, red. para o acórdão Min. Cármen Lúcia, 1ª Turma, DJe 27.09.2007; RE 362.666-AgR, rel. Min. Gilmar Mendes, 2ª Turma, DJe 27.03.2008; RE 239.360-AgR, rel. Min. Eros Grau, 2ª Turma, DJe 31.07.2008; RE 438.166-AgR, rel. Min. Carlos Britto, 1ª Turma, DJ 28.04.2006; AI 619.095-AgR, rel. Min. Sepúlveda Pertence, 1ª Turma, DJ 17.08.2007; RE 214.414-AgR, rel. Min. Carlos Velloso, 2ª Turma, DJ 29.11.2002; AI 675.163, rel. Min. Ricardo Lewandowski, DJe 06.09.2007; RE 575.684, rel. Min. Cezar



Peluso, DJe 15.09.2009; AI 720.338, rel. Min. Joaquim Barbosa, DJe 25.02.2009; RE 602.618, rel. Min. Celso de Mello, DJe 15.09.2009.

O acórdão recorrido divergiu desse entendimento.

3. Ante o exposto, com fundamento no art. 557, § 1º-A, do CPC, dou provimento ao recurso extraordinário. Restabeleço os ônus fixados na sentença. Julgo prejudicado o pedido de ingresso como amicus curiae formulado pela Confederação Nacional dos Municípios – CNM (Petição STF 42.520/2010 – fls. 524-541), bem como o recurso interposto pela Associação Brasileira das Secretarias de Finanças das Capitais Brasileiras – ABRASF (fls. 505-521), em face da presente decisão. Publique-se. Brasília, 18 de agosto de 2010. Ministra Ellen Gracie, Relatora.

Portanto, verifica-se que o tema teve repercussão geral reconhecida pelo Supremo Tribunal Federal, firmando-se o entendimento no sentido da possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.

No sentido do explanado, cito os precedentes seguintes, oriundos deste TJ/PA que corroboram o meu entendimento, in verbis:

DECISÃO MONOCRÁTICA

Vistos, etc. Trata-se de reexame necessário de sentença em mandado de segurança impetrado por INGEPEL ENGENHARIA LTDA em face de ato do PREFEITO MUNICIPAL DE MARABÁ, do SECRETÁRIO DE VIAÇÃO E OBRAS DE MARABÁ e do SECRETÁRIO DE FINANÇAS DE MARABÁ. Mediante análise dos autos, depreende-se que o autor impetrou a ação mandamental aduzindo que foi vencedor das licitações públicas nº. 006/200MP/PA e nº. 01/CPL-TJE/2002, pertinentes à construção do prédio sede do Ministério Público e do Fórum da Comarca de Marabá. Contudo, ao requerer legalização das obras junto a Prefeitura Municipal, esta exigiu a antecipação do pagamento dos valores referentes ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN) com base de cálculo sobre a receita bruta. Aduziu, ainda, que lhes foram remetidos dois formulários do Documento de Arrecadação Municipal (DAM), os quais cobraram os valores a título de ISSQN, cuja base de cálculo atine às quantias constantes dos contratos firmados com o TJE/PA e o MP/PA. O impetrante alega que os impetrados não conhecem com exatidão o que cobrar a título de ISSQN, dado que a disposição do art. 56, § 1º, II, a e art. 57 do Código Tributário Municipal afronta o art. 9º, § 2º, a do Decreto Lei nº 406/68, que exclui do cálculo devido a título de tributação o valor relativo ao material fornecido pelo prestador do serviço. Requereu a concessão da liminar no sentido de reconhecer a incidência do art. 9º, § 2º, a do Decreto Lei nº 406/68 e, por conseguinte, a procedência da ação. O Secretário Municipal de Finanças e o Prefeito Municipal prestaram informações às fls. 55/61, alegando a exclusão dos materiais fornecidos pelo prestador de serviço da base de cálculo não poderia ser superior a 50% do valor da nota fiscal, em decorrência do art. 46, § 3º da Lei nº 17.113/2003 (Código Tributário Municipal) e do Decreto Municipal nº 054/2004, sustentando a revogação tácita do Decreto Lei nº 406/68 em face da prevalência de lei municipal superveniente. Em sede de sentença, o juízo a quo concedeu a ordem mandamental, condenando o Município de Marabá ao ressarcimento das despesas antecipadas pela impetrante. Instado a se manifestar, o Ministério Público pronunciou-se pela manutenção da sentença. É o relatório. A questão debatida cinge-se a reconhecer a legalidade ou não do ato das autoridades impetradas, que, por sua vez, exigiram o pagamento do ISSQN com base de cálculo sobre o valor integral estipulado em contrato, deixando de descontar os valores referentes ao material fornecido pelo prestador de serviços. O art. 156, III da Constituição Federal prevê a competência privativa dos Municípios para instituir o ISSQN, contudo, é a 2º entendimento pacífico dos Tribunais Superiores a compatibilidade da disposição do art. 9º do DL nº 406/68 com os arts. 146, III e 156, III da Constituição Federal de 1988, o que define a base de cálculo para o ISSQN o preço do serviço, sendo deduzido o valor correspondente aos gastos com material, de acordo com jurisprudência abaixo colacionada: DECISÃO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. DECRETO-LEI N. 406/68: COMPATIBILIDADE COM A CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. RECURSO EXTRAORDINÁRIO PROVIDO. Relatório 1. Recurso extraordinário interposto com base no



