



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 95

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

RECURSO VOLUNTÁRIO

NOTIFICAÇÃO DE LANÇAMENTO N 53546

VALOR TOTAL DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO: R\$1.100,21

RECORRENTE: MBR ENGENHARIA E CONTRUES LTDA

RECORRIDO: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL

Senhor Presidente e demais membros do Conselho de Contribuintes:

I.1 – Síntese dos Fatos

Trata-se de recurso administrativo contra decisão de primeira instância (fl. 60) que indeferiu a impugnação ao lançamento do ISS relativo à competência de julho a dezembro de 2014, incidente e devido em Niterói, referente à prestação de serviços de construção civil, tipificados no subitem 07.02 da lista de serviços constante do Anexo III da Lei Municipal n 2.597/2008.

Foram constatados, na ocasião, em todas as NF-es emitidas no período fiscalizado, reiterados abatimentos da base de cálculo, em média a cinquenta por cento do total, à título do custo de materiais aplicados nas obras, mas adquiridos de terceiros pelo prestador, a contrário senso do disposto no art. 80, parágrafo 13, da Lei Municipal n 2597/2008, com redação da Lei Municipal n 2.678/2009, vigente à época da ocorrência dos fatos geradores.

Na dicção do dispositivo, esses materiais seriam indedutíveis da base de cálculo do imposto. Dessa forma, tais valores foram repostos na base de cálculo e cobrados como constam na planilha anexa ao auto de infração.

A recorrente apresentou impugnação, em 15/01/2018, às págs. 10/20, arguindo que:



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 96

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

- Houve cerceamento de defesa pois não estaria claro, no Auto de Infração, a que se refere a dedução de base de cálculo relatada no Auto de Infração, nem quais notas deram origem aos valores devidos, ou onde foram realizados os fatos geradores do ISS.
- Alega que não há uma clara descrição circunstanciada do fato punível ou dos fatos que justifiquem a exigência do tributo.
- Que o ponto central da discussão seria a impossibilidade de exclusão do material utilizado na obra da base de cálculo do ISS.
- Que o STF, no julgamento do Recurso Extraordinário n 603.497, com repercussão geral, pacificou a questão, teria decidido pela possibilidade de dedução dos valores dos materiais, **independente destes terem sido produzidos pela prestadora ou adquirido de terceiros;**
- Que o STF definiu que, se a empreiteira produz insumos no próprio local da execução da obra, este insumo estaria contido na prestação de serviço e sujeito ao ISS; no entanto, se a empreiteira produz fora do local da obra, incidiria ICMS.
- Que insumos adquiridos por terceiros pela empreiteira não estariam sujeitos nem ao ISS, nem ao ICMS.
- Que o parágrafo 1º, do art. 10, do Decreto 11.089/2012, ao fixar regras para arbitramento do ISS Obras, prevê, em casos, específicos, a redução da base de cálculo do ISS em 50% do seu valor normal; e que tal dispositivo legal, alegadamente, existiria para reduzir o custo, de forma estimada, do material aplicado na obra;
- Que os Fiscais de Renda, quando da homologação do ISS de obra, ao aceitarem a apresentação de Notas Fiscais Modelo1, referentes aos materiais empregados, para abatimento na base de cálculo do ISS, teriam criado uma norma auto aplicativa.



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 97

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

- Que o art. 100 do CTN dispõe que as práticas reiteradamente observadas pelas autoridades administrativas são normas complementares das leis tributárias.

- Que mesmo sem previsão legal, o impugnante teria direito, então, de abater todo material aplicado na obra.

-Por fim, requereu a improcedência do lançamento.

Não houve manifestação do auditor fiscal autuante.

Posteriormente, os autos foram encaminhados ao FCEA para elaboração de parecer.

Na oportunidade, o eminente parecerista esclareceu, em manifestação anexada à fl. 31/43 o seguinte:

- Que não deveria prosperar a alegação de cerceamento de defesa, porquanto fora relatado, pelo fiscal autuante, que o valor do ISSQN devido pelo contribuinte fora apurado com base nas informações e dados colhidos nos livros, documentos e demonstrativos contábeis do autuado (diários, balancetes de verificação, DRE's, balanços e as emissões de notas fiscais no sistema WebISS), examinados durante a ação fiscal.

- Ademais, informou que no AI constava expressamente o número do processo de ação fiscal (030029161/2017), do qual o contribuinte poderia solicitar uma cópia de inteiro teor.

-Sobre a alegação de que não haveria uma clara descrição circunstanciada do fato punível, ou dos fatos concretos que justificassem a exação, informou que seria possível, através do relato realizado pelo FT no Auto de Infração, constatar que o contribuinte foi cientificado de que foi autuado por realizar abatimentos na base de cálculo do ISS relativos a materiais aplicados nas obras. A título de exemplificação, mencionou a NF 2014/28 (fl.05), em que conta a dedução de R\$11.839,77 da base de cálculo do ISS



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 98

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

correspondente a “material e equipamentos”. Portanto, o impugnante teve claro conhecimento do motivo da exação.

- Que o AI indica todos os elementos necessários sua a formalização indicados no art. 142 do CTN.

- Que não houve cerceamento de defesa.

- Que, no mérito, o art. 80, parágrafo 13º, do CTM, determinava, a época dos fatos, com a redação dada pela Lei nº 2.628, publicada em 31/12/08, vigente de 01/01/09 a 30/12/16): que:

*Art. 80. A base de cálculo do Imposto é o preço do serviço.
(Redação dada pela Lei nº 2.628, publicada em 31/12/08,
vigente a partir de 01/01/09).*

*“§ 13. 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 55 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.**”*

- Adicionou que, o art. 65, caput, e o item 7, subitem 7.02 do Anexo III do CTM, assim estabelecem:

Art. 65. O imposto sobre serviços de qualquer natureza tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 99

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

lista do Anexo III, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador

ANEXO II

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, terraplenagem, 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).

-Destacou que a dedução de materiais prevista na legislação municipal compreende apenas materiais produzidos pelo prestados de serviços fora do local da obra, que estão sujeitos ao ICMS, e, portanto, os materiais apenas fornecidos pelo prestador não poderiam ser deduzidos da base de cálculo do ISSQN, mesmo que consignados nas notas fiscais de serviços emitidas pela empresa.

- Da mesma forma, equipamentos, que nem ao menos podem ser considerados materiais, não podem ser deduzidos da base de cálculo do ISSQN.

- Que a LC 116/2003 estabelece que:

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:



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 100

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

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;

-Em relação ao julgamento do RE n 603.497, elucida que tal decisão fora proferida monocraticamente, ainda não havia transitado em julgado, e se referia a fatos ocorridos na vigência do Decreto-Lei n 406/66, logo, anteriores à LC 116/2003. Ademais, tal RE teve como premissa a recepção do disposto no art. 9º, parágrafo 2º, alínea “a”, do DL no 406/68.

- Que a posição do STJ, sob a luz da LC 116/2003, é no sentido da impossibilidade dedução de materiais empregados pelo prestador, se não produzidos fora do local em que são prestados os serviços.

-Que, à impugnante, caberia o ônus de comprovar quais materiais foram empregados na prestação dos serviços, o que não ocorreu.

A impugnação apresentada pelo contribuinte foi, então, julgada improcedente, em decisão de fl. 44, que acolheu o parecer de fls. 31/43.

O contribuinte, em 06/04/2018, apresentou Recurso Voluntario contra decisão de primeira instância à fl. 51/81, cuja análise se dará a seguir.

1.2– Das alegações recursais

Em seu Recurso Voluntário, o contribuinte alegou, resumidamente:

- Que o Decreto Lei n 406/1968 já fixava norma geral de que a base de cálculo do ISS seria o preço do serviço, não se incluindo, nesse preço, os valores de materiais adquiridos pelas empreiteiras nas obras de construção civil.



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 101

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

-Que a LC 116/2003 igualmente fixa regra em seu art. 7º, parágrafo 2º, que, quanto aos itens de serviços 7.02 e 7.05 descritos na lista anexa, não se incluem na base de cálculo do ISS valores de materiais fornecidos pelo prestador.

- Que o STF, por ocasião do julgamento do RE 603/497, reconheceu a repercussão geral sobre o tema, firmando entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS nos materiais empregados na construção civil

- Que o art. 7º da LC 116/2003 determina expressamente que não se inclui na base de cálculo do ISS o valor dos materiais fornecidos pelo prestador.

- Que, portanto, o valor da base de cálculo do ISS seria apenas o valor da prestação de serviços, excluindo-se qualquer material fornecido pelo prestados, uma vez que esses já seriam tributados pelo ICMS.

- Que a inclusão de mercadorias na base de cálculo do ISS causaria dupla tributação, pelo ISS e pelo ICMS.

- No mais, reitera alegações apresentadas em sua impugnação acerca da suposta ocorrência de cerceamento de defesa.

II – Da análise recursal

II.1 – Preliminarmente, da tempestividade do Recurso apresentado.

Antes de adentrarmos no mérito recursal, verifica-se que o A.R. referente à carta de ciência da decisão de primeira instância foi emitida em 01/03/2018, (fls.49).

