

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60516/13	16/12/13	<i>Município de Santa Vitória Lei. 228.3/14-R</i> 	<i>fo</i>

Senhor Presidente e demais membros do Conselho de Contribuintes:

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de primeira instância que manteve o Auto de Infração nº571 de 27 de novembro de 2013. ITAU UNIBANCO, responsável tributário, foi autuado relativamente ao ISS devido sobre o serviço de reforma (subitem 7.05) de uma de suas agências, de cuja Base de Cálculo foram abatidos os materiais utilizados.

A Nota Fiscal Eletrônica nº 201300000000038 (folha 31), emitida em 17/05/2013, demonstra que o tributo foi calculado e retido somente sobre o valor da mão de obra, sob a alíquota de 4,23%. O recorrente não efetuou o recolhimento, tendo incorrido na sanção prevista no art. 120, inciso II da lei nº 2.597/08 (multa de 60%).

Na impugnação, a autuada alegou incorreção da Base de Cálculo do tributo no lançamento, sustentando ser correto o abatimento dos materiais empregados na obra. Mencionou o art. 9º do Decreto nº 406/68, parágrafo 2º, alínea "a", que prevê a dedução dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços. Insurgiu-se também contra a multa aplicada, considerada confiscatória e desproporcional.

A Fiscal de tributos (fls. 29 a 30) defende que a prestadora dos serviços não poderia abater os materiais constantes da nota fiscal, por não terem sido produzidos por ela. Informa que a legislação municipal prevê apenas a dedução de mercadorias produzidas e fornecidas pelo prestador e sujeitas ao ICMS.

O Parecer FCEA que serviu de fundamento à decisão (fls. 32 a 36) segue a mesma linha, fazendo referência ao art. 80, parágrafo 13 do CTM, que considera indedutíveis *"independentemente do que consta no parágrafo 2º do art. 7º da Lei Complementar nº 116 de 31/07/2003, os materiais adquiridos de terceiros e aplicados na prestação de serviços"* (fl. 33). Reproduz jurisprudência em suporte a sua tese. Quanto à multa, declara ser proporcional à gravidade da infração, estando prevista em lei.

Já no Recurso Voluntário, o autuado reafirma os mesmos argumentos. Reafirma que os materiais deduzidos da base de cálculo referem-se ao material utilizado na obra. Reproduz o RE 603.497/MG do STF, que reconheceu a Repercussão Geral da matéria, e que firmou o entendimento no sentido da possibilidade de dedução dos materiais empregados na construção civil (fl. 45). Aponta que a jurisprudência indicada pelo FCEA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60516/13	16/12/13		11

seria anterior àquela decisão, e salienta que o STJ teria revisto sua jurisprudência a fim de adequá-la ao posicionamento do STF. Por fim, repisa os argumentos já expendidos contra o percentual aplicado da multa fiscal.

É o relatório.

Segundo a Constituição Federal (Art. 146, III, "a") a definição da base de cálculo dos tributos cabe à Lei Complementar. No que tange ao ISS, a lei em questão é a nº 116/03. Assim, devem ser observadas as determinações nela contidas sobre a matéria. Há que se reconhecer, nesta esteira, que a lei ordinária municipal invadiu a competência da lei complementar federal ao dispor, no acima reproduzido art. 80 parágrafo 13, que seriam inaplicáveis as disposições contidas no art. 7º, parágrafo 2º daquela.

Conforme disposto no CTN (art. 142, parágrafo único) a atividade do fiscal de tributos é vinculada, sendo a observância estrita da lei obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Descabe portanto ao agente fiscal discutir a validade da lei, restando-lhe tão somente aplicá-la.

Dessa forma, agiu corretamente a fiscal. No entanto, é impossível deixar de reconhecer que a jurisprudência caminha no sentido contrário ao da lei municipal, assegurando o pleno abatimento das despesas oriundas de materiais aplicados nas obras de construção civil.

