



Estado de Mato Grosso do Sul
Poder Judiciário
Chapadão do Sul
2ª Vara

Autos n.º 0800724-27.2017.8.12.0046

Parte ativa: Município de Chapadão do Sul

Parte Passiva: Construtora Alvorada Ltda

Vistos etc.

Trata-se de **Exceção de Pré-Executividade** oposta por **Construtora Alvorada Ltda**, já qualificada nos autos de Execução Fiscal que lhe promove o **Município de Chapadão do Sul**, também qualificado.

Argumenta a excipiente, preliminarmente, a nulidade da CDA que instrui o feito executivo, eis que a inscrição se deu antes da decisão final do processo administrativo, quando ainda não esgotada a fase administrativa. Apresenta, ainda, prejudicial de mérito da decadência em relação a 16 notas fiscais emitidas nos anos de 2008 e 2009, à luz do artigo 150, § 4º, do CTN.

No mérito, sopesa a inexistência das diferenças de ISSQN exigidas pelo excepto, ante a existência de convênio entre o ente exequente e o Estado de Mato Grosso do Sul, que, por meio da AGESUL, realiza a retenção automática do tributo, por meio do Sistema Integrado de Retenção Automática do ISSQN (SIRA), repassando posteriormente ao município destinatário, pelo que não haveria falar em não recolhimento do tributo.

Defende, ainda, a ilegalidade da cobrança das supostas diferenças de ISSQN, por equívoco na base de cálculo da exação, a qual estaria incidindo sobre 100% (cem por cento) do valor bruto das notas fiscais, sem considerar que tais documentos representam a somatória dos serviços prestados e dos materiais empregados nas obras, quando o correto seria o cálculo do imposto apenas sobre o preço do serviço efetivamente prestado no município, descontados os valores dos materiais.

Além disso, não estariam sendo excluídos da base de cálculo do ISSQN os serviços prestados em outros municípios, os quais também encontram-se discriminados nas notas fiscais, invadindo-se, assim, a competência tributária de outros municípios.

Com base nisso, requer seja suspensa a tramitação do feito executivo, a fim de aguardar o julgamento da exceção, onde pretende ver declarada a nulidade da CDA, a decadência de parte das notas fiscais, bem como a nulidade de qualquer débito referente ao ISSQN, posto que não haveria diferença a ser recolhida. Juntou documentos às fs. 46/547.

O ente excepto, por seu turno, apresentou impugnação à exceção às fs. 548/563, aduzindo, preliminarmente, a inadequação da via eleita, posto que a exceção de pré-executividade somente seria cabível em hipóteses em que seria dispensável a dilação probatória, o que não é o caso dos autos, pois as questões trazidas na exceção, relacionadas a aspectos formais do título, demandariam a produção de provas, matéria reservada aos embargos à execução.

Defendeu também a validade da CDA que instrui o feito executivo, bem como pela não verificação da decadência, já que teria havido pagamento a menor do imposto, como forma de fraudar o Fisco municipal, o que desencadeou a aplicação do prazo decadência conforme estabelecido no artigo 173, § 1º, do CTN.



Estado de Mato Grosso do Sul
Poder Judiciário
Chapadão do Sul
2ª Vara

Meritoriamente, argumentou que a adesão do Município ao sistema SIRA não impede a fiscalização pelo ente público, por meio da qual restou verificado o recolhimento a menor, acarretando a incidência de multa, a qual não fora retida na origem. Sopesou ainda pela legalidade da base de cálculo do ISSQN, vez que já descontados os valores referentes aos materiais e equipamentos, sendo que a excipiente fizera incluir desconto em desacordo com a legislação tributária municipal. Requereu, por fim, a rejeição da exceção de pré-executividade. Juntou documentos às fs. 564/607.

Os autos vieram conclusos.

É o relatório. Decido.

A exceção de pré-executividade, construção jurisprudencial amplamente difundida no meio jurídico, tem por objetivo a defesa do executado, ao suscitar questão de ordem pública que macule o direito de execução do credor. Além disso, é aceita em casos que independam de dilação probatória.

