



ACÓRDÃO N. _____, PUBLICADO EM _____.
PROCESSO N. 0001201-26.2012.8.14.0039.
SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: MUNICIPIO DE PARAGOMINAS.
ADVOGADO: MARIO ALVES CAETANO – OAB/PA 8.798-B.
APELADO: CACTUS CONSTRUÇÕES INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA. EPP.
ADVOGADO: RAPHAEL SAMPAIO VALE – OAB/PA 8891.
TIBERIO CESAR SAMPAIO TEIXEIRA – OAB/PA 16.520-A.
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARIA DA CONCEIÇÃO DE MATTOS SOUSA.
RELATORA: DESEMBARGADORA DIRACY NUNES ALVES.

EMENTA

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. MUNICÍPIO DE PARAGOMINAS. ISSQN. INCIDÊNCIA SOBRE MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO.

1. É inexigível a cobrança de ISSQN sobre materiais empregados em obra contratada pelo ente municipal. Isto porque nos termos do art. 7º, §2º, I, da Lei Complementar 116/2003, não está incluso na base de cálculo do tributo em questão o valor dos materiais fornecidos pelo prestador nos casos de construção civil.
2. Questão objeto, inclusive, de decisão do STF no Recurso Extraordinário 603.497, com repercussão geral.
3. O valor cobrado pela empresa é devidamente lastreado nos documentos apresentados, não tendo a municipalidade apresentado seus cálculos apesar de poder fazê-lo plenamente.
4. Impossibilidade de revisão do termo inicial da correção monetária porque viola o disposto na Súmula 45 do STJ.
5. Em relação aos juros e correção monetária consigno que, conforme fixado na Seção de Direito Público desta Corte, em sua 28ª sessão ordinária ocorrida em 16/10/2018, considerando os desembargadores que pode ocorrer eventual modulação do tema 810 pelo STF, ficou ressalvado que a liquidação de todos os feitos abrangidos pelo tema, inclusive o presente, será realizada de acordo com a modulação a ser feita pelo STF. Deste modo, o processo não está suspenso, podendo ocorrer a execução do feito na parte incontroversa, porém a liquidação de juros e correção decorrentes da modulação deverão ser liquidados posteriormente.

Vistos, relatados e discutidos os autos, em que são partes as acima indicadas, acordam os desembargadores que integram a 2ª Turma de Direito Público do TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ, por unanimidade, a turma conheceu e negou-lhe provimento, bem como em sede de Reexame Necessário manteve a sentença, aplicando apenas ressalva em relação aos juros e correção monetária, nos termos do voto da relatora.

Plenário da 2ª Turma de Direito Público, TRIBUNAL DE JUSTIÇA DO ESTADO DO PARÁ, AOS 07 DIAS DE OUTUBRO DO ANO DE DOIS MIL E DEZENOVE (2019).



Desembargadora DIRACY NUNES ALVES
Relatora.

PROCESSO N. 0001201-26.2012.8.14.0039.
SECRETARIA ÚNICA DE DIREITO PÚBLICO E PRIVADO.
APELAÇÃO CÍVEL.
APELANTE: MUNICIPIO DE PARAGOMINAS.
ADVOGADO: MARIO ALVES CAETANO – OAB/PA 8.798-B.
APELADO: CACTUS CONSTRUÇÕES INDUSTRIA E COMÉRCIO LTDA. EPP.
ADVOGADO: RAPHAEL SAMPAIO VALE – OAB/PA 8891.
TIBERIO CESAR SAMPAIO TEIXEIRA – OAB/PA 16.520-A.
PROCURADORA DE JUSTIÇA: MARIA DA CONCEIÇÃO DE MATTOS SOUSA.
RELATORA: DESEMBARGADORA DIRACY NUNES ALVES.

RELATÓRIO

Trata-se de APELAÇÃO CÍVEL interposta por MUNICIPIO DE PARAGOMINAS inconformado com a sentença prolatada pelo Juízo de Direito da 1ª Vara Cível de Paragominas em AÇÃO ORDINÁRIA DECLARATÓRIA DE INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICA C/C REPETIÇÃO DE INDÉBITO, que julgou procedente o pleito inicial para declarar a nulidade da incidência do ISSQN sobre os materiais empregados em obras de construção civil e condenou o Município a restituir à empresa requerente o valor de R\$113.429,02, ou, alternativamente, com base no art. 170 do CTN, compensar o valor citado nos próximos documentos de arrecadação municipal. Determinou ainda que o valor deve ser corrigido monetariamente a partir do ajuizamento e acrescido de juros a partir da citação, com base nos índices previstos no art. 1º-F da Lei 9494/97, com redação dada pela Lei n. 11.960/09. Fixou ainda honorários advocatícios em 10% sobre o valor da condenação. Em suas razões de fls. 1137/1151, a municipalidade baseia sua irresignação em dois argumentos: a) correta incidência do ISS sobre a empresa apelada; b) o valor pedido pela empresa recorrida de R\$113.429,02 (cento e treze mil, quatrocentos e vinte e nove reais e dois centavos) não encontra a menor fundamentação jurídica.

