



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE. LEI MUNICIPAL DE SÃO VICENTE DO SUL. IMPOSTO SOBRE SERVIÇO. DEFINIÇÃO DE BASE DE CÁLCULO. INVASÃO DE CAMPO RESERVADO À LEI COMPLEMENTAR FEDERAL 116/2003. POSSIBILIDADE DE CONTROLE ABSTRATO.

1. O processo objetivo de controle de constitucionalidade de normas pressupõe que o diploma normativo que lhe serve de objeto afronte direta e imediatamente o parâmetro invocado, constante da Constituição, Estadual ou Federal, o que se verifica na espécie.

2. Caso dos autos em que a antinomia não se dá apenas entre o art. 7º da Lei Complementar Federal 116/03 e o art. 27, §3º, III, da Lei Municipal 3974, ao restringir, da dedução da base de cálculo do ISS, os materiais de construção produzidos pelo prestador fora do estabelecimento. O conflito existe primordialmente em razão de a Lei Municipal adentrar no campo de regulamentação – definição da base de cálculo - reservado pela CRFB à lei complementar federal.

3. A ressalva feita pelo art. 27, §3º, III da Lei Municipal 3974, de que serão excluídos da base de cálculo apenas os materiais produzidos pelo



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

prestador do serviço da construção civil fora do local de prestação de serviço, vai de encontro com a jurisprudência sedimentada acerca da matéria pelos Tribunais Superiores, bem como por este Tribunal. Inconstitucionalidade reconhecida.

**AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE
JULGADA PROCEDENTE. UNÂNIME.**

AÇÃO DIRETA DE ÓRGÃO ESPECIAL
INCONSTITUCIONALIDADE

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-
02.2016.8.21.7000)

SINDICATO DAS INDUSTRIAS DE
CONSTRUCAO CIVIL DE SANTA
MARIA

PROPONENTE

CAMARA MUNICIPAL DE
VEREADORES DE SAO VICENTE DO
SUL

REQUERIDO

MUNICIPIO DE SAO VICENTE DO SUL

REQUERIDO



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

PROCURADOR-GERAL DO ESTADO

INTERESSADO

ACÓRDÃO

Vistos, relatados e discutidos os autos.

Acordam os Desembargadores integrantes do Órgão Especial do Tribunal de Justiça do Estado, à unanimidade, em julgar procedente a Ação Direta de Inconstitucionalidade.

Custas na forma da lei.

Participaram do julgamento, além da signatária, os eminentes Senhores **DESEMBARGADORES LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI (PRESIDENTE), ARISTIDES PEDROSO DE ALBUQUERQUE NETO, ARMINIO JOSÉ ABREU LIMA DA ROSA, VICENTE BARROCO DE VASCONCELLOS, NEWTON BRASIL DE LEÃO, SYLVIO BAPTISTA NETO, JORGE LUÍS DALL'AGNOL, FRANCISCO JOSÉ MOESCH, LUIZ FELIPE BRASIL SANTOS, MARIA ISABEL DE AZEVEDO SOUZA, OTÁVIO**



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

AUGUSTO DE FREITAS BARCELLOS, IRINEU MARIANI, MANUEL JOSÉ MARTINEZ LUCAS, LISELENA SCHIFINO ROBLES RIBEIRO, CARLOS CINI MARCHIONATTI, CARLOS EDUARDO ZIETLOW DURO, ANGELA TEREZINHA DE OLIVEIRA BRITO, IRIS HELENA MEDEIROS NOGUEIRA, MARILENE BONZANINI, PAULO ROBERTO LESSA FRANZ, GELSON ROLIM STOCKER, CATARINA RITA KRIEGER MARTINS, RICARDO TORRES HERMANN E ALBERTO DELGADO NETO.

Porto Alegre, 31 de outubro de 2016.

DES.^a ANA PAULA DALBOSCO,

Relatora.

RELATÓRIO

DES.^a ANA PAULA DALBOSCO (RELATORA)

SINDICATO DAS INDUSTRIAS DE CONSTRUÇÃO CIVIL DE SANTA MARIA ajuíza Ação Direta de Inconstitucionalidade em face do art.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

27, §3º, III da Lei Municipal nº 3143/95, com redação alterada pela Lei Municipal nº 3974/03, do Município de São Vicente do Sul / RS.