Nesse sentido a súmula n. 393 do STJ: "*A exceção de pré-executividade é admissível na execução fiscal relativamente às matérias conhecíveis de ofício que não demandem dilação probatória.*"

Consideram-se questões de ordem pública aquelas passíveis de verificação de ofício pelo juiz da causa. Dentre elas, estão as condições da ação, seus pressupostos processuais, bem como as matérias elencadas nos artigo 917 do CPC/2015, em relação às execuções, com no presente caso.

Dito isso, passo à análise das teses formuladas pelas partes.

Da preliminar de inadequação da via eleita

Sustenta o excepto que as questões suscitadas pela excipiente demandariam dilação probatória, pelo que incabível o manejo da presente exceção de pré-executividade.

Entretanto, não vislumbro qualquer questão processual ou material não abrangida pelas hipóteses constantes do introyto da fundamentação, sendo que a pretensão da excipiente guarda direta relação com questões cognoscíveis de ofício pelo juízo ou eventualmente objeto de embargos.

Ademais, a vasta documentação acostada aos autos por ambas as partes subsidia o julgamento objetivo da demanda, dispensando eventual instrução probatória, vez que suficientes as provas documentais pré-constituídas.

Nesse sentido:

"APELAÇÃO CÍVEL – EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE – EXECUÇÃO FISCAL – PRELIMINAR DE NÃO CABIMENTO – REJEITADA. Se a arguição refere-se à flagrante nulidade, capaz de atingir o aspecto da exigibilidade do título, bastando, ademais, as provas documentais pré-constituídas para respectiva apreciação, a exceção de pré-executividade revela-se como instrumento adequado. (...)" (TJMS, APL 08013380920138120002, relator Des. Dorival Renato Pavan, 4ª Câmara Cível, julgado em 19/04/2017).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. IMPENHORABILIDADE DO BEM. EXISTÊNCIA DE PROVAS PRÉ-CONSTITUÍDAS SUFICIENTES À COMPROVAÇÃO DA



Estado de Mato Grosso do Sul
Poder Judiciário
Chapadão do Sul
2ª Vara

MATÉRIA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CABIMENTO. (...) 2. A exceção de pré-executividade é cabível quando puder o julgador chegar a determinada conclusão com documentos acostados aos autos sem a necessidade de dilação probatória, o que se mostra evidente no caso em apreço. (...)" (STJ, AgRg no AREsp 429.474/RJ, relator Ministro BENEDITO GONÇALVES, Primeira Turma, julgado em 19/11/2015).

Desta feita, rejeito a preliminar de inadequação da via eleita.

Da preliminar de nulidade da CDA

Defende a excipiente a nulidade da CDA que instrui o feito executivo, pois a inscrição que a originou teria se realizado em 31/12/2013, sendo que a decisão administrativa que julgou o último recurso da excipiente fora proferida em 11/04/2014, e cuja cientificação desta pela devedora ocorreu em 24/04/2014.

O excepto, por seu turno, defende a validade do ato, pois em conformidade com a legislação pertinente, além do que os débitos seriam inscritos em dívida ativa automaticamente, no último dia de cada exercício. Argumenta ainda que não houve qualquer prejuízo à defesa do contribuinte.

Em consulta à CDA de f. 02, verifica-se que os débitos ali retratados foram inscritos em dívida ativa em 31/12/2013. Já o último recurso administrativo interposto pela parte excipiente em 09/09/2013 fora rejeitado por meio de decisão proferida em 11/04/2014 (fs. 605/606), ocasião em que se findou o processo administrativo.

Sob essa ótica, tenho que existe vício no título executivo que instrui o presente feito.

Assim preceitua o artigo 151 do Código Tributário Nacional, integralmente reproduzido pelo artigo 44 do Código Tributário Municipal (Lei Complementar 037/2006):

"Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;

IV - a concessão de medida liminar em mandado de segurança.

V - a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

VI - o parcelamento."