Portanto, conclui-se ser tempestivo o Recurso Voluntário apresentado em 06/04/2018.

II.2 Do mérito:

II.2.1 Da inoccorrência de cerceamento de defesa:



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 102

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

Não deve prosperar a alegação de cerceamento de defesa apresentada pelo recorrente, porquanto fora relatado, pelo fiscal atuante, que o valor do ISSQN devido pelo contribuinte foi apurado **com base nas informações e dados colhidos nos livros, documentos e demonstrativos contábeis do autuado** (diários, balancetes de verificação, DRE's, balanços e as emissões de notas fiscais no sistema WebISS), examinados durante a ação fiscal.

Ademais, informa que no AI consta expressamente o número do processo de ação fiscal (030029161/2017), do qual o contribuinte poderia solicitar uma cópia de inteiro teor.

Adicionalmente, **é bom frisar que todas as NFS-es emitidas nas competências mencionadas no Auto de Infração continham deduções indevidas e fazem parte do Auto de Infração.**

Para uma análise detalhada dos documentos fiscais, basta que o contribuinte abra seu Livro Fiscal Eletrônico, disponível portal do sistema emissor de NFS-e, www.nfse.niteroi.rj.gov.br.

Frise-se que o Livro Fiscal Eletrônico foi criado pelo art. 31 Decreto nº 12.938/2018 – Pub. 04/05/2018, que dispõe sobre a Nota Fiscal de Serviços eletrônica – NFS-e, a Declaração de Serviços Tomados e demais obrigações acessórias correlatas:

Seção IV – Do Livro Fiscal Eletrônico

Art. 31. O sistema gera eletronicamente o Livro Fiscal Eletrônico, sendo dispensada sua impressão, encadernação, autenticação e guarda.

Antes da edição da referida legislação, o contribuinte poderia realizar a mesma consulta através do, hoje extinto, sistema Webiss, de acordo com Resolução SMF nº 02, de 20 de outubro de 2011. (Pub. no DO de 22/10/2011), que, em seu art. 3º, estipulava a obrigatoriedade de cadastro no referido sistema para emissores de Nota Fiscal:



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 103

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

Art. 3º Os contribuintes obrigados à emissão de nota fiscal de serviços poderão fazê-lo a partir de 1º de novembro de 2011, na modalidade Nota Fiscal de Serviços eletrônica – NFS-e, por meio da Internet, no endereço eletrônico www.niteroi.rj.gov.br ou www.webiss.com.br/rjniteroi, através do Sistema WebISS, mediante a utilização de senha e login fornecidos aos contribuintes durante o procedimento de cadastramento eletrônico.

Parágrafo único. **A partir de 1º de janeiro de 2012, é obrigatória a emissão da Nota Fiscal de Serviços eletrônica – NFS-e**, não sendo mais admitida a emissão de notas fiscais por qualquer outro meio.

Adicionalmente, dispunha o art. 23, parágrafo 3º, do Decreto Nº 10.767/2010 – Pub. 23/07/10., vigente à época da lavratura do Auto de Infração:

Art. 23. O prestador de serviços estabelecido no Município receberá senhas de acesso ao Sistema de ISSQN para emissão das Notas Fiscais eletrônicas Inteligentes após efetivação da sua inscrição no Cadastro eletrônico de Contribuintes - CeC, realizado através da página do Município na internet e entrega dos seguintes documentos à Secretaria Municipal de Fazenda, situada na Rua da Conceição nº 100, Centro– Niterói – CEP: 24020-082, pessoalmente ou por via postal registrada:

(...)

§ 3º Com a identificação e a senha o contribuinte poderá acessar o Sistema de ISSQN e consultar, dentre outras informações, a lista



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 104

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

de todas as Notas Fiscais eletrônicas Inteligentes – NFel por ele emitidas.

Prosseguindo, consultando o Livro Fiscal do contribuinte, verifica-se que todas as NFs-es emitidas para nas competências indicadas no AI continham deduções indevidas.

No período fiscalizado pelo presente Auto de Infração, foram duas as NFS-es emitidas com tributação para Niterói:

Competência	Nota	Tomador	Valor da nota	Deduções	Base de Cálculo	Alíquota
jul/14	2014/12	BK BRASIL	3.500,00	1.400,00	2.100,00	3%
dez/14	2014/28	BANCO BRADESCO S/A	23.679,54	11.839,77	11.839,77	3%

Resta claro, portanto, que o contribuinte teve acesso a todos os dados necessários para esclarecer o lançamento tributário, sem maiores dificuldades.

Por fim, em relação aos requisitos para formalização do AI, o art. 142 do CTN e o art. 16 do Decreto nº 10.487/09 prescreve que:

“Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável,



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 105

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.”

“Art. 16. O auto de infração e a notificação de lançamento serão lavrados por servidor competente, contendo obrigatoriamente:

I - a qualificação do autuado ou intimado;

II - o local, a data e hora de sua lavratura ou de sua emissão;

III - a descrição circunstanciada dos fatos que justifiquem a exigência de tributos ou multas;

IV - a disposição legal infringida ou justificadora da exigência do tributo;

V - o valor do tributo reclamado;

VI - os prazos de recolhimento do débito com as reduções previstas em lei ou regulamento, se houver;

VII - o prazo para defesa ou impugnação;

VIII - a assinatura e matrícula do servidor, seu cargo ou função.

Parágrafo único. A notificação de lançamento emitida por processo eletrônico prescinde da assinatura.”

Assim, cumpre observar que todos os elementos exigidos pelos dispositivos normativos supratranscritos estão indicados no AI.

II.2 Do julgamento do Recurso Extraordinário 603.497, com repercussão geral:

Conforme bem esclarecido no parecer FCEA de fls. 31/43, o Supremo Tribunal Federal (STF), através decisão relatada pela ex-Ministra Ellen Gracie, em sede de Recurso Extraordinário (RE nº 603.497), com repercussão geral, que:



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 106

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

“A hipótese dos autos versa sobre a constitucionalidade da incidência do ISS sobre materiais empregados na construção civil. O acórdão(recorrido) 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.

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.;** (STF - RE: 603497 MG, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 18/08/2010, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 15/09/2010 PUBLIC 16/09/2010)

No entanto, em relação à decisão em epígrafe, deve-se tecer alguns esclarecimentos que vão além do que se pode extrair da simples leitura da ementa.

Primeiramente, verifica-se que o julgado refere-se a fatos geradores ocorridos na vigência do Decreto-Lei nº 406/68, anteriormente, portanto, à LC nº 116/03;

Ademais, o cerne de tal julgamento fora a questão da recepção do disposto no art. 9º, § 2º, alínea “a”, do DL nº 406/68 pela CF/88, questão esta que há muito já havia



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 107

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

sido decidida pelo STF no sentido de que o **dispositivo em questão não tratava de isenção heterônoma**, mas sim de definição da base de cálculo do ISS e que, portanto, não feria a CF/88;

Tanto é, que, como consequência do julgado, foi fixada a seguinte **tese (tema 247 da repercussão geral)**:

“O art. 9º, § 2º, do DL nº 406/1968 foi recepcionado pela ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988”

Verifica-se, outrossim, que, os precedentes citados na decisão referem-se apenas a **recepção ou não do art. 9º, § 2º, do DL 406/68 pela Constituição Federal de 1988**, ou seja, ali só ficou decidido a possibilidade de se **deduzir algum material da base de cálculo** do ISS Obras, pois havia uma linha de pensamento, a época, no sentido de que se trataria de isenção heterônoma, **sendo, portanto, vedado qualquer tipo de dedução**.

Veja-se a seguir elucidativos trecho do inteiro teor do julgado (RE 603.497):

“Como a LC nº 116/2003 veiculou preceitos idênticos, em seus aspectos essenciais, àqueles do DL nº 406/1968, **subsiste a divergência interpretativa quanto ao real alcance da autorização para dedução** de materiais na base de cálculo do ISS pago pelos serviços de construção civil.

A **solução dessa divergência está a cargo do Superior Tribunal de Justiça**, no desempenho da sua função constitucional de



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 108

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

preservar a autoridade e uniformizar a interpretação das leis federais (art. 105, III, a e c, da CF).

A propósito, o STJ editou a Súmula **167**, consolidando o seu entendimento de que **o fornecimento de concreto, para construção civil, caracteriza prestação de serviço, sujeitando-se à incidência do ISS**, e não do ICMS: *“O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS.”*

Essa súmula é relevante para o deslinde do processo em foco, (...)

Pois bem, firmada a premissa de que o serviço de concretagem está sujeito ao ISS, o STJ passou a enfrentar a questão relativa à base de cálculo e, especificamente, ao direito à dedução dos valores gastos com materiais, conferindo-lhe resposta negativa: (...)

TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONSTRUÇÃO CIVIL. CONCRETAGEM. MATERIAIS EMPREGADOS. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA N.º 167/STJ.

A base de cálculo do ISSQN é o custo do serviço em sua totalidade, motivo pelo qual não se deduz de sua base de cálculo o valor dos materiais utilizados na produção de concreto pela prestadora de serviço, tanto mais que, nos termos da Súmula n.º 167/STJ, sujeitam-se referidas empresas à tributação exclusiva do ISSQN, verbis: “O fornecimento de concreto, por empreitada, para construção civil, preparado no trajeto até a obra em



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 109

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

betoneiras acopladas a caminhões, é prestação de serviço, sujeitando-se apenas à incidência do ISS" Agravo regimental desprovido.