Afirma em sua inicial que, sob o pretexto de regulamentar a LC 116/03, o Município de São Vicente do Sul estabeleceu restrição à dedução de materiais de construção, determinando que esta se restringiria àqueles produzidos pelo próprio prestador. Assevera que o legislador municipal extrapolou a competência constitucional que lhe foi delegada, incorrendo em evidente inconstitucionalidade, onerando sobremaneira as empresas de construção civil que não podem deduzir os materiais empregados na obra da base de cálculo do ISS. Aponta ofensa ao princípio da capacidade contributiva e vedação ao confisco. Colaciona precedentes. Requer a concessão de liminar suspendendo os efeitos do ato impugnado e, no mérito, a procedência dos pedidos.

Foi indeferida a liminar.

A Procuradoria-Geral do Estado apresenta defesa da norma impugnada. Afirma que o art. 146, III, "a" da CF/88 remete ao legislador infraconstitucional o regramento dos fatos geradores, bases de cálculo e



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

contribuintes dos impostos previstos na Constituição. Argumenta que a Lei Complementar 116/03 prevê expressamente na sua lista de serviços anexa que o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviço fora do local da prestação dos serviços fica sujeito ao ICMS. Aduz que a discussão travada não pode ser enfrentada em sede de controle abstrato de constitucionalidade, pois acaso violação houvesse, seria em relação à LC 116/03, e em consequência sua análise seria de legalidade e não de constitucionalidade, representando óbice ao conhecimento da matéria. Aponta que a afronta aos princípios da capacidade contributiva e do não confisco somente se poderia admitir diante de carga tributária extraordinariamente elevada e desproporcional em sentido estrito. Requer o julgamento de improcedência do feito.

O Ministério Público manifesta-se pela improcedência do pedido contido na inicial.

É o relatório.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

VOTOS

DES.^a ANA PAULA DALBOSCO (RELATORA)

Eminentes colegas.

Registro o realinhamento do meu voto, ao efeito de julgar procedente o pedido contido na presente ação, acatando a divergência inaugurada pelo Eminentíssimo Desembargador Irineu Mariani.

Primeiramente, reconhece-se a legitimidade ativa do proponente, havendo pertinência temática entre as prerrogativas inerentes ao Sindicato que representa a categoria econômica dos industriários da construção civil com base territorial que abrange o Município de São Vicente do Sul (arts. 1º e 2º do Estatuto do SINDUSCON anexo) e a legislação municipal invocada, que tem por objeto matéria tributária, relativa à base de cálculo do Imposto sobre Serviços – ISS – incidente sobre as atividades desempenhadas pelos representados.

Na espécie, cumpre analisar a constitucionalidade de dispositivo contido na Lei Municipal 3143/95, de São Vicente do Sul, a



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

qual, nas palavras do proponente, sob o pretexto de regulamentar a Lei Complementar Federal nº 116/03, teria estabelecido indevida restrição à dedução de materiais de construção, determinando que esta se limitaria àqueles produzidos pelo próprio prestador do serviço.

Assevera que o legislador municipal extrapolou a competência constitucional que lhe foi delegada, onerando sobremaneira as empresas de construção civil que não podem deduzir os materiais empregados na obra da base de cálculo do ISS.

O preceito legal impugnado contém o seguinte teor:

Art. 27 – A base de cálculo do ISS é o preço do serviço.

(...).

§3º - Não se inclui na base de cálculo do ISS:

I - O valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista, **desde que se trate de mercadorias produzidas pelo próprio prestador fora do local da prestação dos serviços.**



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

III – O valor das sub-empreitadas, já tributadas pelo Imposto, referentes às obras constantes dos subitens 7.02 e 7.05 da Lista de Serviços.

Por outro lado, a referida Lei Complementar Federal nº 116/03, em atenção ao disposto nos arts. 146 e 156, III, da CRFB¹, instituiu

¹ Art. 146. Cabe à lei complementar:

I - dispor sobre conflitos de competência, em matéria tributária, entre a União, os Estados, o Distrito Federal e os Municípios;

II - regular as limitações constitucionais ao poder de tributar;

III - estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, especialmente sobre:

a) definição de tributos e de suas espécies, bem como, em relação aos impostos discriminados nesta Constituição, a dos respectivos fatos geradores, bases de cálculo e contribuintes;

b) obrigação, lançamento, crédito, prescrição e decadência tributários;

c) adequado tratamento tributário ao ato cooperativo praticado pelas sociedades cooperativas.