Eis o que se extrai da doutrina em relação ao inciso acima destacado:

*"As reclamações e os recursos no procedimento administrativo têm, pois, o efeito de suspender a exigibilidade do crédito tributário. Apresentada a reclamação ou o recurso, aguarda-se a decisão da autoridade ou do tribunal administrativo a que caiba seu exame. Se a decisão definitiva for favorável ao reclamante, a exigência fiscal se extingue (CTN, art. 156, IX). Se desfavorável, restabelece-se a exigibilidade, tendo, em regra, o sujeito passivo um prazo para satisfazer a obrigação, sob pena de o Fisco atuar no sentido da cobrança judicial (com a inscrição da dívida, que mais adiante examinaremos, e a execução judicial); é óbvio que, nessa mesma hipótese, o sujeito passivo também pode ingressar em juízo, antecipando-se à ação do Fisco." (AMARO, Luciano. *Direito tributário brasileiro*. 20. ed. São Paulo: Saraiva, 2014. p. 382/383).*

"Respeitados os pressupostos instituídos em lei para o ingresso no procedimento



Estado de Mato Grosso do Sul
Poder Judiciário
Chapadão do Sul
2ª Vara

*administrativo tributário, as impugnações e os recursos têm a força de sustar a exigibilidade do crédito. Não quer isso dizer que o procedimento fique estagnado, o que seria absurdo supor, mas que o Poder Público, na pendência da solução administrativa, ficará inibido de inscrever a dívida e procurar o Poder Judiciário para requerer seus direitos." (CARVALHO, Paulo de Barros. *Curso de direito tributário*. 24. ed. São Paulo: Saraiva, 2012. p. 398).*

"Com efeito, não se pode inscrever em dívida ativa, trazendo exequibilidade ao tributo ora cobrado, se lhe falta a precedente exigibilidade, própria do crédito tributário constituído pelo lançamento. Se a exigibilidade encontra-se suspensa, não há que se falar em cobrança judicial, nem mesmo em termo a quo para a contagem do prazo prescricional."

*Ad argumentandum, admitir como válida a inscrição de um crédito tributário, com sua exigibilidade ainda suspensa, bem como a decorrencial execução fiscal, é prestigiar o absurdo, razão por que, à luz do processo judicial tributário, poder-se-ia pensar na arguição de nulidade do título executivo em sede de objeção de (pré/não)-executividade, buscando evitar a constrição judicial de bens." (SABBAG, Eduardo. *Manual de direito tributário*. 5. ed. São Paulo: Saraiva, 2013. p. 997).*

No mesmo sentido, a jurisprudência, a saber:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL. RECURSO ADMINISTRATIVO JULGADO IMPROCEDENTE. MANDADO DE SEGURANÇA. PROVIMENTO JUDICIAL ULTERIOR AO AJUIZAMENTO DA EXECUÇÃO FISCAL. CAUSA DE SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. EXTINÇÃO DA EXECUÇÃO FISCAL. 1. Rege o art. 174, do CTN, que a ação para a cobrança do crédito tributário prescreve em 5 (cinco) anos, contados da data da sua constituição definitiva. Em havendo impugnação administrativa ao lançamento, entre a data daquela e a data da intimação da decisão final do processo administrativo fiscal ocorre a suspensão da exigibilidade do crédito tributário, prevista no art. 151, III, do CTN. Dessa forma, a Fazenda tem o dever de analisar o pedido e intimar o contribuinte para tomar ciência da respectiva decisão. No entanto, antes de apreciar o competente recurso administrativo, é vedada a inscrição em dívida ativa do débito bem como o ajuizamento de execução fiscal em face do contribuinte. 2. "A pendência de recurso administrativo em que se discute o próprio lançamento, ainda que admitido por provimento judicial ulterior ao ajuizamento da execução fiscal, fulmina a pretensão executória, já que a constituição definitiva do crédito tributário, que exige o exaurimento das instâncias administrativas, é condição indispensável para a inscrição na dívida ativa, expedição da respectiva certidão (CDA) e, o mais importante, para a cobrança judicial dos respectivos créditos e início do correspondente prazo prescricional" (REsp 1.052.634/RS, Segunda Turma, Rel. Ministro Castro Meira, julgado em 8/9/2009, DJe 24/9/2009) 3. Agravo interno não provido." (STJ, AgInt no REsp 1583175/SP, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 13/09/2016).

