

**Sentença que julgou procedente o pedido formulado
pelos ilustres advogados patronos da Temon Técnica
de Montagem e Construção Ltda;**

Terceira Vara da Fazenda Pública da Capital

Processo nº 835/93

Vistos estes autos de nº 835/93 em que Temon Técnica de Montagens e Construções Ltda. promoveu em face da Municipalidade de São Paulo, a presente Ação Declaratória cumulada com desconstitutiva de autuação fiscal pelo Procedimento Ordinário.

Alega a autora, em síntese, que foi autuada pelo Sr. Agente Fiscal de Rendas Mobiliárias do Município porque nos períodos de 1985, 1986, 1987, 1988, 1989 e 1990 recolheu a menor o ISS, uma vez que adquiriu materiais e posteriormente os remeteu às obras, através de nota fiscal de remessa, corrigindo monetariamente os valores, que são deduzidos da base de cálculo do imposto. Sustenta que é legítimo o seu procedimento, pois os valores dos materiais, objeto da dedução do imposto, devem ser corrigidos monetariamente sob pena de super avaliação desta base de cálculo. A correção monetária não representa nenhum "plus", mas tão somente atualização do valor no tempo. Alega ainda, que não efetuando a correção dos materiais utilizados na prestação de serviços, o Município tributa operação de circulação de mercadorias de competência estadual, caracterizando bitributação ao contribuinte.

Requeru a procedência do pedido para proceder a correção monetária dos valores dos materiais que adquire e que integram o preço dos serviços prestados, bem como, a desconstituição das autuações lavradas e a condenação da Municipalidade nas verbas de sucumbência.

A Municipalidade contestou alegando, em síntese, que o procedimento da autora não encontra respaldo legal, caracterizando sonegação de ICMS e reduzindo ilegalmente a base de cálculo do ISS. Diz que a base de cálculo do ISS é nos termos da lei, o valor da fatura menos o valor das mercadorias empregadas, considerando-se o preço de aquisição destas, sem a incidência de correção monetária. Pugna a improcedência do pedido.

Réplica da autora a fls. 40.

No saneador determinou-se, acolhendo o pedido da autora, a realização de prova técnica, consistente em perícia contábil e de engenharia. Vieram aos autos os laudos respectivos (fls. 62/437 e 438/1424). Foram prestados esclarecimentos pelos Assistentes Técnicos (fls. 1427/1451 e 1459).

Em alegações finais, as partes apresentaram os seus memoriais (fls. 1488/1489 e 1491/1509).

É o relatório.

D E C I D O

Assinala-se que o ponto controvertido da questão, envolve a possibilidade ou não, da autora proceder a correção monetária dos valores das mercadorias adquiridas antecipadamente em “lotes econômicos”, e utilizadas nas prestações de serviços.

Os laudos apresentados dão conta da regularidade da escrituração contábil da autora. Segundo a sua atividade, a autora adquire antecipadamente materiais hidráulicos e elétricos destinados às obras que irá realizar. Mantém estoque (fls. 474). Por ocasião da execução dos serviços contratados, a autora emprega tais materiais realizando periodicamente “medições”, a fim de constatar a quantidade dos materiais utilizados, e bem assim o andamento das obras e os serviços já realizados.

A perícia apurou também, que todos os materiais são utilizados nas obras, não havendo qualquer forma de comercialização. A autora não se utiliza de mão-de-obra de terceiros, sub-empregadas. Quanto a possibilidade ou não da aplicação de correção monetária sobre os valores das mercadorias, mantidas em estoque, a fim de proceder ao cálculo do imposto é questão de mérito pertinente ao Juízo o seu reconhecimento ou não.

É fato incontroverso ser a autora contribuinte do ISS. É uma empresa que atua no setor da Construção Civil executando projetos de engenharia elétrica e hidráulica. Nesse sentido enquadra-se nas disposições contidas no Decreto-lei nº 406 de 31/12/1968, com força de Lei Complementar, que no seu artigo 8º diz que o fato gerador é a prestação de serviços constante da lista que apresenta, realizados por empresa ou profissional autônomo, com ou sem estabelecimento fixo.