art. 102, inc. III, alíneas a e c, da Constituição da República contra o seguinte julgado do Tribunal de Justiça de Minas Gerais: DIREITO TRIBUTÁRIO - ISSQN CONSTRUÇÃO CIVIL MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA DL 406/68 FATO GERADOR PERÍODO ANTERIOR À LC 116/03 INCIDÊNCIA DO ISSQN PREÇO TOTAL. A CR/88 não permite à União ou Estado estabelecer isenção de tributo de competência do município, de modo que o Decreto-Lei n. 406, de 31 de dezembro de 1968, integralmente vigente à época da ocorrência dos fatos geradores, que se deram em 1996 e 1997, portanto, antes do advento da LC 116/2003, não pode permitir a dedução do ISSQN sobre os valores de materiais adquiridos de terceiros e empregados na construção civil, sobre os quais, assim, não incide o ICM, mas o ISS. 2. (fl. 286) A Recorrente alega que o Tribunal a quo teria contrariado os arts. 146, inc. III, alínea a, e 156, inc. IV, da Constituição da República. Argumenta que a lei complementar, representada aqui pelo DL 406/68, que é livre na fixação da base de cálculo, determinou como base de cálculo do ISSQN preço que não inclui as mercadorias e produtos fornecidos da forma e maneira que faz a apelante (fl. 337). 3. O Procurador-Geral da República manifestou-se pelo provimento do recurso extraordinário, nos termos seguintes: TRIBUTÁRIO. ISSQN. ART. 9º, § 2º, A, DO DL N. 406/68. RECEPÇÃO COM STATUS DE LEI COMPLEMENTAR. MATERIAIS E PRODUTOS. EXCLUSÃO DA BASE DE CÁLCULO DO ISSQN. HIPÓTESE DE NÃO INCIDÊNCIA. 1. A jurisprudência da Suprema Corte firmou entendimento de que o Decreto-Lei n. 406/68 foi recepcionado com o status de lei complementar, em virtude de sua compatibilidade com a nova ordem constitucional, consoante inteligência do § 5º do art. 34 do ADCT. 2. O ISSQN incidia sobre prestação de serviços, logo a exclusão de produtos e materiais, eventualmente utilizados no desempenho da atividade, tão somente adequada a base de cálculo do tributo a sua hipótese de incidência. 3. Parecer pelo conhecimento e provimento do recurso? (fl. 387). Apiciada a matéria trazida na espécie, DECIDO. 4. Razão jurídica assiste à Recorrente. 5. O Supremo Tribunal Federal firmou entendimento no sentido de que o art. 9º, § 2º, alíneas a e b, do Decreto-Lei n. 406/68 é compatível com a Constituição da República de 1988. Confirmam-se, a propósito, os seguintes julgados: TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS ISS. EMPRESAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. DEDUÇÃO DO VALOR DE SUBEMPREITADAS TRIBUTADAS. ART. 9º, § 2º, ALÍNEA B DO DECRETO-LEI N. 406/68. 1. O Decreto-lei n. 406/68 foi recepcionado como lei complementar pela Constituição da República. Precedentes: Recursos Extraordinários ns. 236.604 e 220.323. 2. O disposto no art. 9º, § 2º, alínea b do Decreto-lei n. 406/68 não contraria a Constituição da República. 3. Recurso extraordinário não conhecido (RE 262.598, de minha relatoria, Primeira Turma, DJ 28.9.2007). CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. D.L. 406/68, art. 9º, § 2º, a e b. I. - Dedução do valor dos materiais e subempreitadas no cálculo do preço do serviço. D.L. 406/68, art. 9º, § 2º, a e b: dispositivos recebidos pela CF/88. Citados dispositivos do art. 9º, § 2º, cuidam da base de cálculo do ISS e não configuram isenção. Inocorrência de ofensa ao art. 151, III, art. 34, ADCT/88, art. 150, II e 145, § 1º, CF/88. RE 236.604-PR, Velloso, Plenário, 26.5.99, RTJ 170/1001. II. - RE conhecido e provido. Agravo improvido (RE 214.414-AgR, Rel. Min. Carlos Velloso, Segunda Turma, DJ 29.11.2002).

(...)