Entretanto, em que pese a desconformidade com o procedimento fiscal regular, vejo que tal fato não acarretou qualquer prejuízo à excipiente, posto que o feito executivo fora proposto cerca de 3 anos após sua notificação acerca da decisão final do processo administrativo.

Assim, a inconsistência entre a data de inscrição em dívida ativa e o término do processo administrativo, sendo este último o *dies a quo* para o manejo das providências de cobrança, notadamente por meio da propositura de execução fiscal, não inviabilizou a executividade da obrigação retratada na CDA.

Conclusão em sentido contrário seria verificada, por exemplo, na hipótese de manejo do feito executivo antes do término do processo administrativo fiscal, quando não haveria falar em exequibilidade do crédito.



Estado de Mato Grosso do Sul
Poder Judiciário
Chapadão do Sul
2ª Vara

Infere-se, portanto, que o defeito da CDA não repercutiu negativamente nos direitos do sujeito passivo da obrigação tributária, mormente no que concerne ao exercício de seu direito de defesa, pelo que incabível o reconhecimento da nulidade da execução.

Nesse sentido:

"RECURSO DE APELAÇÃO EM EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL – NULIDADE DA CDA – AUSÊNCIA DE FUNDAMENTO LEGAL – CRÉDITO TRIBUTÁRIO RESPALDADO EM PRÉVIA INSPEÇÃO FISCAL – REQUISITOS FORMAIS EXISTENTES – RESPONSABILIDADE SOBRE O TRIBUTO EVIDENCIADA – ÔNUS DA PROVA DA PARTE EMBARGANTE – MULTA FISCAL – AUSÊNCIA DE CARÁTER CONFISCATÓRIO A JUSTIFICAR SUA REDUÇÃO – RECURSO CONHECIDO E NÃO PROVIDO. I – A nulidade de CDA não deve ser reconhecida por eventuais falhas que não provoquem prejuízos para a parte executada na promoção de sua defesa. Estando o título formalmente perfeito, com a discriminação precisa do fundamento legal sobre o qual repousam a obrigação tributária, os juros de mora, a multa e a correção monetária, revela-se descabida sua invalidação. (...)" (TJMS, APL 00233534720098120001, relator Des. Marco André Nogueira Hanson, 3ª Câmara Cível, julgado em 25/07/2017).

Não bastasse isso, extrai-se do § 8º do artigo 2º da Lei 6.830/80 que o Fisco pode substituir ou mesmo emendar a CDA até a prolação da sentença no feito executivo, caso verificado algum erro material ou formal, com exceção da alteração do sujeito passivo da execução (súmula 392 do STJ) ou do fundamento legal que embasou o lançamento (REsp 1045472, julgado em 25/11/2009).

Por todas essas razões, rejeito a preliminar de nulidade da CDA que instrui o presente feito executivo.

Da prejudicial de decadência

Também argumenta a excipiente pela decadência do crédito tributário decorrente das notas fiscais elencadas à f. 17, emitidas entre junho de 2008 e abril de 2009, na forma do artigo 150, § 4º, do CTN.

Sobre a questão, asseverou o excepto pela não ocorrência da decadência, por se tratar de hipótese de verificação da eventual ocorrência de dolo, fraude ou simulação, o que atrai a incidência da norma do artigo 173, § 1º, do CTN.

No que concerne à decadência do crédito tributário ora exigido, tenho que não assiste razão à excipiente.

Explico. A CDA que instrui o feito executivo trata da exigência de diferenças de ISSQN, além da aplicação de penalidade fiscal pelo descumprimento de obrigação acessória ao tributo. Tal aferição do alegado débito tributário se deu em decorrência de auditoria fiscal realizada pelo ente municipal, que culminou com a lavratura do auto de infração e imposição de multa n. 017/2013, em 02/04/2013 (f. 567).