Há que se ressaltar, contudo, que o STF reconheceu a Repercussão Geral da Matéria. Tal mecanismo surgiu para *"delimitar a competência do STF, no julgamento de recursos extraordinários, às questões constitucionais com relevância social, política, econômica ou jurídica, que transcendam os interesses subjetivos da causa. Busca assim uniformizar a interpretação sem exigir que o STF decida casos idênticos sobre a mesma questão constitucional."*

*Pela sistemática da repercussão geral, os processos que tratem sobre tema com repercussão geral reconhecida ficam sobrestados nas demais instâncias do Poder Judiciário até que o STF profira decisão sobre a matéria. Fixada a tese pelo Supremo, as instâncias anteriores aplicam o entendimento do Tribunal aos demais casos sobrestados".* (<http://www.stf.jus.br/portal/cms/verNoticiaDetalhe.asp?idConteudo=283298>).

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60516/13	16/12/13	 Nº 200 M. Souza Oliveira M. 030/60516-8	79

Diferencia-se a Repercussão Geral das Súmulas Vinculantes pelo fato de as primeiras não possuírem caráter normativo, de modo que os tribunais de Primeira e Segunda instâncias possam decidir de modo diverso do entendimento das Cortes Superiores:

*"O objetivo desse instrumento processual é impedir que juizes de outras instâncias da Justiça brasileira decidam de forma diferente da jurisprudência firmada no STF. A súmula vinculante tem poder normativo, conforme estabelece a lei que a regulamentou (Lei 11.417/2006), razão pela qual vincula ainda a Administração Pública em todas suas esferas a adotar entendimento pacificado da Suprema Corte sobre o enunciado".*

Dessa forma, opinamos pela manutenção do Auto de Infração ora combatido, em respeito ao Princípio da Legalidade e também pela ausência de força normativa da jurisprudência.

FCCN, 21 de Julho de 2016.



Helton Figueira Santos

Representante da Fazenda

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/060516/13	16/12/2013		76

**EMENTA:** - Serviço de reforma. Subitem 7.05 da lista de serviços. Dedução da Base de Cálculo do ISS dos materiais aplicados. Imposto retido e não recolhido. Jurisprudência do STF e do STJ favorável às deduções. Procedência.

Senhor Presidente e demais membros deste Conselho de Contribuintes:

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de 1ª instância que manteve o Auto de Infração nº571 de 27 de novembro de 2013, lavrado contra ITAU UNIBANCO S/A. (Insc. Municipal 094.265-6). A autuação se deveu ao não recolhimento de ISS retido sobre serviços tomados de reforma (subitem 7.05). A recorrente teria ainda permitido deduções indevidas da base de cálculo do tributo, relativas aos materiais aplicados na obra.

Na Impugnação, a autuada sustentou ser correto o abatimento dos materiais empregados na obra. Mencionou o art. 9º do Decreto nº 406/68, parágrafo 2º, alínea "a", que prevê a dedução dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços. Insurgiu-se também contra a multa aplicada, considerada confiscatória e desproporcional.

O FCEA opina pela improcedência da impugnação, defendendo que a legislação municipal não permite o abatimento dos materiais, exceto no caso de mercadorias fornecidas e produzidas pelo prestador fora do local da prestação, sujeitos ao ICMS. Apresenta jurisprudência em favor de sua tese.

A multa questionada seria plenamente proporcional à infração cometida, sendo de aplicação obrigatória pelo fiscal, já que imposta por lei.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/060516/13	16/12/2013		75

Já no presente Recurso, a autuada repisa os mesmos argumentos, contestando os fundamentos da decisão com a alegação de que o STF e o STJ já teriam se posicionado de forma pacífica quanto ao tema.

A Representação Fazendária reconhece que o entendimento das Cortes Superiores é hoje favorável ao pleito do recorrente. Pondera, no entanto, afirmando que o reconhecimento da Repercussão Geral da Matéria pelo STF não teria poder normativo, ou seja, a Administração não estaria obrigada a segui-lo. Defende dessa maneira a manutenção do Auto face ao que determina a lei municipal.

É o relatório.