Entendo, portanto, que o ato praticado pelas autoridades impetradas encontra-se eivado de ilegalidade, eis que a dedução dos gastos com materiais da base de cálculo do ISSQN é autorizada pelo art. 9º, § 2º, a do Decreto-Lei nº 406/68. Isto posto, em sede de reexame, sou pela manutenção da sentença pelos fundamentos acima expostos. P.R.I. Belém, 17 de Outubro de 2014. DESa. ELENA FARAG Relatora (TJ-PA - REEX: 00011250620048140028 BELÉM, Relator: ELENA FARAG, Data de Julgamento: 29/10/2014, 4ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Data de Publicação: 29/10/2014)

EMENTA: APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ISS. PRELIMINAR DE VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. REJEITADA. OFENSA À AMPLA DEFESA E AO CONTRADITÓRIO. NÃO ACATADA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL INCLUINDO NA BASE DE CÁLCULO O VALOR DOS MATERIAIS APLICADOS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO E SUBEMPREITADAS. INCIDÊNCIA DO TRIBUTO. ACÓRDÃO.

Vistos, relatados e discutidos estes autos, acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes das Egrégia 5ª Câmara Cível Isolada, à unanimidade, pelo conhecimento e provimento da Apelação nos termos do voto da Relatora. Sala de Sessões do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos vinte e nove dias do mês de maio de 2014. Julgamento presidido pela Excelentíssima Senhora Desembargadora Odete da Silva



Carvalho, Belém, 29 de maio de 2014. DIRACY NUNES ALVES DESEMBARGADORA-RELATORA (2014.04546674-82, 134.206, Rel. DIRACY NUNES ALVES, Órgão Julgador 5ª CAMARA CIVEL ISOLADA, Julgado em 2014-05-29, Publicado em 2014-06-04)

Assim, não restam dúvidas de que a sentença de primeiro grau deve ser reformada, pois seus fundamentos contrariam matéria pacificada pelo Colendo Supremo Tribunal Federal, com repercussão geral, devendo o recurso ser provido.

No mais, registro que a empresa apelante, mediante comprovantes de depósitos, demonstrou o recolhimento em conta corrente bancária pertencente à Prefeitura Municipal, ora apelada, o recolhimento dos valores atinentes ao ISSQN devidos, relativos aos contratos firmados com o DNIT, havendo apenas controvérsia entre as partes quanto ao valor deduzido dos materiais fornecidos no preço dos serviços de engenharia e construção civil realizados pela recorrente, não havendo valores pendentes a serem recolhidos.

DA NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO:

Com base na fundamentação exposta, diante do reconhecimento da possibilidade de dedução na base de cálculo do ISSQN dos materiais empregados na obra pela construtora apelante, o reconhecimento da nulidade dos autos de infrações nº 002/2008 e 009/2008 lavrados pelo ente municipal apelado, a título de incidência de ISSQN, é medida que se impõe, diante da ausência de amparo jurídico.

Por fim, analisando o Auto de Infração e Notificação nº 009/2008, constante às fls. 191/194 dos autos, verifico assistir razão a recorrente quanto a alegação de ilegitimidade do Chefe do Executivo Municipal em constituir e lançar créditos tributários, conforme entendimento pacífico do STJ, senão vejamos:

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ORDINÁRIO. ILEGITIMIDADE DA AUTORIDADE IMPETRADA. TEORIA DA ENCAMPAÇÃO. INAPLICABILIDADE.

1. O Prefeito Municipal não possui legitimidade para responder por recurso administrativo pendente de exame perante o Conselho de Contribuintes. Ressalte-se que tal autoridade não tem competência legal para lançar tributos ou constituir créditos tributários, sendo que tais atividades, por determinação legal, são atribuídas às respectivas autoridades fiscais, de escalão hierárquico subalterno.

2. É inviável a aplicação da teoria da encampação quando enseja a ampliação indevida da competência originária do Tribunal de Justiça.

3. Agravo regimental não provido.

(AgRg no RMS 46.362/RJ, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/11/2014, DJe 24/11/2014)

Ante o exposto, na esteira do parecer ministerial, CONHEÇO DO RECURSO DE APELAÇÃO E DOU-LHE PROVIMENTO, para reformar a sentença apelada, no sentido de admitir a dedução na base de cálculo do ISSQN dos materiais empregados na obra pela construtora apelante, assim como das subempreitadas realizadas, devendo este mesmo raciocínio ser aplicado quanto às retenções e recolhimentos do tributo em questão já realizados pelo DNIT em favor da municipalidade, assim como declaro a nulidade dos



autos de infrações nº 002/2008 e 009/2008 lavrados pelo município apelado, tudo nos termos da fundamentação lançada.

É como voto.

Servirá a presente decisão como mandado/ofício, nos termos da Portaria nº 3731/2015-GP.

Belém/PA, 23 de julho de 2018.

Desembargadora EZILDA PASTANA MUTRAN,
RELATORA