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

princípios norteadores da regulamentação do ISS, dentre os quais a determinação de dedução dos materiais empregados nas obras de construção civil, conforme previsto no seu art. 7º, §2º, I:

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;

Do cotejo dos dispositivos, afirma o proponente que a Lei Municipal teria adentrado em regulamentação cuja disciplina a

(...)

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar. ([Redação dada pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993](#))



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Constituição reservou à Lei Complementar Federal, do que adviria a apontada mácula de validade.

Socorre razão ao proponente.

Depreende-se das próprias razões postas na inicial que a inconformidade consignada pelo Sindicato diz com a apontada afronta, pelo diploma local, do quanto disposto na Lei Complementar invocada, no ponto em que esta prevê, sem restrições, a dedução da base de cálculo dos materiais fornecidos pelo prestador do serviço, enquanto aquela afasta a dedução apenas dos materiais produzidos fora do estabelecimento do fornecedor.

Como se vê, a lei municipal adentrou, efetivamente, campo de regulamentação reservado expressamente pela CRFB à Lei Complementar Federal, do que advém invasão de competência legislativa.

Assim, não se trata de verificar se Lei Municipal feriu simplesmente o disposto na Lei Complementar Federal – do que adviria afronta meramente indireta à Constituição – mas sim constatar que, em



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

verdade, a Lei Municipal discutida imiscuiu-se em temática reservada pelo Texto Constitucional àquele veículo normativo próprio.

Disto decorre que a própria Constituição Federal, e por simetria, a Estadual, são o parâmetro básico de análise da constitucionalidade da norma municipal reputada violadora, o que autoriza o percurso da jurisdição constitucional.

Quanto à questão de fundo – como bem salientado pelo voto do Eminentíssimo Des. Irineu Mariani na sessão de julgamento em que pautado o presente processo – o art. 27, § 3º, da Lei Municipal vergastada exclui da base de cálculo do ISS o valor dos **materiais fornecidos pelo prestador dos serviços** previstos nos itens 7.02 e 7.05 da Lista, "*desde que se trate de mercadorias produzidas pelo próprio prestador fora do local da prestação dos serviços.*"

Verifica-se, do teor do dispositivo legal que se operou a exclusão da base de cálculo apenas dos **materiais produzidos pelo contratado, mas não os fornecidos.**



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

No ponto, contudo, há de se registrar que o Supremo Tribunal Federal já dirimiu a contento a questão, inclusive reconhecendo a repercussão geral da matéria, afirmando que para a exclusão da base de cálculo do ISS é suficiente que o material seja fornecido pelo contratado, independentemente de ter ou não sido por ele produzido.

Veja-se o precedente, de relatoria da Em. Ministra Ellen Grace:

EMENTA: 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, DJe-081 DIVULG 06-05-2010 PUBLIC 07-05-2010 EMENT VOL-02400-08 PP-01639) (grifos meus)

No mesmo norte, colaciono jurisprudência do Supremo Tribunal Federal:



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

RECURSO EXTRAORDINÁRIO COM AGRAVO (LEI Nº 12.322/2010) – IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – BASE DE CÁLCULO – DEDUÇÃO DOS VALORES DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL – POSSIBILIDADE – REPERCUSSÃO GERAL DA MATÉRIA QUE O PLENÁRIO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL RECONHECEU NO JULGAMENTO DO RE 603.497-RG/MG, REL. MIN. ELLEN GRACIE – REAFIRMAÇÃO, QUANDO DA APRECIÇÃO DE MENCIONADO RECURSO, DA JURISPRUDÊNCIA QUE O SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL FIRMOU NO EXAME DESSA CONTROVÉRSIA – RECURSO DE AGRAVO IMPROVIDO. (ARE 958421 AgR, Relator(a): Min. CELSO DE MELLO, Segunda Turma, julgado em 02/08/2016, PROCESSO ELETRÔNICO DJe-178 DIVULG 22-08-2016 PUBLIC 23-08-2016)

AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO EXTRAORDINÁRIO. TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - ISS. MATERIAIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS E DE SUBEMPREITADAS. RECEPÇÃO DO ART. 9º DO DECRETO-LEI N. 406/68 PELA CONSTITUIÇÃO DA REPÚBLICA. PRECEDENTES. IMPOSSIBILIDADE DE INOVAÇÃO DE FUNDAMENTO. AGRAVO REGIMENTAL AO QUAL SE NEGA PROVIMENTO (RE Nº 431.891-AgR-mg, Relatora: Min. CÁRMEN LÚCIA, Primeira Turma, julgado em 20/10/2009, DJe-218 DIVULG 19/11/2009, PUBLIC 20/11/2009)



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Da mesma forma, o posicionamento do Superior Tribunal de Justiça:

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. ISS. MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO STF E DO STJ. AGRAVO NÃO PROVIDO.

1. "Alinhada à orientação firmada pelo Supremo Tribunal Federal, a jurisprudência desta Corte reconhece a legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços (ISS)" (AgRg no EAREsp 113.482/SC, Primeira Seção, Rel. Min. DIVA MALERBI, Desembargadora convocada do TRF da 3ª Região, DJe 12/3/13).
2. Agravo regimental não provido.

PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO DE INSTRUMENTO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO DOS MATERIAIS EMPREGADOS E DAS SUBEMPREITADAS. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL.

1. O STF, por ocasião do julgamento do RE 603.497-MG, Relª Minª Ellen Gracie, DJ de 16-9-2010, reconheceu a



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

repercussão geral sobre o tema, consoante regra do art. 543-B, do CPC, e firmou entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.

2. No mesmo sentido, o Min. Carlos Ayres Britto, no Agravo Regimental no RE 599582-RJ, DJ de 29-6-2011, assentou: "*A jurisprudência do STF é firme no sentido de que o art. 9º do DL 406/68 foi recepcionado pela CF/88. Pelo que é possível a dedução da base de cálculo do ISS dos valores dos materiais utilizados em construção civil e das subempreitadas.*"

3. Este Tribunal já emitiu pronunciamento respaldado na linha de pensar adotada pela Corte Suprema. Confira-se: REsp. 976486-RS, Rel. Min. Teori Albino Zavascki, DJ de 10-8-11, e AgRg no AgRg no REsp 1228-MG, Rel. Min. Humberto Martins, DJ de 1º-9-11.

4. Agravo regimental não provido.

(STJ, 1ª Turma, AgRg no AgRg no Ag 1410608-RS, Rel. Min. Benedito Gonçalves, DJe 21-10-11).

TRIBUTÁRIO. ISS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS VALORES GASTOS COM MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. MATÉRIA RECONHECIDA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. PRECEDENTES.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

1. "Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, 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. Agravo regimental desprovido." (AgRg no AREsp 409.812/ES, Rel. Ministro ARI PARGENDLER, PRIMEIRA TURMA, DJe 11/04/2014) 2. Precedentes: AgRg no REsp 1.370.927/MG, Rel. Ministro Arnaldo Esteves Lima, Primeira Turma, DJe 12/09/2013; EDcl no AgRg no REsp 1.189.255/RS, Rel. Ministro Napoleão Nunes Maia Filho, Primeira Turma, DJe 05/11/2013; AgRg no REsp 1.360.375/ES, Rel. Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, DJe 13/09/2013.

3. Agravo regimental a que se nega provimento.

(AgRg no AREsp 520.626/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, julgado em 05/08/2014, DJe 13/08/2014) (grifos meus)

TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAIS DEDUZIDOS DA BASE DE CÁLCULO DO ISS. MATÉRIA RECONHECIDA EM REPERCUSSÃO GERAL PELO STF. PRECEDENTES. ACÓRDÃO RECORRIDO EM SINTONIA COM A JURISPRUDÊNCIA DO STJ.

1. Após oscilações no entendimento, alinhada à orientação firmada pelo STF no recurso extraordinário n. 603.497/MG,



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

a jurisprudência do STJ reconhece a legalidade da dedução do custo dos materiais empregados na construção civil da base de cálculo do imposto sobre serviços (ISS). Precedente mais recente: AgRg no AREsp 409.812/ES, Rel. Ministro Ari Pargendler, Primeira Turma, DJe 11/04/2014.