(AgRg no REsp 1050405/MG, Primeira Turma, Rel. Ministro Luiz Fux, julgado em 07/05/2009)

(...)

Essa exegese é restritiva, mas não se mostra ofensiva à Constituição da República. Implica a aplicação do art. 9, § 2º, a, do DL 406/1968 apenas àquelas hipóteses em que o prestador do serviço é contribuinte do ICM-ICMS e fornece mercadorias paralelamente à prestação do serviço.

No mesmo exemplo dado, configura-se tal hipótese quando o tomador contrate pura e simplesmente a reforma do imóvel, sem qualquer exigência referente a materiais a serem utilizados. Nesse caso, o preço acordado estará remunerando a execução da reforma e deverá ser tomado, como um todo (serviço + fornecimento de materiais), para fins de cálculo do ISS devido.

(...)

De qualquer modo, a este Supremo Tribunal Federal não incumbe revisar a exegese perfilhada pelo Superior Tribunal de Justiça, mas apenas verificar se, ao acolhê-la, aquela Corte não incorreu em ofensa à Carta da República, violando o arquétipo constitucional do Imposto sobre Serviços. **E, no caso dos autos, não vislumbro ofensa alguma à Carta Magna.**

Como tese de repercussão geral, sugiro abordagem minimalista, nos seguintes termos: "O art. 9º, § 2º, do DL nº 406/1968 foi



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 110

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

recepcionado pela ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988”.

A aplicação dessa tese de repercussão geral aos recursos sobrestados não constitui empecilho à interpretação do significado específico do art. 9, § 2º, do DL nº 406/1968 e, se aplicável, do art. 7º, § 2º, I, da Lei Complementar nº 116/2003.

((STF - RE: 603497 MG, Relator: Min. ELLEN GRACIE, Data de Julgamento: 18/08/2010, Data de Publicação: DJe-172 DIVULG 15/09/2010 PUBLIC 16/09/2010)

Pelo exposto pode-se concluir, resumidamente, que:

- 1- O ponto central do debate e a única parte dispositiva que fora de fato decidida no supramencionado julgado foi que *“o art. 9º, § 2º, do DL nº 406/1968 foi recepcionado pela ordem jurídica inaugurada pela Constituição de 1988”*.
- 2- O acórdão expressamente dispôs no sentido de que **aquele julgado não alcançaria a solução da divergência relativa ao alcance da norma fixadora da redução da base de cálculo, uma vez que a competência para tanto seria do STJ, e que o mesmo não constituiria empecilho à interpretação do significado específico do art. 9, § 2º, do DL nº 406/1968 e, se aplicável, do art. 7º, § 2º, I, da Lei Complementar nº 116/2003.**
- 3- Em momento algum foi decidido no julgamento do RE 603.497 que qualquer tipo de material poderia ser deduzido da base de cálculo do ISS obras. Apenas ficou consolidado o entendimento de que existe a possibilidade de o DL 406/68), estipular um caso de dedução de base de cálculo do ISS. Assim como



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 111

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

a LC 116 o faz, no entanto, resta cristalino que, para a dedução, devem ser observadas as regras previstas no dispositivo legal.

Soma-se a isso o fato de que a LC nº 116/03, estabelece em seu art. 7º, § 2º, inciso II,, *in verbis*:

“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;”

Por seu turno, os subitens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa à LC nº 116/03 prescrevem que:

“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**).



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 112

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

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)."**

Verifica-se, assim, que a LC nº 116/03 determina que o valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços previsto no subitem 7.02 da lista de serviços estão excluídos da base de cálculo do ISSQN.

A interpretação da LC nº 116/03 não pode ser realizada isoladamente, com base apenas no art. 7º, § 2º, inciso I, tendo em vista que o próprio dispositivo remete o intérprete ao subitem 7.02 da lista de serviços.

Desse modo, a interpretação conjugada dos dispositivos da LC nº 116/03 é a de que apenas as **mercadorias fornecidas e produzidas** pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que ficam sujeitas ao ICMS, podem ser excluídas da base de cálculo do ISSQN.

Essa é a condição indiscutível para que se aceite a dedução dos materiais empregados nas obras, superado o debate acerca da possibilidade de a LC116/2003 estabelecer esta regra de dedução, por não se tratar de isenção heterônoma.

A bem da verdade é que a decisão do RE 603.497, ao considerar que a dedução de base de cálculo prevista em norma federal não se trata de isenção heterônoma, não alterou em nada a relação jurídico-tributária entre o recorrente e o fisco, porquanto a Lei Municipal de Niterói já estabelecida a mesma regra de dedução da base de cálculo em seu art. 80, § 13 do CTM, que determina:



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 113

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

"Art. 80. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)

§13. 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."

Portanto, conclui-se que o julgamento do RE603.497 em nada alterou as condições para concessão do abatimento da base de cálculo previstas na legislação.

II.2 Do alcance da norma redutora da base de cálculo na jurisprudência do STJ:

Conforme exposto, no julgamento do RE 603.497, com repercussão geral, ficou estabelecido que a competência para fixar **o alcance da norma fixadora da redução da base de cálculo, seria do STJ, a quem cabe realizar a** interpretação do significado específico do art. 9, § 2º, do DL nº 406/1968 e, se aplicável, do art. 7º, § 2º, I, da Lei Complementar nº 116/2003.

Por seu turno, o posicionamento do STJ acerca do alcance do art. 7º, § 2º, I, da Lei Complementar nº 116/2003 pode ser inferido através da leitura dos seguintes julgados:



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 114

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONSTRUÇÃO CIVIL. ISS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO TOTAL DO SERVIÇO. ABATIMENTOS. INVIABILIDADE. CONCRETAGEM. SÚMULA 167/STJ.

1. O ISS incide sobre o preço total do serviço de construção civil. **Os insumos adquiridos de terceiros pelo construtor e utilizados na obra compõem a base de cálculo do tributo municipal.**
2. Entendimento sumulado no que se refere à concretagem (Súmula 167/STJ).
3. Sujeitam-se ao ICMS e são excluídas da base de cálculo do ISS somente as mercadorias produzidas fora do local da prestação do serviço e comercializadas pela contribuinte. Precedentes do STJ.
4. Agravo Regimental não provido. (AgRg nos EDcl no REsp 973.432/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 02/12/2008)

“TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAIS UTILIZADOS. SUBEMPREITADAS. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. "A jurisprudência uniforme desta Corte é no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas" (REsp 926.339/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 11.05.07).



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 115

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

2. Tanto o DL 406/68 como as Leis Complementares 56/87 e 102/03 fixaram que o ISS incide sobre a totalidade dos serviços de construção civil, exceto sobre o fornecimento de mercadorias produzidas pelo próprio prestador dos serviços fora do local da prestação, que fica sujeito ao ICMS.

3. A tese de que não apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador, mas também os adquiridos de terceiros, devem ser excluídos da base de cálculo do ISS não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois a regra legal que trata da incidência do ISS sobre serviços de construção civil é clara ao excluir apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços.

4. A situação do prestador que fabrica seus produtos fora do canteiro de obras não pode ser equiparada à daquele que adquire materiais de terceiros para uso nas obras de construção civil. Os produtos fabricados pelo prestador estão sujeitos ao ICMS, razão por que não devem se sujeitar a uma nova incidência de ISS. Já os produtos adquiridos de terceiros, se não incluídos na base de cálculo do ISS pelo serviço de construção civil, ficariam imunes à tributação, somente sendo tributados na operação anterior, que não tem o construtor como contribuinte ou responsável tributário.

5. Assim, quando os materiais são produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços, incide ICMS; quando os materiais são produzidos pelo prestador no canteiro de obras ou quando são adquiridos de terceiros, como não há possibilidade de incidência de ICMS, devem ter seus valores mantidos na base de cálculo do ISS.



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 116

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

6. "(...) subempreitada é denominação que se oferece à empreitada menor, isto é, à empreitada secundária. Por meio de subempreitadas são executados trabalhos parcelados, contratados pelo empreiteiro construtor (...). Em referência ao ISS, é irrelevante saber se o empreiteiro maior executa pessoalmente a obra pactuada ou se incumbe a terceiros para realizá-la. Ambas as formas de serviços (empreitada maior ou empreitada menor) são alcançadas pelo ISS" (Bernardo Ribeiro de Moraes *in* "Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975).

7. Agravo regimental não provido."

(STJ, AgRg no Resp nº 1.002.693-RS, Rel. Min. Castro Meira, Dje: 07/04/2008)

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE PROVEU O RECURSO ESPECIAL. INCONSISTÊNCIA DO ÓBICE INVOCADO PELA RECORRIDA (ORA AGRAVANTE). TRIBUTÁRIO. ISS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO. MATERIAIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Quanto à alegação no sentido de que o recurso especial não podia ser conhecido, verifica-se que tal alegação é inconsistente, pois o acórdão recorrido está amparado no art. 7º, § 2º, da LC 116/2003, ou seja, o acórdão não julgou válida lei local contestada em face de lei federal (na forma do art. 102, III, "d", da CF/88), como afirma a agravante.

2. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, de modo que não é admitida a dedução dos



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 117

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas. Desse modo, *"a tese de que não apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador, mas também os adquiridos de terceiros, devem ser excluídos da base de cálculo do ISS não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois a regra legal que trata da incidência do ISS sobre serviços de construção civil é clara ao excluir apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços"*, de modo que *"quando os materiais são produzidos pelo prestador no canteiro de obras ou quando são adquiridos de terceiros, como não há possibilidade de incidência de ICMS, devem ter seus valores mantidos na base de cálculo do ISS"* (AgRg no REsp 1.002.693/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 7.4.2008).

3. Agravo regimental não provido."

(STJ, AgRg no EDcl no Resp nº 1.081.617-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em **21/09/2010**)

Resumidamente, o posicionamento do STJ é no sentido de que:

- Os insumos adquiridos de terceiros pelo construtor e utilizados na obra compõem a base de cálculo do tributo municipal;

- Sujeitam-se ao ICMS e são excluídas da base de cálculo do ISS somente as mercadorias produzidas fora do local da prestação do serviço e comercializadas pela contribuinte;



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 118

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

- A tese de que não apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador, mas também os adquiridos de terceiros, devem ser excluídos da base de cálculo do ISS não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois a regra legal que trata da incidência do ISS sobre serviços de construção civil é clara ao excluir apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços";

*- Quando os materiais são produzidos pelo prestador no canteiro de obras ou quando são adquiridos de terceiros, como não há possibilidade de incidência de ICMS, **devem ter seus valores mantidos na base de cálculo do ISS**".*

Constata-se, no mesmo sentido do disposto no acórdão do RE603.497, que: *"Essa exegese é restritiva, mas não se mostra ofensiva à Constituição da República. Implica a aplicação do art. 9, § 2º, a, do DL 406/1968 apenas àquelas hipóteses em que o prestador do serviço é contribuinte do ICM-ICMS e fornece mercadorias paralelamente à prestação do serviço."*

Dessa forma, resta claro que apesar de haver a possibilidade de redução da base de cálculo do ISS, o contribuinte deve observar as regras estipuladas pela Legislação e pela jurisprudência, não se tratando de direito absoluto e irrestrito.

II.2.1 II – Da impossibilidade de se aferir se os alegados materiais foram produzidos pelo prestador de serviços.

De fato, está pacificado o entendimento de que do ISSQN, nas atividades de construção civil, devem ser deduzidos tão somente os gastos com materiais utilizados na obra, **se deduzir os materiais fornecidos e produzidos pelo prestador**, não incidindo a tributação



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 119

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

sobre o custo total da prestação dos serviços, nos termos do art. 9, § 2º, 'a' e 'b', do Decreto-lei nº 406/68 e art. 7º, §2º, I, da LC nº 116/2003.

Entretanto, tal entendimento não se aplica ao caso dos autos, conforme será demonstrado.

Pode-se perceber através da análise das NFS-e n 2014/28, e 2014/12, que compõe o Auto de Infração, que o ora recorrente deduziu cerca 50% do valor da base de cálculo como representativo dos insumos alegadamente utilizados:

Competência	Nota	Tomador	Valor da nota	Deduções	Base de Cálculo	Alíquota
jul/14	2014/12	BK BRASIL	3.500,00	1.400,00	2.100,00	3%
dez/14	2014/28	BANCO BRADESCO S/A	23.679,54	11.839,77	11.839,77	3%

Veja-se o campo discriminação dos serviços da NFS-e 2014/28, ora em análise:

OBRA CIVIL PARA INSTALAÇÃO DE CFTV
LOCAL DA OBRA:R. MARECHAL DEODORO 130-NITEROI-RJ
PEDIDO DE COMPRA:3100097483
VALOR TOTAL DOS SERVIÇOS:R\$23.679,54
MATERIAL E EQUIPAMENTOS:R\$11.839,77
SERVIÇOS:R\$11.839,77
RETENÇÃO DE 3,5% PARA PREVIDENCIA SOCIAL R\$414,39
ALÍQUOTA DE ISS:3% 355,19

Val Aprox dos Tributos R\$ 4.117,87 (17,39%) Fonte: IBPT.
ISS Retido pelo Tomador.



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 120

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

É fácil perceber que o **recorrente estimou o valor dos materiais empregados** no percentual exatos de 50% do valor dos serviços, **sem comprovar em momento algum a que se refere tal desconto**, sem apresentar ou ao menos mencionar as referidas Notas Fiscais de mercadorias relativas aos materiais alegadamente produzidos e empregados.

A recorrente não fez prova específica e discriminadamente dos materiais que efetivamente foram empregados na prestação de serviços, **pois apenas a menção de que 50% do valor da nota fiscal corresponde a tais insumos não é suficiente para a dedução do valor pretendido**, haja vista que nem a legislação nem a jurisprudência permitem, em momento algum, que as construtoras estimem o valor dos materiais utilizados.

Por conseguinte, considerando que **o ônus de provar a existência de fato constitutivo do seu direito era da recorrente, nos termos do art. 333, inciso I, do CPC** (I- ao autor, quanto ao fato constitutivo do seu direito), do qual não se desincumbiu, os pedidos não podem ser atendidos.

Pelo exposto, não há como serem aceitos pela Municipalidade os “descontos” que pretende promover a recorrente, sem que exista qualquer tipo de comprovação dos materiais que efetivamente foram adquiridos ou produzidos e empregados na execução da obra.

Veja-se elucidativo trecho de julgado do TJSP sobre a forma com que o recorrente deveria comprovar o gasto com material por ele produzido:

“O pleito da apelante depende de comprovação do valor gasto com material e deve se dar **com apresentação da nota fiscal de entrada do material, nota fiscal de remessa para obra e registro de entrada e saída de material a fim e possibilitar à apelante (contratante) a conferência dos valores dos materiais que a**



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 121

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

apelada (contratada) pretende deduzir da base de cálculo do ISS, bem como se foram ou não produzidos por terceiros. Mesmo porque nas mercadorias fornecidas por terceiros, os contribuintes de direito são os respectivos vendedores, que pagam ICMS, e não o adquirente prestador de serviços, de modo que somente se pode deduzir o valor das mercadorias se produzidas pelo prestador. **(Apelação 0002838-10.2014.8.26.0491, Recorrente: Prefeitura do Município de Rancharia).**”

Neste ponto, mais uma vez, é bom reproduzir o disposto no art. art. 7º da LC 116/03 disciplinou a questão sobre os descontos possíveis da base de cálculo do ISS na atividade do recorrente:

“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;

(..)

“7.05 - 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 de serviços, que fica sujeito ao ICMS)**”



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 122

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

Veja-se ementa de julgado do STJ em caso semelhante:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISSQN INCIDENTE SOBRE A CONSTRUÇÃO CIVIL. DEDUÇÃO DE MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA DA BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO. POSSIBILIDADE, EM TESE. AUSÊNCIA DE DISCRIMINAÇÃO NAS NOTAS FISCAIS DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. ÔNUS DA RECORRENTE NÃO CUMPRIDO. REVISÃO. REEXAME DE FATOS E PROVAS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA 7/STJ. RECURSO DO QUAL NÃO SE CONHECE.

1. O Supremo Tribunal Federal, por ocasião do julgamento do RE 603.497/MG, sob a sistemática do art. 543-B do CPC, firmou posicionamento de que, mesmo após a entrada em vigor da Lei Complementar 116/2003, é legítima a dedução da base de cálculo do ISS do material empregado na construção civil, e, no julgamento do RE 599.582/RJ, reconheceu que essa orientação também é aplicável aos materiais utilizados nas subempreitadas. No entanto, não é possível aplicar tal entendimento ao caso dos autos.

2. O Tribunal de origem, soberano na análise das circunstâncias fáticas e probatórias da causa, concluiu não ser possível descontar da base de cálculo do ISSQN o valor correspondente aos materiais utilizados, tendo em vista que a recorrente não fez prova de quais tenham sido utilizados, adquiridos ou produzidos e empregados na execução da obra.



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 123

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

3. Rever o entendimento consignado pela Corte local no sentido de que não houve comprovação do direito alegado requer revolvimento do conjunto fático-probatório, o que é inadmissível na via estreita do Recurso Especial, ante o óbice da Súmula 7/STJ: "A pretensão de simples reexame de prova não enseja Recurso Especial".

4. Recurso Especial não conhecido.

(REsp n. 1.678.847/MS, relator Ministro Herman Benjamin, Segunda Turma, julgado em 21/9/2017, DJe de 9/10/2017.)