A referida providência do sujeito ativo (lavratura do auto de infração) consiste em lançamento tributário, à luz do artigo 150 do CTN, fato que põe fim à contagem do prazo decadencial.

Nesse sentido:

"PROCESSUAL CIVIL. AGRAVO INTERNO NO RECURSO ESPECIAL.



Estado de Mato Grosso do Sul
Poder Judiciário
Chapadão do Sul
2ª Vara

SUBMISSÃO À REGRA PREVISTA NO ENUNCIADO ADMINISTRATIVO 3/STJ. TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. PENDÊNCIA DE RECURSO ADMINISTRATIVO. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO, NOS MOLDES DO ART. 151 DO CTN. FLUÊNCIA DE PRAZO PRESCRICIONAL APENAS QUANDO CONSTITUÍDO DEFINITIVAMENTE O CRÉDITO TRIBUTÁRIO (ART. 174 DO CTN). 1. "Enquanto há pendência de recurso administrativo, não correm os prazos prescricional e decadencial. Somente a partir da data em que o contribuinte é notificado do resultado do recurso é que tem início a contagem do prazo de prescrição previsto no art. 174 do CTN. Destarte, não há falar em prescrição intercorrente em sede de processo administrativo fiscal" (REsp 718.139/SP, Rel. Min. Denise Arruda, DJ de 23.4.2008). 2. Agravo interno não provido." (STJ, AgInt no REsp 1626695/RS, relator Ministro Mauro Campbell Marques, Segunda Turma, julgado em 07/03/2017).

"AGRAVO DE INSTRUMENTO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. DECADÊNCIA. LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. OMISSÃO NO RECOLHIMENTO DO TRIBUTO. ART 173, I, DO CTN. MARCOS TEMPORAIS DA DECADÊNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO. RECURSO PROVIDO. Aos créditos tributários, com lançamento por homologação, não declarados e não pagos, aplica-se o artigo 173, inciso I, do CTN, no que tange a decadência. O termo inicial da decadência se dá no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, quando o crédito de ICMS não for declarado. A notificação do contribuinte sobre o auto de infração, dando-lhe conhecimento do lançamento do tributo, interrompe o prazo decadencial." (TJMG, AI 10145130199410002 MG, relator Des. Armando Freire, 1ª Câmara Cível, julgado em 08/05/2014).

Assim, denota-se que não transcorreram cinco anos entre a nota fiscal emitida em 02/06/2008 e a constituição do crédito, por meio do lançamento, pelo que não há falar em decadência do direito em questão.

Lado outro, devem ser excluídas eventuais cobranças relativas a operações anteriores a 02/04/2008, pois já abrangidas pela decadência.

Da cobrança do ISSQN

A questão tributária objeto da presente impugnação se lastreia na possibilidade ou não de o ente público municipal estabelecer limites à dedução dos materiais empregados na atividade da construção civil.

A excipiente sustenta, com fulcro na Lei Complementar 116/2003, que seria admitida a dedução integral dos materiais empregados nas obras da base de cálculo do ISSQN, pelo que não haveria falar em diferença a menor nos recolhimentos por ele efetuados.

Já o Município excepto, por seu turno, argumenta que o Código Tributário Municipal (LC 037/2006) prevê a limitação das deduções relacionadas aos materiais empregados nas obras, o que não teria sido observado pela excipiente, dando origem, assim, a diferença de ISSQN não recolhida.

De início, se faz premente esclarecer que a excipiente desempenha atividades elencadas nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços trazida pela Lei Complementar



Estado de Mato Grosso do Sul
Poder Judiciário
Chapadão do Sul
2ª Vara

116/2003¹.

Em seguida, é importante consignar que a questão acerca da possibilidade de dedução dos materiais da base de cálculo do ISSQN da construção civil fora objeto de julgamento pelo e. STF, com reconhecimento de repercussão geral, onde restou reafirmado o entendimento acerca de tal possibilidade (RE 603.497 MG, julgado em 04/02/2010).

