

# COMISSÃO MUNICIPAL DE ASSUNTOS TRIBUTÁRIOS

## SOLUÇÃO DE CONSULTA

CONSULTA N º: 02/2023

PROCESSO Nº: I 6130/2023

CONSULENTE: AUDITOR FISCAL DE TRIBUTOS MUNICIPAIS THIAGO BRUGGEMANN FORTKAMP

ASSUNTO: ISS - CONSTRUÇÃO CIVIL - BASE DE CÁLCULO

EMENTA: ISS - SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO-DEDUÇÃO DE MATERIAIS.

I. A BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA É O PREÇO DO SERVIÇO, ASSIM ENTENDIDA A RECEITA BRUTA A ELE CORRESPONDENTE.

II. HAVENDO O FORNECIMENTO DE MERCADORIAS **PRODUZIDAS** PELO PRESTADOR DOS SERVIÇOS, **FORA DO LOCAL DA PRESTAÇÃO, COMERCIALIZADAS EM PARALELO COM O TOMADOR, SENDO ESTE PRESTADOR CONTRIBUINTE DO ICMS**, OS MATERIAIS, DEVIDAMENTE DOCUMENTADOS EM NOTA FISCAL, CONFORME NORMATIZAÇÃO ESTADUAL, SUJEITAM-SE APENAS AO ICMS (SUB-ITENS 07.02 E 07.05 DA LISTA ANEXA A LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N° 007/97).

O Auditor Fiscal de Tributos Municipais - AFTM, Sr. Thiago Bruggemann Fortkamp vem a esta Comissão Municipal de Assuntos Tributários - COMAT, apresentar a seguinte CONSULTA TRIBUTÁRIA:

*[...] CONSIDERANDO AS HIPÓTESES DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA CONSTANTES NO ART. 269 DA LEI COMPLEMENTAR MUNICIPAL N° 007/97 (RETENÇÃO/SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DE ISS), O §4º DO ART. 273 DA MESMA LEI E ATUAL JURISPRUDÊNCIA DO STJ ACIMA, **QUESTIONO:***

**1. É ACEITA A DEDUÇÃO DE MATERIAIS EM PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL NO MUNICÍPIO DE FLORIANÓPOLIS?**

**2. PODEM SER ALOCADOS MATERIAIS NAS NOTAS FISCAIS DE PRESTAÇÃO DE SERVIÇO?**

## DA LEGISLAÇÃO APLICÁVEL

- I. Art. 156 da Constituição Federal de 1988 - atribui aos Municípios a competência para instituir e cobrar o ISSQN;
- II. Lei Complementar Nacional nº 116/2003 - Dispõe sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, e dá outras providências;
- III. Art. 247 da Lei Complementar n.º 007/97 - estabelece a hipótese de incidência do ISSQN.
- IV. Art. 252 da Lei Complementar n.º 007/97 - estabelece a base de cálculo do ISSQN.
- V. Art. 269 da Lei Complementar n.º 007/97 - estabelece substituição tributária referente ao ISSQN.
- VI. Art. 271 da Lei Complementar n.º 007/97 - estabelece a retenção referente ao ISSQN.

## DA FUNDAMENTAÇÃO E RESPOSTA

De acordo com a Lei Complementar Nacional nº 116/2003, tema replicado na Lei Complementar Municipal nº 007/97, é permitida a dedução da base de cálculo dos materiais utilizados na construção (subitens 7.02 e 7.05 das listas anexas às referidas leis). Os textos dos subitens são extremamente claros, *in verbis*:

7 – Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

[...]

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**). (GRIFO NOSSO)

De acordo com o texto legal, de aplicação em todo território nacional, para serem deduzidos da base de cálculo do ISS, **os materiais devem obrigatoriamente estar submetidos à tributação do ICMS de forma comprovada**. Assim resta claro que os materiais que, porventura constem em documento fiscal municipal, para furtarem-se à tributação do ISSQN, devem, obrigatoriamente, estar documentados em nota fiscal estadual relativa ao ICMS.

Para as deduções enquadrarem-se na previsão legal, devem seguir o critério lógico e simples: não constar na nota fiscal de prestação de serviços ou, caso constem, deve haver a

apresentação de nota fiscal de ICMS da comercialização dos materiais. Cabe destacar que, para se submeter à dedução da Lei, os materiais **devem ser fabricados pelo prestador fora do local da prestação dos serviços e estarem sujeitos à incidência do ICMS. O objetivo claro da Lei é evitar a bitributação**: se o prestador não paga ICMS sobre os materiais, **não há bitributação, tampouco deve ocorrer dedução da base de cálculo para incidência do ISSQN.**

A questão, nos moldes tratados acima, por muito tempo estava pacificada perante o Superior Tribunal de Justiça, o qual é o responsável pela uniformização da interpretação da lei em todo o Brasil. Contudo, em 2010, quando a discussão chegou ao STF por meio do RE 603.497/MG, a relatora da matéria, ministra Ellen Gracie, deu provimento ao recurso no sentido de permitir que a empresa recorrente deduzisse da base de cálculo os valores dos materiais usados para concretagem. Essa decisão monocrática foi utilizada por muitos contribuintes, por mais de uma década, para deduzir todo tipo de material em serviços de construção civil.