Da mesma forma, posiciona-se a jurisprudência do TJSP:

“Ação anulatória de débito fiscal - ISSQN Pretensão suspensão da exigibilidade da cobrança de ISSQN sobre o valor dos materiais empregados nos serviços de construção Civil **Impossibilidade. Não discriminação pela autora dos materiais e valores sem comprovação das aquisições de terceiros ou produção no local e no emprego da obra inviabilidade de a Municipalidade auferir os valores e materiais utilizados e produzidos para utilização na obra. Ônus probatória da autora, na forma do art. 333, I do CPC, Impossibilidade de repetição dos valores** Sentença reformada para se julgar improcedente a ação com inversão do ônus sucumbências. Providos o apelo da Municipalidade e o reexame necessário.” (TJSP Apelação n.º 0031247-87.2012.8.26.0451 Rel.: Burza Neto;



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROC/NIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 124

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

Comarca: Piracicaba; Órgão julgador: 18ª Câmara de Direito Público;
Data do julgamento: 08/10/2015; Data de registro:13/10/2015)

Apelação - Empresa de construção civil – Pretensão ao recolhimento do ISSQN deduzidos os materiais utilizados nos **serviços** Possibilidade que se condiciona à apresentação de notas fiscais que discriminem os materiais e seus respectivos valores- Necessidade de comprovação quanto aos materiais terem sido adquiridos de terceiros ou produzidos pela prestadora do serviço -Inviabilidade de a Municipalidade aferir a correção dos valores pagos ante a ausência de qualquer tipo de prova - Alegação de que 50% do valor da nota fiscal referem-se aos materiais e equipamentos utilizados Afirmação contida nas notas fiscais que inviabiliza os descontos dos insumos da base de cálculo do imposto Ausência de prova - Ônus que incumbia à autora (art. 333,I, do CPC) - Sentença reformada – Recurso provido. (Apelação 0002838-10.2014.8.26.0491, Recorrente: Prefeitura do Município de Rancharia.)

Veja-se, ademais, recente julgado do TJRJ, de 11/02/2022, em caso semelhante ao ora analisado:

APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DE REPETIÇÃO DE INDÉBITO TRIBUTÁRIO. BASE DE CÁLCULO DO ISS. MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA CONTRATADA. CONSTRUÇÃO CIVIL. SENTENÇA DE IMPROCEDÊNCIA DO PEDIDO. RECURSO DA AUTORA. 1. Possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais fornecidos pelo prestador de serviço empregados na construção civil. Artigo 9º, § 2º, b, do



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 125

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

Decreto-lei 406/68, recepcionado pela CRFB/88. Julgamento em regime de repercussão geral do RE 603.497/MG, pelo STF (Tese nº 247). 2. Inteligência do artigo 7º, § 2º, da Lei Complementar nº 116/03. Não se incluem na base de cálculo do ISS o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar. 3. **Necessidade de comprovação da aquisição dos referidos materiais para que tais valores sejam dedutíveis da base de cálculo do ISS, não bastando para este fim apenas a declaração unilateral e discriminação de tais importâncias nas notas fiscais do serviço.** 4. Inexistência de demonstração de que o reconhecimento administrativo do débito se deu em consonância com o princípio da legalidade tributária. Ausência de discricionariedade do administrador público. Tanto o parecer técnico quanto a decisão da autoridade fazendária deixaram de fazer referência às notas fiscais de aquisição dos materiais. 5. **Notas fiscais da prestação do serviço apresentadas aos autos que apenas discriminaram, da quantia total do valor do serviço, as percentagens referentes à mão de obra e ao material/equipamentos, não comprovando a sua aquisição em tais valores.** 6. **Obrigatoriedade da conferência do valor dos materiais empregados na obra para se proceder ao desconto da base de cálculo do ISS e à devolução dos valores devidos.** 7. Portanto, em que pese superada, na presente hipótese, a necessidade de prova do recolhimento do tributo pelo tomador de serviços, eis que este foi retido na fonte pelo próprio, a parte autora não se desincumbiu do ônus previsto no artigo 373, I, do CPC, para obter a repetição de indébito tributário, eis que deixou de fazer prova da aquisição dos



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 126

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

materiais empregados na execução da obra contratada, nos valores discriminados nas notas fiscais que serviram de base de cálculo para a incidência do ISS. 8. Precedentes do STJ e do TJRJ. 9. Majoração dos honorários advocatícios sucumbenciais em 03% (três por cento), nos termos do artigo 85, § 11, do CPC. 10. Sentença mantida, por outro fundamento. Recurso desprovido.

(TJ-RJ - APL: 00213875320168190213, Relator: Des(a). MARCO AURÉLIO BEZERRA DE MELO, Data de Julgamento: 11/02/2022, DÉCIMA SEXTA CÂMARA CÍVEL, Data de Publicação: 18/02/2022)

Por todo o exposto, conclui-se que a recorrente **se incumbia do dever de comprovar a utilização dos materiais empregados na obra**, no valor do desconto aplicado a cada NFS-e, e não o fez, tornando impossível a respectiva conferência, pela fiscalização, do cabimento dos referidos descontos.

O que o contribuinte fez, na verdade, foi estimar um percentual de desconto, por mera liberalidade, sem nenhuma base legal, o que, por conseguinte, torna tais deduções indevidas.

Frise-se que o contribuinte foi intimado, (intimação n 9659, parte integrante do Processo Fiscal 03002961/2017, que segue em anexo) a, entre outros documentos, **apresentar os comprovantes de “todas as compras e materiais fornecidos na mão de obra”**.

O contribuinte tomou ciência da referida intimação em 04 de dezembro de 2017, no entanto, não apresentou à fiscalização a documentação solicitada.



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Conselho de Contribuintes

Proc. ProcNit:
030/0015502/2021

Data: 12/07/2022

Portanto, conclui-se que a conduta do contribuinte tornou impossível a atividade de fiscalização, bem como a conferência das Notas Fiscais que supostamente geraram as deduções, de forma que, por tanto, **tais valores devem compor a base de cálculo do ISS.**

Por todo exposto, esta Representação Fazendária opina pelo conhecimento e pelo **NÃO PROVIMENTO Recurso Voluntário.**

É o parecer.

Niterói, 13 de julho de 2022.

Marcelle Brandao

Auditora Fiscal

Matrícula 243238-0

Nº do documento:	00039/2022	Tipo do documento:	TERMO DE DESENTRANHAMENTO
Descrição:	TERMO DE DESENTRANHAMENTO DO DOCUMENTO: DESPACHO Nº 00669/2022 - (COISS)		
Autor:	2331403 - CARLOS MAURO NAYLOR		
Data da criação:	21/07/2022 14:30:15		
Código de Autenticação:	9A9C05FEC718ACF4-4		

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI - PMN

030 - SMF - SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
COISS - COORDENAÇÃO DE PLANEJAMENTO E FISCALIZAÇÃO

Termo de desentranhamento DESPACHO nº 00669/2022
Motivo: despacho errado

Nº do documento:	00672/2022	Tipo do documento:	DESPACHO
Descrição:	null		
Autor:	2331403 - CARLOS MAURO NAYLOR		
Data da criação:	21/07/2022 14:31:15		
Código de Autenticação:	4BE6C0C1588CF1B1-1		

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI - PMN

030 - SMF - SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
COISS - COORDENAÇÃO DE PLANEJAMENTO E FISCALIZAÇÃO

À conselheira Maria Elisa para elaborar relatório e voto.

Em 20 de julho de 2022,

Carlos Mauro Naylor - Presidente do Conselho de Contribuintes de Niterói

Documento assinado em 21/07/2022 14:31:15 por CARLOS MAURO NAYLOR - AUDITOR FISCAL
DA RECEITA MUNICIPAL / MAT: 2331403

Nº do documento:	00674/2022	Tipo do documento:	DESPACHO
Descrição:	null		
Autor:	2331403 - CARLOS MAURO NAYLOR		
Data da criação:	21/07/2022 15:30:10		
Código de Autenticação:	4D795E2A860C8268-0		

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI - PMN

030 - SMF - SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
COISS - COORDENAÇÃO DE PLANEJAMENTO E FISCALIZAÇÃO

À conselheira Maria Elisa para elaborar relatório e voto.

Em 20 de julho de 2022,

Carlos Mauro Naylor - Presidente do Conselho de Contribuintes de Niterói

Documento assinado em 21/07/2022 15:30:10 por CARLOS MAURO NAYLOR - AUDITOR FISCAL
DA RECEITA MUNICIPAL / MAT: 2331403



Prefeitura de Niterói
Secretaria Municipal de Fazenda
Subsecretaria da Receita
Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 131

Processo: 030031106/2017
Processo eletrônico espelho: 030015502/2021

Recorrente: MBR ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA.
Recorrido: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL

EMENTA: ISS. RECURSO VOLUNTÁRIO. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA. SOMENTE SÃO DEDUTÍVEIS DA BASE DE CÁLCULO AS MERCADORIAS PRODUZIDAS PELO PRESTADOR DO SERVIÇO FORA DO LOCAL DE EXECUÇÃO, SUJEITAS AO ICMS. ART. 7º, §2º, DA LC 116/2003. ART. 80, §13, LEI MUNICIPAL 2.597/2008.

Senhor Presidente e demais Conselheiros,

Trata-se de recurso voluntário apresentado por MBR Engenharia e Construções LTDA em 06/04/2018 contra a decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação ao auto de infração nº 53.546, referente aos períodos de julho a dezembro de 2014 (fls. 51 a 80).