Entendemos que, como destacou a Representação Fazendária em seu Parecer, a legislação municipal invadiu a competência da Lei Complementar no que se refere à determinação da base de cálculo do tributo ao assim dispor (Art. 80, parágrafo 13 da Lei 2.597/08): Quando se tratar dos serviços alinhados nos subitens 7.02 e 7.05 da lista de serviços, o imposto será calculado sobre o preço do serviço, deste excluído o valor do fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador do serviço fora do local da execução do serviço, desde que devidamente faturadas e com destaque do respectivo ICMS, sendo indedutíveis, independente do que consta do §2º, do artigo 7º, da Lei Complementar Federal nº 116, de 31 de julho de 2003, os materiais adquiridos de terceiros e aplicados na prestação do serviço”

Como se sabe, a definição da base de cálculo dos impostos é matéria reservada à Lei Complementar, consoante art. 146, inciso III, alínea “a” da Constituição Federal.

O Supremo Tribunal Federal, ao julgar o Recurso Extraordinário nº 603.497/MG, reconheceu a repercussão geral da matéria e firmou o entendimento de que os materiais empregados nas obras de construção civil podem ser deduzidos da base de cálculo do ISS. Assim, a tributação deve recair unicamente sobre o valor da mão de obra.

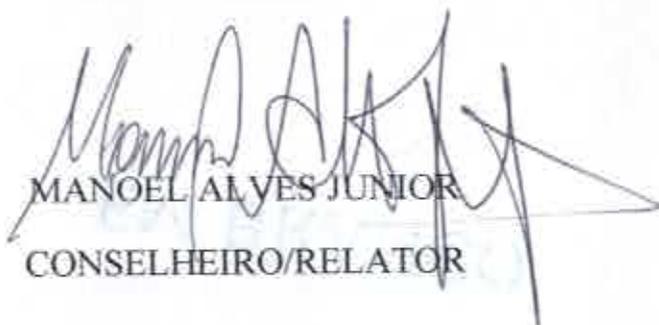
Já o Superior Tribunal de Justiça alinhou-se ao STF, adequando sua jurisprudência ao entendimento da Suprema Corte de nosso país.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/060516/13	16/12/2013	 visão de Mat. 2013/13	

Embora concordemos que a Repercussão Geral não possui o efeito normativo próprio das Súmulas Vinculantes, há que se atentar para o despropósito de se sustentar uma demanda para a qual não se vislumbra possibilidade de êxito, submetendo ainda o município aos custos dela provenientes.

Pelos motivos acima, é o voto pelo conhecimento do recurso e seu provimento, cancelando-se o Auto de Infração nº 571 de 27 de novembro de 2013. Salientamos ainda que, devido ao fato de o recorrente ter retido o tributo, já com as deduções da base de cálculo, mas não ter efetuado o recolhimento, deverá o mesmo ser objeto de nova autuação.

FCCN, em 26 de Julho de 2016.

  
MANOEL ALVES JUNIOR  
CONSELHEIRO/RELATOR



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60516/13	16/12/13		

### **VOTO DIVERGENTE**

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de Primeira Instância que manteve o Auto de Infração nº. 00571, de 27/11/2013, lavrado contra o responsável tributário Banco Itaú Unibanco S/A.

A autuação foi baseado devido no serviço de reforma prestado a uma de suas agências, por conta do abatimento dos materiais utilizados no ISSQN.

Logo, o contribuinte incorreu na sanção prevista no art. 120, inc. II da Lei nº. 2597/08 (Multa fiscal 60%).

Neste caso, o contribuinte não efetuou o recolhimento do tributo nem sobre a obra mão de obra, nem sobre os materiais.

Portanto, apesar da Lei Complementar nº. 116/2003, no seu art. 7º, parágrafo 2º, determinar que sejam deduzidos os materiais adquiridos de terceiros e aplicados na prestação de serviços, o Código Tributário Municipal no seu art. 80, parágrafo 2º os considera indedutíveis.

Nesse sentido, entende-se que o fiscal atuante agiu rigorosamente dentro da Lei Municipal. E de acordo com o que dispõe o art. 142, parágrafo único do Código Tributário Nacional, a atividade do Fiscal de Tributos é vinculada, sendo a observância estrita da lei obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional. Cabe então ao Fiscal tão somente aplicá-la.