2. Agravo regimental não provido.

(AgRg no REsp 1217401/SP, Rel. Ministro BENEDITO GONÇALVES, PRIMEIRA TURMA, julgado em 08/05/2014, DJe 26/05/2014).

Ainda, precedentes desta Corte:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO MUNICIPAL. ISS. BASE DE CÁLCULO. CUSTO DO MATERIAL DE CONSTRUÇÃO. EXCLUSÃO. TRIBUTAÇÃO COMUM. RESTITUIÇÃO DO INDÉBITO. 1. **ISS. Construção civil. Inclusão do custo do material de concretagem na base de cálculo. Exegese dada pelo STF ao art. 9º, § 2º, do dl 406/68, e ao art. 7º, § 2º, da LC 116/03, à luz do art. 146, III, "a", da CF, o fazendo pelo sistema de repercussão geral (RE 603497), no sentido da exclusão da base de cálculo do ISS tanto do material fornecido quanto do produzido pelo contratado ou prestador do serviço.** 2. O ISS cobrado na forma comum é tributo indireto; logo, depende de prova de que o contribuinte suportou o encargo financeiro ou de



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

que está autorizado pelo tomador do serviço a postular a restituição (CTN, art. 166), prova essa no caso inexistente. Orientação do STJ. 3. Apelação provida em parte e, no mais, sentença confirmada em remessa necessária conhecida de ofício. (Apelação Cível Nº 70066468992, Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Irineu Mariani, Julgado em 19/07/2016).

APELAÇÃO CÍVEL E REEXAME NECESSÁRIO. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREITADA GLOBAL. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO DOS MATERIAIS FORNECIDOS OU PRODUZIDOS PELA PRESTADORA DO SERVIÇO. POSSIBILIDADE. Em tratando de prestação de serviços previstos no item 7.02 e no item 7.05 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/03, a base de cálculo do ISS é o preço do serviço, **isto é, com a exclusão dos materiais e equipamentos empregados nas obras de construção civil, fornecidos/produzidos pelo prestador dos serviços (como, aliás, já constava do Decreto-Lei nº 406/68, art. 9º, § 2º, a , na redação original da sua Lista Anexa)**. Aplicação do RE nº 603497-RG/MG, apreciado pelo Supremo Tribunal Federal em sede de repercussão geral. Precedentes do STJ e desta Corte. APELAÇÃO DESPROVIDA. SENTENÇA CONFIRMADA EM REMESSA NECESSÁRIA. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70070617592, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Ricardo Torres Hermann, Julgado em 22/09/2016).



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAIS. BASE DE CÁLCULO. REPETIÇÃO DE INDÉBITO. **1. A base de cálculo do ISS é o preço do serviço, sendo vedadas deduções não previstas em lei. Na prestação de serviços de construção civil, o preço dos materiais utilizados pode ser deduzido.** Comprovado o pagamento a maior, impõe-se sua restituição. Precedentes do STF e do STJ. 2. O deferimento do pedido sucessivo importa sucumbência recíproca. Hipótese em que o embargante requereu a extinção da execução e foi deferido o pedido sucessivo para reconhecer apenas excesso de execução. Negado seguimento aos recursos. (Apelação Cível Nº 70063009922, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Maria Isabel de Azevedo Souza, Julgado em 19/12/2014).

ELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. CONSTRUÇÃO CIVIL. ISS. BASE DE CÁLCULO. EXCLUSÃO DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA. DEFINIÇÃO PELO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. **O Supremo Tribunal Federal definiu a exclusão, da base de cálculo do ISS, de valores relativos a materiais empregados na obra, na esteira do decidido no RE n.º 603.497-MG, submetido a repercussão geral.** APELAÇÃO PROVIDA. (Apelação Cível Nº 70059936096, Vigésima Primeira Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marcelo Bandeira Pereira, Julgado em 18/03/2015).