Todavia, no julgamento definitivo do mesmo RE 603497/MG, com a relatoria da ministra Rosa Weber, houve mudança do entendimento da relatora anterior, pois o RE 603.497/MG reconheceu ser do STJ a competência para definir a delimitação dos materiais que podem ser deduzidos, por ser matéria infraconstitucional. A partir disso, o STJ, ao julgar o REsp 1.916.376/RS, restabeleceu o seu entendimento anterior acerca da restrição da possibilidade de dedução de materiais somente para os casos de materiais produzidos pelo prestador de serviço e que tenham sido objeto de tributação do ICMS:

*"Entretanto, mais recentemente, em 03/07/2020 (publicação da ata de julgamento em 13/07/2020), nos mesmos autos do RE 603.497/MG, o STF deu parcial provimento a agravo interno para, reafirmando a tese de recepção do artigo 9º, §2º, do DL nº 406/1968 pela Constituição de 1988, assentar que a aplicação dessa tese naquele caso concreto não ensejou reforma do acórdão do STJ, ficando evidenciada, no referido julgamento, a intenção do Pretório Excelso de preservar a orientação jurisprudencial que o Superior Tribunal de Justiça sedimentou no âmbito infraconstitucional acerca da impossibilidade de dedução dos materiais empregados da base de cálculo do ISS incidente sobre serviço de construção civil. Diante desse último pronunciamento da Suprema Corte no julgamento do seu Tema 247, há de voltar a ser prestigiada a vetusta jurisprudência do STJ sobre o tema." (REsp nº 1.916.376/RS, relator ministro Gurgel de Faria, 1ª Turma, julgado em 14/3/2023, DJe de 18/4/2023).*

O Relator, ministro Gurgel de Faria, expressamente, restabeleceu o entendimento anterior:

*"O prestador de serviço de construção civil é, via de regra, contribuinte tão somente do ISS, de modo que, ainda que ele mesmo produza os materiais empregados fora do local da obra, esses materiais não estarão sujeitos ao recolhimento do ICMS e, portanto, não poderão ser abatidos da base de cálculo do ISS. Entretanto, caso o prestador do serviço de construção civil também seja contribuinte do ICMS, os materiais necessários à construção por ele produzidos*

*fora do local da obra e destacadamente comercializados em paralelo com o tomador, porquanto passíveis de tributação pelo imposto estadual, poderão ser subtraídos da base de cálculo do ISS."*

A partir deste novo cenário, percebe-se que o STJ (1ª e 2ª Turmas), no âmbito de sua atribuição constitucional, retomou o entendimento no sentido de ser possível a dedução dos materiais somente nos casos devidamente comprovados, em que os materiais tenham sido produzidos pelo prestador do serviço e por ele destacadamente comercializados, com a devida emissão dos respectivos documentos fiscais submetidos à tributação estadual do ICMS.

Diante do exposto, respondo à consulta:

1. É aceita a dedução dos materiais, conforme art. 252, §4º da LCM 007/1997, **desde que produzidos pelo prestador do serviço, fora do local da prestação dos serviços e por ele destacadamente comercializado com emissão de nota** fiscal de comercialização de mercadoria, com **incidência do ICMS**, conforme regulamento estadual.

2. Podem ser alocados materiais em notas fiscais de prestação de serviços, desde que haja emissão de nota fiscal de comercialização de mercadoria, conforme regulamento estadual que embasa os materiais descritos.

**Haja vista a relevância e o interesse geral, esta Solução de Consulta será publicada no Diário Oficial do Município, nos moldes do art. 3º, II do Decreto Municipal nº 23.206/2021.**

**Esta Solução de Consulta entra em vigor 30 (trinta) dias após a data de sua publicação. Fica revogada a Solução da Consulta Comat nº 001/2002.**

<p>FABIO EGEWARTH:0 1616517980</p> <p>Assinado de forma digital por FABIO EGEWARTH:01616517980 Dados: 2023.07.17 15:32:33 -03'00'</p> <p><b>FÁBIO EGEWARTH PRESIDENTE - Comat Matrícula nº 38.101-2</b></p>	<p>LEONARDO DA SILVA ASSIS:04540320 645</p> <p>Assinado de forma digital por LEONARDO DA SILVA ASSIS:04540320645 Dados: 2023.07.17 14:52:57 -03'00'</p> <p><b>LEONARDO DA SILVA ASSIS Relator Titular - Comat Matrícula nº 38.109-8</b></p>
---	---