Contrarrazões às fls. 1155/1170, pugnando pela manutenção do julgado.

Inicialmente o feito foi distribuído para o Exmo. Sr. Des. José Maria Teixeira do Rosário, porém como o mesmo está lotado em uma das turmas de direito privado, o feito foi redistribuído, dessa vez para a relatoria do Exmo. Sr. Des. Constantino Augusto Guerreiro, o qual recebeu o recurso em seu duplo efeito (fl. 1178).

O douto parquet se manifestou às fls. 1181/1183, opinando pelo conhecimento e não provimento do recurso voluntário e na remessa necessária a manutenção parcial da sentença, modificando-a apenas no que se refere ao início da contagem correção monetária que deve fluir a partir de cada pagamento indevido.

Considerando que o relator passou a integrar uma das turmas de direito privado, o feito foi redistribuído à minha relatoria.



É O RELATÓRIO.

VOTO.

Conheço tanto do recurso de Apelação como da Remessa Necessária, porque preenchidos os requisitos de admissibilidade.

1. DA INCIDÊNCIA DE ISSQN

A questão a ser analisada neste momento é verificar se a tese da empresa de que não deve incidir ISSQN sobre os materiais empregados nas obras deve ser mantida ou não.

A Lei Complementar nº 116/2003, que dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, dispõe em seu artigo 7º, §2º, inciso I, que não está incluído na base de cálculo do ISSQN o valor dos materiais fornecidos pelo prestador, incluindo-se nos casos de construção civil, nos termos da lista de serviços anexa à Lei, item 7.02. Note-se o que dispõe a lei e item do anexo:

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, 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).

Não por outra razão o STF no julgamento de Recurso Extraordinário 603.497, com repercussão geral, atinente à incidência do ISS sobre materiais empregados na construção, compreendeu que não incide tributação sobre os materiais fornecidos. Eis a ementa do referido julgado:

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)

Deste modo, chama a atenção para o fato da municipalidade em nenhum momento enfrentar a questão da dedução, apenas insistindo na tese de incidência do ISSQN. De fato, há a incidência, mas também ocorre a dedução sobre os gastos com materiais empregados na construção civil.

2. DO VALOR A SER RESTITUÍDO OU COMPENSADO.

Alega a municipalidade que o valor pedido pela empresa recorrida de R\$113.429,02 (cento e treze mil, quatrocentos e vinte e nove reais e dois centavos) não encontra a menor fundamentação jurídica.

Entretanto, ao compulsar os autos, verifica-se que o Município tinha plenas condições de apresentar cálculos bem discriminados demonstrando o valor que entende como devido, até porque é o beneficiário do imposto cobrado.



Porém, optou pela tese de incidência total e não. Por seu turno, a empresa produziu prova dos fatos constitutivos de seu direito ao juntar notas fiscais em que há demonstração do valor da mão de obra e dos materiais utilizados nas obras que realiza.

3. DO INÍCIO DA CONTAGEM DA CORREÇÃO MONETÁRIA

Aduz o Ministério Público que deve ocorrer mudança no julgado a fim de modificar o termo inicial da correção monetária para que passe a incidir a partir de cada pagamento.

Entretanto, tal ponto não foi alvo de recurso pela empresa Cactus e, portanto, não cabe em sede de Reexame reformar a sentença em prejuízo à Fazenda Pública, simplesmente porque o instituto do Reexame decorre de uma prerrogativa da Administração Pública que não pode ser usada em seu desfavor.

Neste sentido há a Súmula 45 do STJ, vejamos:

Súmula 45 - No reexame necessário, é defeso, ao Tribunal, agravar a condenação imposta a Fazenda Pública. (Súmula 45, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 16/06/1992, DJ 26/06/1992)

4. DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA.

Em relação aos índices de juros e correção monetária, matéria de ordem pública, consigno que, conforme fixado na Seção de Direito Público desta Corte, em sua 28ª sessão ordinária ocorrida em 16/10/2018, considerando os desembargadores que pode ocorrer eventual modulação do tema 810 pelo STF, ficou ressalvado que a liquidação de todos os feitos abrangidos pelo tema, inclusive o presente, será realizada de acordo com a modulação a ser feita pelo STF. Deste modo, o processo não está suspenso, podendo ocorrer a execução do feito na parte incontroversa, porém a liquidação de juros e correção decorrentes da modulação deverão ser liquidados posteriormente.

5. DO DISPOSITIVO

Ante o exposto, CONHEÇO DA APELAÇÃO e lhe NEGOU PROVIMENTO.

Em relação ao REEXAME NECESSÁRIO, dele conheço e mantenho a sentença, ressalvando que a correção monetária e os juros de mora será aplicada de acordo com eventual modulação do tema 810 pelo STF.

Belém, 07 de outubro de 2019.

Desembargadora DIRACY NUNES ALVES

Relatora