A recorrente alega, em síntese, que:

- a) Houve cerceamento do direito ao contraditório e à ampla defesa pelo fato de não constar no auto de infração a comprovação de que o contribuinte tem reiteradamente abatido da base de cálculo do ISS 50% a título de material nem uma descrição circunstanciada do fato punível ou dos fatos concretos que justificaram a exigência do tributo;
- b) De acordo com o artigo 7º da Lei Complementar 116/2003, os valores de materiais fornecidos pelo prestador de serviços correspondentes aos subitens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa à lei não devem ser incluídos na base de cálculo do ISS;
- c) O STF, por ocasião do julgamento do RE 603.497, reconheceu a repercussão geral do tema, estabelecendo o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil;
- d) De acordo com o parágrafo 1º do artigo 10 do Decreto 11.089/2012, nas obras de construção civil referentes a pavimento telhado (casa de máquinas, caixas d'água e similares), garagens abertas sob pilotis, inclusive em andares superiores, descobertas com acesso permanente em pavimentos acima do térreo, quadras de esportes cobertas, telheiros, inclusive em terrações e outras estruturas com características similares (exceto



Prefeitura de Niterói
Secretaria Municipal de Fazenda
Subsecretaria da Receita
Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 132

Processo: 030031106/2017

Processo eletrônico espelho: 030015502/2021

varandas), sótãos com acesso permanente e jiraus, casas pré-fabricadas de madeira, subsolos e espelhos d'água das piscinas descobertas, o valor da base de cálculo do ISS será ajustado, reduzindo-se em 50%;

- e) Que a dedução do material aplicado na obra é a uma prática reiteradamente observada pelas autoridades administrativas, o que corresponderia a norma complementar das leis, dos tratados e das convenções internacionais e dos decretos, conforme disposto do artigo 100 do Código Tributário Nacional.

Requer que o lançamento impugnado seja julgado improcedente.

A representante da Fazenda se manifestou no sentido do conhecimento e não provimento do recurso voluntário (fls. 92 a 127).

É o relatório.

Da tempestividade

Foi dada ciência da decisão de primeira instância à recorrente em 01/03/2018 (fl. 49) e o recurso foi protocolizado em 06/04/2018 (fl. 51). Tendo em vista que houve prorrogação do prazo recursal por 20 dias (fl. 48), o recurso apresentado é tempestivo.

Do cerceamento de defesa e do contraditório

A requerente alegou cerceamento de defesa e afronta ao princípio do contraditório por não terem sido especificados no auto de infração a comprovação de que o contribuinte tem reiteradamente abatido da base de cálculo do ISS 50% a título de material e a descrição circunstanciada do fato punível ou dos fatos concretos que justificaram a exigência do tributo.

De acordo com o auto de infração, o valor do ISS devido foi apurado com base nas informações e dados colhidos nos livros, documentos e demonstrativos contábeis do próprio contribuinte (diários, balancetes de verificação, DRE's, balanços e emissões de notas fiscais no antigo sistema WebISS) durante a ação fiscal. Sendo assim, o contribuinte tem pleno acesso a esses dados.



Prefeitura de Niterói
Secretaria Municipal de Fazenda
Subsecretaria da Receita
Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 133

Processo: 030031106/2017
Processo eletrônico espelho: 030015502/2021

Conforme exposto pela representante da Fazenda (fl. 104), no período fiscalizado, o contribuinte emitiu apenas duas notas fiscais com tributação no município de Niterói. Sendo assim, as informações poderiam ter sido facilmente obtidas pela contribuinte.

Além disso, o auto de infração menciona o número do processo de ação fiscal que deu origem à autuação (030029161/2017), que poderia ser consultado ou cuja cópia poderia ter sido recebida pelo contribuinte por meio de um pedido de certidão de inteiro teor.

Cabe lembrar que não há prova nos autos de que foi negado o acesso ao processo de ação fiscal que deu origem ao auto de infração.

Ressalto ainda que o auto de infração apresentou todos os requisitos estabelecidos no artigo 142 da Lei 5172/1966 – Código Tributário Nacional¹ – e no artigo 16 do Decreto Municipal 10.487/2009².

Sendo assim, não houve cerceamento aos direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Da base de cálculo do ISS

Segundo o recorrente, o artigo 7º da Lei Complementar 116/2003 autorizaria a dedução dos valores materiais utilizados pelo prestador na execução de serviços correspondentes aos subitens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa à lei da base de cálculo do ISS.

Acrescenta também que, de acordo com o parágrafo 1º do art. 10 do Decreto 11.089/2012, no caso de obras de construção civil referentes a pavimento telhado (casa de máquinas, caixas

¹ Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

² Art. 16. O auto de infração e a notificação de lançamento serão lavrados por servidor competente, contendo obrigatoriamente:

- I - a qualificação do autuado ou intimado;
- II - o local, a data e hora de sua lavratura ou de sua emissão;
- III - a descrição circunstanciada dos fatos que justifiquem a exigência de tributos ou multas;
- IV - a disposição legal infringida ou justificadora da exigência do tributo;
- V - o valor do tributo reclamado;
- VI - os prazos de recolhimento do débito com as reduções previstas em lei ou regulamento, se houver;
- VII - o prazo para defesa ou impugnação;
- VIII - a assinatura e matrícula do servidor, seu cargo ou função.

Parágrafo único. A notificação de lançamento emitida por processo eletrônico prescinde da assinatura.



Prefeitura de Niterói
Secretaria Municipal de Fazenda
Subsecretaria da Receita
Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fis: 134

Processo: 030031106/2017
Processo eletrônico espelho: 030015502/2021

d'água e similares), garagens abertas sob pilotis, inclusive em andares superiores, descobertas com acesso permanente em pavimentos acima do térreo, quadras de esportes cobertas, telheiros, inclusive em terrações e outras estruturas com características similares (exceto varandas), sótãos com acesso permanente e jiraus, casas pré-fabricadas de madeira, subsolos e espelhos d'água das piscinas descobertas, o valor da base de cálculo será ajustado, reduzindo-se em 50%.

Afirma ainda que o STF, por ocasião do julgamento do RE 603.497, reconheceu a repercussão geral do tema, estabelecendo o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil.

Conforme amplamente exposto pela representante da Fazenda, nesse julgamento, o STJ apenas entendeu que a dedução da base de cálculo prevista na norma não se refere a isenção heterônoma:

Em momento algum foi decidido no julgamento do RE 603.497 que qualquer tipo de material poderia ser deduzido da base de cálculo do ISS obras. Apenas ficou consolidado o entendimento de que existe a possibilidade de o DL 408/68 estipular um caso de dedução de base de cálculo do ISS. Assim como a LC 116 o faz, **no entanto, resta cristalino que, para a dedução, devem ser observadas as regras previstas no dispositivo legal.**

Sendo assim, resta verificar se a dedução prevista na legislação se aplica ao caso em tela.

O inciso I do parágrafo 2º do artigo 7º da Lei Complementar 116/2003 estabelece que:

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;

(...)

Os subitens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa à Lei Complementar 116/2003 excepcionam da prestação de serviço o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS.



Prefeitura de Niterói
Secretaria Municipal de Fazenda
Subsecretaria da Receita
Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 135

Processo: 030031106/2017

Processo eletrônico espelho: 030015502/2021

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).

A interpretação sistemática desses dispositivos leva à conclusão de que os materiais fornecidos pelo prestador dos serviços a que se refere o artigo 7º, § 2º, inciso I, da Lei Complementar 116/2003, somente podem ser excluídos da base de cálculo do ISS se forem **produzidos pelo prestador dos serviços fora do local da prestação dos serviços**, ficando, nesse caso, sujeitos ao ICMS.

Ressalto que o STJ já se manifestou no sentido de que os materiais adquiridos de terceiros e utilizados na obra integram a base de cálculo, como mostram os julgados apresentados pela representante da Fazenda, que transcrevo a seguir:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. CONSTRUÇÃO CIVIL. ISS. BASE DE CÁLCULO. PREÇO TOTAL DO SERVIÇO. ABATIMENTOS. INVIABILIDADE. CONCRETAGEM. SÚMULA 167/STJ.

1. O ISS incide sobre o preço total do serviço de construção civil. **Os insumos adquiridos de terceiros pelo construtor e utilizados na obra compõem a base de cálculo do tributo municipal.**

2. Entendimento sumulado no que se refere à concretagem (Súmula 167/STJ).

3. Sujeitam-se ao ICMS e são excluídas da base de cálculo do ISS **somente as mercadorias produzidas fora do local da prestação do serviço e comercializadas pela contribuinte.** Precedentes do STJ.

4. Agravo Regimental não provido.

(AgRg nos EDcl no REsp 973.432/MG, Segunda Turma, Rel. Ministro Herman Benjamin, julgado em 02/12/2008)

(original sem grifos)



Prefeitura de Niterói
Secretaria Municipal de Fazenda
Subsecretaria da Receita
Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 136

Processo: 030031106/2017

Processo eletrônico espelho: 030015502/2021

TRIBUTÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. MATERIAIS UTILIZADOS. SUBEMPREITADAS. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO. IMPOSSIBILIDADE.