No mesmo sentido, a jurisprudência do e. STJ:

"TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO AGRAVO EM RECURSO ESPECIAL. ISSQN. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DO VALOR DOS MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. DESINFLUÊNCIA DA DISTINÇÃO ENTRE MATERIAIS FORNECIDOS PELO PRÓPRIO PRESTADOR DO SERVIÇO E MATERIAIS ADQUIRIDOS DE TERCEIROS. PRECEDENTES. AGRAVO REGIMENTAL IMPROVIDO. I. A dedução do valor dos materiais, utilizados na construção civil, da base de cálculo do ISSQN, conforme previsão do Decreto-lei 406/68 e da Lei Complementar 116/2003, abrange tanto os materiais fornecidos pelo próprio prestador do serviço, como aqueles adquiridos de terceiros. O que importa, segundo o entendimento pretoriano atual, é que os materiais sejam empregados na construção civil. II. Na forma da jurisprudência, "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). 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" (STJ, AgRg no AREsp 520.626/MG, Rel. Ministro SÉRGIO KUKINA, PRIMEIRA TURMA, DJe de 13/08/2014). III. Agravo Regimental improvido." (STJ, AgRg no AREsp 664.012/RJ, relatora Ministra Assusete Magalhães, Segunda Turma, julgado em 10/03/2016).

Resta, portanto, aferir se pode haver limitação nas deduções da base de cálculo do ISSQN, em relação aos materiais empregados na construção civil.

Assim estabelece o artigo 7º, § 2º, da LC 116/2003:

"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;(..."

¹**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)."



Estado de Mato Grosso do Sul
Poder Judiciário
Chapadão do Sul
2ª Vara

O artigo 269 do CTM, por seu turno, preceitua o seguinte:

"Art. 269 - A base de cálculo do imposto é o preço do serviço prestado.

§ 1º - Para os efeitos deste imposto, considera-se preço do serviço o valor da receita bruta total, auferida pelo contribuinte sem dedução de qualquer parcela, mesmo referente ao frete, carreto ou imposto, exceto no caso dos itens 7.02, 7.03, 7.04 e 7.05 da lista de serviços, nos quais serão deduzidas as parcelas correspondentes ao valor das subempreitadas, quando já tributadas pelo imposto e o valor dos materiais fornecidos pelo prestador de serviços, conforme disciplinado em regulamento.

§ 2º - O valor da dedução de que trata o parágrafo anterior não poderá ser superior:

a) a 50% (cinquenta por cento) do valor total da obra, quando se tratar de edificações novas;

b) a 30% (trinta por cento) do valor total da obra, quando se tratar de reforma ou ampliação de prédios já existentes. (...)"

Em que pese a disposição municipal acima transcrita, a qual limita as deduções referentes ao valor dos materiais, tenho que esta se apresenta em desacordo com a norma federal de regência, a qual não prevê qualquer limitação a tais deduções.

Ressalto que tal dispositivo da LC 116/2003 reproduz aquele estampado no artigo 9º, § 2º, "a", do Decreto-Lei 406/68, devidamente recepcionado pela Constituição Federal de 1988.

Por tal razão, conclui-se que há ofensa ao preceito estampado no artigo 146, III, "a", da Constituição Federal², o qual reserva à Lei Complementar Federal a definição da base de cálculo do ISSQN. Ademais, verifica-se afronta ao sistema de hierarquia das leis, onde uma norma local visa adentrar em matéria afeta a lei nacional.

Assim, pelo fato de a LC 116/03, assim como o DL 406/68, não terem consignado qualquer ressalva ou limitação às deduções referentes aos materiais fornecidos pelos prestadores de serviços da construção civil, tenho por bem afastar a aplicação dos percentuais contidos na alínea "a" do § 2º do artigo 269 do Código Tributário Municipal.