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

Assim, tendo em vista que a Lei Municipal violou o disposto no art. 146, III, "a" da CRFB e 156, III, simetricamente aplicáveis ao Estado por força do art. 8º da CERS, regulamentando a base de cálculo do tributo, matéria cuja competência é reservada à Lei Complementar Federal, é inconstitucional o diploma objurgado.

Ante o exposto, voto pela **PROCEDÊNCIA** do pedido contido na presente ação direta de inconstitucionalidade, retirando-se do ordenamento jurídico a expressão constante do art. 27, §3º, I, da Lei Municipal nº 3974, *in verbis*, "desde que se trate de mercadorias produzidas pelo próprio prestador fora do local da prestação dos serviços."

DES. IRINEU MARIANI – Quanto à **legitimidade do Sindicato**, de acordo com a eminente Relatora.

Já quanto ao **mérito**, elaborei voto divergente no sentido da procedência, porém, diante dos votos coletados nesse sentido, a eminente relatora, em respeito ao pensamento que se formou na Corte, está



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

reconsiderando o voto originário de improcedência, isto é, Sua Excelência adere ao **juízo de procedência**.

Assim sendo, meu voto deixa de ser divergente, passando a ser convergente, de sorte que, no Acórdão, sempre que os Colegas referem adesão ao meu voto, na realidade, também estão aderindo ao da eminente Des.^a Ana Paula pela procedência.

Diante do ocorrido, poderia dizer apenas “de acordo”, no entanto, mesmo assim, permito-me algumas considerações.

Não há dúvida de que a crise acontece no **âmbito infraconstitucional**.

O problema está em que o art. 27, § 3º, da Lei Municipal, exclui da base de cálculo do ISS o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços, previsto nos itens tais e tais da lista “desde que” – e aqui está o problema – “se trate de mercadorias produzidas pelo próprio prestador fora do local da prestação dos serviços”.

Dessarte, há material **fornecido** pelo contrato e material **produzido** pelo contratado. São situações diferentes.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

A exclusão da base de cálculo abrange apenas o material **produzido** pelo contratado, que é o que dispõe a lei.

Acontece que o STF, interpretando o art. 146, III, alínea *a*, da Constituição Federal, reconheceu, pelo sistema de repercussão geral, que, para a exclusão da base de cálculo do ISS, basta que o material seja **fornecido** pelo contratado. Não precisa ser **produzido** pelo contratado. Descabe, ao fim específico, distinguir entre material fornecido e produzido pelo contratado.

Por isso, resumidamente, a inconstitucionalidade da lei municipal do § 3º do art. 27 da LM na parte que diz "*desde que se trate de mercadorias produzidas pelo próprio prestador fora do local da prestação dos serviços*".

É o voto.

DES. FRANCISCO JOSÉ MOESCH - Estou de acordo com a Relatora.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

No presente caso, o proponente pretende ver declarada a inconstitucionalidade do art. 27, §3º, I, da Lei Municipal nº 3.143/95, com redação alterada pela Lei Municipal nº 3.974/03, do Município de São Vicente do Sul / RS, que restringiu a dedução da base de cálculo do ISS aos materiais de construção produzidos pelo prestador fora do estabelecimento.

Não tendo a Lei Complementar nº. 116/2003, a que compete estabelecer normas gerais em matéria de legislação tributária, realizado distinção entre material fornecido e material produzido, entendo que a Lei Municipal, ao fazê-lo, extrapola sua função, em evidente violação das normas constitucionais.

Assim, voto pela procedência da ação.

DES. RICARDO TORRES HERMANN

Acompanho o voto da e. Relatora, com os acréscimos do voto do Desembargador Irineu Mariani.

Em face do exposto, voto no sentido de julgar procedente o pedido deduzido na ação direta de inconstitucionalidade.



@ (PROCESSO ELETRÔNICO)

APD

Nº 70069029361 (Nº CNJ: 0113130-02.2016.8.21.7000)

2016/CÍVEL

**TODOS OS DEMAIS DESEMBARGADORES VOTARAM DE ACORDO COM A
RELATORA.**

DES. LUIZ FELIPE SILVEIRA DIFINI - Presidente - Ação Direta de
Inconstitucionalidade nº 70069029361: "À UNANIMIDADE, JULGARAM
PROCEDENTE A AÇÃO DIRETA DE INCONSTITUCIONALIDADE."