1. "A jurisprudência uniforme desta Corte é no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, **não sendo admitida a subtração dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas**" (REsp 926.339/SP, Rel. Min. Eliana Calmon, Segunda Turma, DJU de 11.05.07).

2. Tanto o DL 406/68 como as Leis Complementares 56/87 e 102/03 fixaram que o ISS incide sobre a **totalidade dos serviços de construção civil, exceto sobre o fornecimento de mercadorias produzidas pelo próprio prestador dos serviços fora do local da prestação, que fica sujeito ao ICMS.**

3. **A tese de que não apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador, mas também os adquiridos de terceiros, devem ser excluídos da base de cálculo do ISS não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois a regra legal que trata da incidência do ISS sobre serviços de construção civil é clara ao excluir apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços.**

4. A situação do prestador que fabrica seus produtos fora do canteiro de obras não pode ser equiparada à daquele que adquire materiais de terceiros para uso nas obras de construção civil. Os produtos fabricados pelo prestador estão sujeitos ao ICMS, razão por que não devem se sujeitar a uma nova incidência de ISS. Já os produtos adquiridos de terceiros, se não incluídos na base de cálculo do ISS pelo serviço de construção civil, ficariam imunes à tributação, somente sendo tributados na operação anterior, que não tem o construtor como contribuinte ou responsável tributário.

5. Assim, quando os materiais são produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços, incide ICMS; **quando os materiais são produzidos pelo prestador no canteiro de obras ou quando são adquiridos de terceiros, como não há possibilidade de incidência de ICMS, devem ter seus valores mantidos na base de cálculo do ISS.**

6. "(...) subempreitada é denominação que se oferece à empreitada menor, isto é, à empreitada secundária. Por meio de subempreitadas são executados trabalhos parcelados, contratados pelo empreiteiro construtor (...). Em referência ao ISS, é irrelevante saber se o empreiteiro maior executa pessoalmente a obra pactuada ou se incumbe a terceiros para realizá-la. Ambas as formas de serviços (empreitada maior ou empreitada menor) são alcançadas pelo ISS" (Bernardo Ribeiro de Moraes in "Doutrina e Prática do Imposto sobre Serviços", Revista dos Tribunais, São Paulo, 1975).



Prefeitura de Niterói
Secretaria Municipal de Fazenda
Subsecretaria da Receita
Conselho de Contribuintes

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 137

Processo: 030031106/2017

Processo eletrônico espelho: 030015502/2021

7. Agravo regimental não provido.”

(STJ, AgRg no Resp nº 1.002.693-RS, Rel. Min. Castro Meira, DJe: 07/04/2008)

(original sem grifos)

PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO REGIMENTAL CONTRA DECISÃO QUE PROVEU O RECURSO ESPECIAL. INCONSISTÊNCIA DO ÓBICE INVOCADO PELA RECORRIDA (ORA AGRAVANTE). TRIBUTÁRIO. ISS. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO. MATERIAIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS. IMPOSSIBILIDADE.

1. Quanto à alegação no sentido de que o recurso especial não podia ser conhecido, verifica-se que tal alegação é inconsistente, pois o acórdão recorrido está amparado no art. 7º, § 2º, da LC 116/2003, ou seja, o acórdão não julgou válida lei local contestada em face de lei federal (na forma do art. 102, III, "d", da CF/88), como afirma a agravante.

2. A orientação das Turmas que integram a Primeira Seção desta Corte firmou-se no sentido de que a base de cálculo do ISS é o custo integral do serviço, de modo que não é admitida a dedução dos valores correspondentes aos materiais utilizados e às subempreitadas. Desse modo, **"a tese de que não apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador, mas também os adquiridos de terceiros, devem ser excluídos da base de cálculo do ISS não encontra respaldo no ordenamento jurídico, pois a regra legal que trata da incidência do ISS sobre serviços de construção civil é clara ao excluir apenas os materiais produzidos pelo próprio prestador fora do local onde prestados os serviços"**, de modo que **"quando os materiais são produzidos pelo prestador no canteiro de obras ou quando são adquiridos de terceiros, como não há possibilidade de incidência de ICMS, devem ter seus valores mantidos na base de cálculo do ISS"**

(AgRg no REsp 1.002.693/RS, 2ª Turma, Rel. Min. Castro Meira, DJe de 7.4.2008). 3. Agravo regimental não provido.” (STJ, AgRg no EDcl no Resp nº 1.081.617-RS, Rel. Min. Mauro Campbell Marques, julgado em 21/09/2010)

(original sem grifos)

Nesse sentido, o artigo 80, § 13, da Lei Municipal 2.597/2008 define que:

Art. 80. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

(...)



Prefeitura de Niterói
Secretaria Municipal de Fazenda
Subsecretaria da Receita
Conselho de Contribuintes

Processo: 030031106/2017

Processo eletrônico espelho: 030015502/2021

§13 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.

No caso em questão, apesar de ter sido intimado a apresentar os comprovantes de todas as compras e materiais fornecidos por meio da intimação nº 9659 – Processo 030029161/2017 (fl. 94), o contribuinte não comprovou que os materiais deduzidos foram produzidos por ele fora do local da prestação de serviços.

Cabe lembrar ainda que a dedução estimada de 50% prevista no parágrafo 1º do artigo 10 do Decreto Municipal 11.089/2012 se refere ao arbitramento da base de cálculo do ISS nos casos específicos de legalização de acréscimo a pavimento telhado dos edifícios (casa de máquinas, caixas d'água e similares), garagens, abertas sob pilotis, inclusive em andares superiores, descobertas com acesso permanente em pavimentos acima do térreo, quadras de esportes cobertas, telheiros, inclusive em terraços e outras estruturas com características similares (exceto varandas), sótãos com acesso permanente e jiraus, casas pré-fabricadas de madeira, subsolos e espelhos d'água das piscinas descobertas, nos casos em que a base de cálculo for arbitrada segundo as regras do *caput* desse artigo.

Assim, não há amparo legal para estimar em 50% da base de cálculo a dedução referente aos materiais empregados na prestação do serviço. Conclui-se, portanto, que a base de cálculo do ISS dos serviços objeto do auto de infração em tela é o preço do serviço.

Diante do exposto, voto pelo conhecimento do recurso e seu não provimento, mantendo-se a decisão de primeira instância.

Niterói, 10 de agosto de 2022.

Maria Elisa Vidal Bernardo
Conselheira
Matr. 242309-0

Nº do documento: 00375/2022 **Tipo do documento:** DESPACHO
Descrição: CERTIFICADO DA DECISÃO
Autor: 2265148 - NILCEIA DE SOUZA DUARTE
Data da criação: 26/08/2022 11:19:14
Código de Autenticação: CAD0BE72BFDB1E9C-1

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI - PMN

030 - SMF - SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CC - CONSELHO DE CONTRIBUINTES

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº 030/031.106/2017 (ESPELHO 030/015.502/2021)

DATA: - 10/08/2022

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

1.358ª SESSÃO

HORA: - 10:00

DATA 10/08/2022

PRESIDENTE: - Carlo Mauro Naylor

CONSELHEIROS PRESENTES

1. Luiz Alberto Soares
2. Márcio Mateus de Macedo
3. Maria Elisa Vidal Bernardo
4. Eduardo Sobral Tavares
5. Ermano Torres Santiago
6. Paulino Gonçalves Moreira Leite Filho
7. Luiz Claudio Moreira
8. Roberto Pedreira Ferreira Curi

VOTOS VENCEDORES: - Os dos Membros sob o nºs. (01, 02, 03, 04, 05, 06, 07, 08)

VOTOS VENCIDOS: - Dos Membros sob o nºs. (X)

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

ABSTENÇÃO: - Os dos Membros sob os nº.s (X)

VOTO DE DESEMPATE: - SIM () NÃO (X)

RELATOR DO ACÓRDÃO: - Maria Elisa Vidal Bernardo

CC, em 10 de agosto de 2022

Documento assinado em 30/08/2022 12:58:55 por CARLOS MAURO NAYLOR - AUDITOR FISCAL
DA RECEITA MUNICIPAL / MAT: 2331403

Nº do documento: 00376/2022 **Tipo do documento:** DESPACHO
Descrição: ACÓRDÃO DA DECISÃO 3.010/2022
Autor: 2265148 - NILCEIA DE SOUZA DUARTE
Data da criação: 26/08/2022 12:50:02
Código de Autenticação: 0BA1553985B041AD-2

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI - PMN

030 - SMF - SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CC - CONSELHO DE CONTRIBUINTES

ATA DA 1.358ª SESSÃO ORDINÁRIA
DECISÕES PROFERIDAS

DATA: 10/08/2022

Processo nº 030/031.106/2017 (Espelho 030/015.502/2021)
RECORRENTE: - MBR ENGENHARIA E CONSTRUÇÕES LTDA
RECORRIDO: - SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
RELATOR: - MARIA ELISA VIDAL BERNARDO

DECISÃO: - Por unanimidade de votos a decisão foi pelo conhecimento e desprovimento total do recurso voluntário, nos termos do voto do relator .