Nesse sentido:

"AGRAVO INTERNO NO AGRAVO DE INSTRUMENTO - MANDADO DE SEGURANÇA - TRIBUTÁRIO - ISSQN - SERVIÇO DE CONSTRUÇÃO CIVIL - POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DOS VALORES EMPREGADOS NO SERVIÇO DA BASE DE CÁLCULO DO ISSQN - ENTENDIMENTO SUFRAGADO PELO STF E STJ - LIMITAÇÃO À DEDUÇÃO - CONDUTA QUE SE DENOTA ILEGAL - AGRAVO CONHECIDO E IMPROVIDO. 1. A jurisprudência do excelso STF já sedimentou o entendimento segundo o qual é possível a dedução da base de cálculo do ISS dos valores dos materiais utilizados na construção civil e nas subempreitadas. 2. É ilegal a limitação da dedução dos valores materiais empregados nas obras de construção civil ao patamar de 20% (vinte por cento), para fins de apuração da base de cálculo do ISSQN, porque as leis federais que regulamentam o tema (Lei Complementar n.º 113/2003 e Decreto-Lei n.º 406/68) não impõem qualquer restrição nesse sentido. 3. A redação do art. 7º, § 2º, inciso I, da Lei Complementar n.º 116/03, e do artigo 9º, § 2º, letra "a", do Decreto-Lei n.º 406/68 autorizam a interpretação de que todo e qualquer material empregado

²Art. 146. Cabe à lei complementar: (...) 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;"



Estado de Mato Grosso do Sul
Poder Judiciário
Chapadão do Sul
2ª Vara

nas obras de construção civil pode ser deduzido da base de cálculo do ISSQN. 4. Recurso conhecido e improvido." (TJES, AI no Ag 00404040820128080024, relator Des. Carlos Simões Fonseca, 2ª Câmara Cível, julgado em 05/06/2013).

"PROCESSO CIVIL TRIBUTÁRIO. APELAÇÃO CÍVEL. SERVIÇOS DE ENGENHARIA PARA MANUTENÇÃO DE ILUMINAÇÃO PÚBLICA. ISSQN. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS VALORES RELATIVOS AOS MATERIAIS EMPREGADOS NA PRESTAÇÃO DO SERVIÇO. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO CONSOLIDADO NO STF - REPERCUSSÃO GERAL. LIMITE DO VALOR A SER REDUZIDO. ILEGALIDADE. DEDUÇÃO DO VALOR INTEGRAL DOS BENS UTILIZADOS. SENTENÇA MANTIDA. APELAÇÃO IMPROVIDA. O Supremo Tribunal Federal, no julgamento do RE 603.497, submetido ao rito da repercussão geral, assentou o entendimento de que é possível deduzir da base de cálculo do ISS o valor referente aos materiais empregados na construção civil, o qual deve ser utilizado, por analogia, à execução de serviços de engenharia elétrica. Incabível é a limitação do valor dos materiais, a ser excluído da base de cálculo do ISSQN, por lei municipal, sendo somente permitida por lei complementar federal. Recurso conhecido e improvido." (TJBA, APL 03837456420128050001, relatora Desa. Rosita Falcão de Almeida Maia, 3ª Câmara Cível, julgado em 08/08/2016)

Desta feita, não há falar em diferença a ser recolhida a título de ISSQN, pelo que também resta afastada a aplicação da penalidade prevista no artigo 316, I, "a", do Código Tributário Municipal, discriminada à f. 02, pois decorrente de suposto não recolhimento de imposto.

Diante do exposto, acolho a presente exceção de pré-executividade, determinando a anulação da CDA que instrui o presente feito, ficando, pois, extinta a presente execução fiscal.

Face à sucumbência, condeno o exequente ao pagamento de honorários advocatícios em favor do patrono do executado, fixados em 08% (oito por cento) do valor da causa, com fulcro no artigo 85, § 3º, II, do CPC/2015. Porém, está isento das custas processuais.

P. R. I.

Oportunamente, arquivem-se.

Chapadão do Sul, 31 de janeiro de 2018.

Anderson Royer
 Juiz de Direito