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60516/13	16/12/13		79

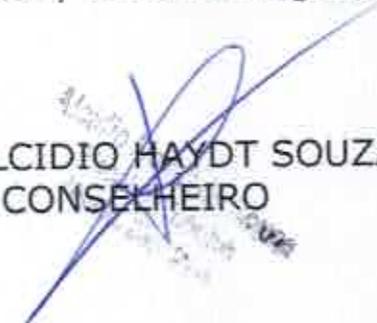
No entanto, não se pode deixar de reconhecer que a jurisprudência tende a contrariar a Lei Municipal, apoiando o abatimento dos materiais aplicados nas obras de construção civil.

Mas, enquanto o STF não proferir decisão vinculante à administração sobre a matéria em tela, entende-se que a Lei Municipal deverá prevalecer, salvo se houver uma instrução normativa respaldando o Fiscal de Tributos a agir diferentemente, para aplicar a Lei nº. 116/2003.

Portanto, nosso voto é pela manutenção do referido Auto de Infração, tendo em vista que o Agente Fiscal agiu totalmente conforme a Lei Municipal, sendo assim, legítima sua peça fiscal.

É o nosso entendimento.

FCCN, em 04 de agosto de 2016.

  
ALCIDIO HAYDT SOUZA  
CONSELHEIRO



**PREFEITURA  
DE NITERÓI**

**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

**PROCESSO Nº. 030/60.516/13**

**DATA: - 28/07/2016**

**CERTIFICO**, em cumprimento ao artigo 38, VIII, do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pelo Decreto nº. 9735/05;

908º SESSÃO

HORA: - 12:00

DATA: 28/07/2016

**PRESIDENTE:** - Carlos Mauro Naylor

**CONSELHEIROS PRESENTES**

1. Julio Cesar Dias Erthal
2. Alcídio Haydt Souza
3. Celio de Moraes Marques
4. Eduardo Sobral Tavares
5. Roberto Pedreira Ferreira Curi
6. Manoel Alves Junior
7. Amauri Luiz de Azevedo
8. Paulino Gonçalves Moreira Leite Filho

**VOTOS VENCEDORES:** - Os dos Membros sob o nºs. (04, 05, 06, 07, 08)

**VOTOS VENCIDOS:** - Dos Membros sob o nºs. (01, 02, 03)

**ABSTENÇÕES:** - Os dos Membros sob os nºs. ( X )

**VOTO DE DESEMPATE:** - SIM ( ) NÃO ( X )

**RELATOR DO ACÓRDÃO:** - Sr. Manoel Alves Junior

FCCN, em 28 de julho de 2016.

Núcleo de Serviços Jurídicos  
Mat. 222.514-9

SECRETARIA

  
**Niterói**  
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

ATA DA 908ª Sessão Ordinária

Data: - 28/07/2016

DECISÕES PROFERIDAS  
Processo 030/60.516/13  
ITAÚ UNIBANCO S/A

RECORRENTE: - Itaú Unibanco S/A  
RECORRIDO: Fazenda Pública Municipal  
RELATOR: Sr. Manoel Alves Junior

**DECISÃO:** - Por cinco (05) votos, contra três (03), foi dado provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, conseqüentemente, cancelando o Auto de Infração nº. 00571, de 27/11/2013, nos termos do voto Relator.

**EMENTA APROVADA**  
**ACÓRDÃO Nº. 1.839/2016**

"Serviço de reforma. Subitem 7.05 da lista de serviços. Dedução da Base de Cálculo do ISS dos materiais aplicados. Imposto retido e não recolhido. Jurisprudência do STF e do STJ favorável às deduções. PROCEDÊNCIA".

FCCN, em 28 de julho de 2016.

  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO  
MUNICÍPIO DE NITERÓI  
PRESIDENTE

Niterói, 28 de julho de 2016



**NITERÓI**

PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**RECURSO: - 030/60516/2013**  
**"ITAÚ UNIBANCO S/A"**  
**RECURSO VOLUNTÁRIO**

Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado, por cinco (05) votos, contra três (03), foi pelo conhecimento do Recurso Voluntário, dando provimento, conseqüentemente, cancelando o Auto de Infração nº. 00571 datado de 27/11/2013, nos termos do voto/Relator.

Face ao exposto, submetemos a apreciação de Vossa Senhoria, nos termos do § 1º do art. 40 do Decreto 10487/09.

FCCN, em 28 de julho de 2016.

  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO  
MUNICÍPIO DE NITERÓI  
PRESIDENTE