EMENTA APROVADA

ACÓRDÃO Nº 3.010/2022: - "ISS. RECURSO VOLUNTÁRIO. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA. SOMENTE SÃO DEDUTÍVEIS DA BASE DE CÁLCULO DO ISS AS MERCADORIAS PRODUZIDAS PELO PRESTADOR DO SERVIÇO FORA DO LOCAL DE EXECUÇÃO, SUJEITAS AO ICMS. ART. 7º, §2º, DA LC 116/2003. ART. 80, §13, LEI MUNICIPAL 2.597/2008."
CC em 10 de agosto de 2022

Documento assinado em 30/08/2022 12:58:56 por CARLOS MAURO NAYLOR - AUDITOR FISCAL
DA RECEITA MUNICIPAL / MAT: 2331403

<input type="checkbox"/> Não Existe o nº Indicado	<input type="checkbox"/> Outros (Indicar)
<input type="checkbox"/> Falsetido	<input type="checkbox"/> Ausente
<input type="checkbox"/> Abandonado	<input type="checkbox"/> Desconhecido
<input type="checkbox"/> Recusado	<input type="checkbox"/> Recusado

Para Uso do Correio
Assinale com um "X" quando o destinatário não for encontrado



CONSELHO DE CONTRIBUINTES DE NITERÓI

Rua da Conceição, nº 100/2º andar • Centro - Niterói
Rio de Janeiro - Brasil • CEP 24.020-082

NOME: RONALDO PEREIRA DE CARVALHO (MBR ENG. E CONSTRUÇÕES)
ENDEREÇO: RUA JOSÉ CLEMENTE, 94 SALA 502
CIDADE: NITERÓI BAIRRO: CENTRO CEP:
DATA: 26/08/2022 PROC: 30/031108/17 E 30/031106/17

Senhor Contribuinte,

Comunicamos a Vossa Senhoria, que o processo 30/031108/17 (Espelho 30/015501/21) e 30/031106/17 (Espelho 30/015502/21) foram julgados pelo Conselho de Contribuintes – CC – em 10 de agosto do corrente, e o respectivo recursos voluntários foram conhecidos e desprovidos. Segue cópia dos pareceres que fundamentaram a decisão.

Informamos ainda que o referido processo está sendo encaminhado para a Coordenação de Cobrança Administrativa (COCAD) para que sejam tomadas as providências necessárias para possibilitar o pagamento dos valores devidos.

O pagamento ou parcelamento realizada na fase de Cobrança Administrativa é mais benéfica ao contribuinte pois, além de possuir um procedimento mais célere e econômico, não conta com custas judiciais ou honorários advocatícios.

Para maiores informações sobre suas opções de regularização, é possível contato pelo e-mail cac@fazenda.niteroi.rj.gov.br.

Atenciosamente,

Nilceia Duarte

Nº do documento: 00377/2022 **Tipo do documento:** DESPACHO
Descrição: PUBLICAR ACÓRDÃO 3010/2022
Autor: 2265148 - NILCEIA DE SOUZA DUARTE
Data da criação: 26/08/2022 15:42:20
Código de Autenticação: 110D29FE5760196F-2

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI - PMN

030 - SMF - SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CC - CONSELHO DE CONTRIBUINTES

À ASSIL

Senhora Subsecretária,

Face o disposto no art. 20, nº. XXX e art. 107 do Decreto nº 9.735/2005 (Regimento Interno do Conselho de Contribuintes), solicito a publicação em Diário Oficial do Acórdão abaixo:

ACÓRDÃO Nº 3.010/2022: - "ISS. RECURSO VOLUNTÁRIO. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA OBRA. SOMENTE SÃO DEDUTÍVEIS DA BASE DE CÁLCULO DO ISS AS MERCADORIAS PRODUZIDAS PELO PRESTADOR DO SERVIÇO FORA DO LOCAL DE EXECUÇÃO, SUJEITAS AO ICMS. ART. 7º, §2º, DA LC 116/2003. ART. 80, §13, LEI MUNICIPAL 2.597/2008."

CC em 10 de agosto de 2022

Documento assinado em 30/08/2022 12:58:57 por CARLOS MAURO NAYLOR - AUDITOR FISCAL
DA RECEITA MUNICIPAL / MAT: 2331403

Nº do documento:	04062/2022	Tipo do documento:	DESPACHO
Descrição:	REATIVAR O DEBITO		
Autor:	2265148 - NILCEIA DE SOUZA DUARTE		
Data da criação:	31/08/2022 17:21:24		
Código de Autenticação:	AD6754EAB33F5EFE-0		

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI - PMN

030 - SMF - SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
SCART - SETOR DE CARTÓRIO

Ao funcionário Filipe solicitando a reativação do débito, após encaminhar os autos ao COCAD para cobrança, devido a decisão do Conselho de Contribuintes.

Em 31/08/2022

Documento assinado em 31/08/2022 17:21:24 por NILCEIA DE SOUZA DUARTE - OFICIAL
FAZENDÁRIO / MAT: 2265148

13/09/2022 11:52

DBSeller Informática Ltda - e-cidade - 3.0

Dados da Suspensão - 2847092

Data da Suspensão :	23/05/2018	Hora da Suspensão :	17:26
Situação :	Finalizada	Usuário :	jefferson1.jcs
Observação :	SUSPENSÃO POR IMPUGNAÇÃO NO P.A. 030/031106/2017		

Dados Finalização

Usuário :	FILIPE TRINDADE DA SILVA	Tipo :	Débito Reativado
Data :	13/09/2022	Hora :	11:51
Observação :	REATIVAÇÃO TENDO EM VISTA DECISÃO DO PROCESSO DE N°. 030/015502/2021		



ESTADO DO RIO DE JANEIRO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

AVISO: 1380868 /

PROCNIT
Processo: 030/0015502/2021
Fls: 146

Sr. (a) Contribuinte, constatamos a existência de TRIBUTOS MUNICIPAIS que necessitam de pagamento com urgência.

ANO	VLR ORIGINAL	VLR CORRIGIDO	JUROS	MULTA	DESCONTO	VLR TOTAL
2014	397,19	516,21	393,49	103,24	0,00	1.012,94
2017	356,20	384,34	152,08	0,00	0,00	536,42
	753,39	900,55	545,57	103,24	0,00	1.549,36


Os débitos podem ser regularizados pagando este boleto ou emitindo a 2ª Via no site da Secretaria de Fazenda (<http://www.fazenda.niteroi.rj.gov.br/>) ou no Portal de Serviços da Prefeitura (<https://servicos.niteroi.rj.gov.br/>).

Caso tenha interesse em parcelar, o passo a passo e os documentos necessários estão disponíveis no Portal de Serviços (<https://servicos.niteroi.rj.gov.br/>) no serviço "Parcelar Débitos". Tendo em vista as recomendações de isolamento em razão da pandemia, pedimos que seja dada preferência aos canais de atendimento eletrônico.

Para dúvidas, favor entrar em contato através do e-mail cobranca@fazenda.niteroi.rj.gov.br

Caso já tenha efetuado a regularização de seus débitos tributários, favor desconsiderar o presente aviso.

NITERÓI, 03 de outubro de 2022.

 MUNICÍPIO DE NITERÓI RUA VISCONDE DE SEPETIBA NITERÓI 21 26200403 prefeitura@niteroi.rj.gov.br	RECIBO VÁLIDO ATÉ: VENCIMENTO: 31-10-2022 1ª Via Contribuinte
Identificação: Nome : 259961 - MBR ENGENHARIA E CONSTRUES LTDA Endereço : RUA CORONEL MOREIRA CESAR, 426 SALA 607 Município : NITERÓI CEP 24230054 Data : 03-10-2022 Hora: 10:30:52 CNPJ/CPF: 05.506.491/0001-60	Alvará Inscrição: 1229756 Logradouro: ATOR PAULO GUSTAVO Número: 426 0607 Bairro: ICARAI
HISTÓRICO : Inscricao: 1229756 Diversos: 2014:1-2-2017:1- OBS: PA.030015502/2021 - AI. 53546 Levantamento fiscal... PA.030015502/2021 - AI. 53546 Levantamento fiscal... PA.030015502/2021 - AI. 53546	Valor a Pagar em R\$ 1.559,00 Código de Arrecadação 991541510009997

 MUNICÍPIO DE NITERÓI RUA VISCONDE DE SEPETIBA NITERÓI 21 26200403 prefeitura@niteroi.rj.gov.br	RECIBO VÁLIDO ATÉ: VENCIMENTO: 31-10-2022 2ª Via Prefeitura
Identificação: Nome : 259961 - MBR ENGENHARIA E CONSTRUES LTDA Endereço : RUA CORONEL MOREIRA CESAR, 426 SALA 607 Município : NITERÓI CEP 24230054 Data : 03-10-2022 Hora: 10:30:52 CNPJ/CPF: 05.506.491/0001-60	Alvará Inscrição: 1229756 Logradouro: ATOR PAULO GUSTAVO Número: 426 0607 Bairro: ICARAI
816900000158 590028632024 210310000000 991541510004	Valor a Pagar em R\$ 1.559,00 Código de Arrecadação 991541510009997
	AUTENTICAÇÃO MECÂNICA