O Decreto-lei nº 406/68 define quais os serviços que serão tributados pelo ISS, explicitada em diplomas posteriores, o Decreto-lei 834/69 e a Lei Complementar nº 56/87. Este último diploma legal definiu a nova lista, alterando a redação primitiva do Decreto-lei nº 406/68. Estas normas legais foram recepcionadas pela Constituição Federal de 1988, por força de § 5º do art. 34 do Ato das Disposições Constitucionais Transitórias, do seguinte teor:-

“§ 5º. Vigente o novo sistema tributário nacional, fica assegurada a aplicação da legislação anterior, no que não seja incompatível com ele e com a legislação referida nos §§ 3º e 4º.”

A lista de serviços contempla no item 32, a construção civil e vem assim disposta:-

“32 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de construção civil, de obras hidráulicas e outras semelhantes e respectiva engenharia consultiva, inclusive serviços auxiliares ou complementares (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços, fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).”

O ISS incide, regra geral, sobre o preço dos serviços. No caso de execução de obras hidráulicas e também elétricas (e outras semelhantes..., diz a lei), ocorre exceção a regra, posto que a lei determina as seguintes deduções:-

- a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços;
- b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto.
(parágrafo 2º do art. 9º do Decreto-lei nº 406/68)

O Diploma legal permite então, uma redução na base de cálculo. Portanto, in casu essa base de cálculo passa a ser não o preço total dos serviços. Mas, o preço dos serviços menos o valor dos materiais fornecidos pelo prestador. E a razão é simples: nesses valores há incidência de outro imposto, o ICMS (ou o próprio ISS, se fosse caso de subempreitada).

Refere-se o Decreto-lei nº 406/68 a “*valor dos materiais*”, ou seja, o valor monetário que determinado material possa expressar, quando da efetiva prestação do serviço. Vale dizer, quando a prestação do serviço ingressa no mundo jurídico, pois aí surge a obrigação fiscal em decorrência da concretização do fato impositivo do ISS. Ora, se nesse mesmo momento há em contrapartida o emprego de materiais, o valor deles corresponderão ao seu valor monetário. Considerando como tal, o valor com a correção monetária. A autora adquire, conforme comprovado pela prova pericial, materiais em “lotes econômicos”. Estoca-os e os emprega na medida da execução das obras. O valor destes, com a correção monetária, representa o mesmo valor monetário de aquisição, apenas transposta a corrosão da moeda.

A autora quando firma um contrato de empreitada (veja-se os contratos de fls. 1086/1102, 1131/1181, estabelece como prazo médio para a obra, de 20 a 24 meses, onde a execução apresenta obrigações de trato sucessivo. Cada prestação materializa o fato impositivo em cada oportunidade,

que houver execução efetiva da prestação de fazer pela autora. Ora, o ISS tem como aspecto material a prestação de serviço, como aspecto temporal o momento em que há a prestação de serviço. E é nesse momento, que se considera o valor dos materiais utilizados, e não no momento de sua aquisição, pois não há naquele instante prestação de serviço que materialize o fato impositivo do ISS. Considerar o momento da aquisição dos materiais, representaria instituir o imposto onde não há fato gerador.

A ré ao pretender utilizar o valor de aquisição, desconsiderando a correção monetária, está também na verdade aumentando a base de cálculo do imposto, o que lhe é permitido apenas por lei (art. 97, inciso IV do C.T.N.).

O art. 150, inciso I da Constituição Federal de 1988 veda aos Entes políticos, entre os quais, o Município exigir ou aumentar tributo sem lei que o estabeleça.

Como é cediço, a majoração de um tributo tanto pode se dar ou de modo direto, ou de modo indireto, como neste caso: impedir a correção monetária dos valores dos materiais empregados nas obras. Basta um simples cálculo aritmético para se chegar a essa conclusão. Sem dúvida, pretende a ré majorar o imposto sem lei que a autorize.

Posto isto, **Julgo Procedente** o pedido formulado por Temon Técnica de Montagens e Construções Ltda. e **Extinto o Processo Com Julgamento de Mérito**, de acordo com o artigo 269, inciso I do Código de Processo Civil. Declaro a incidência da correção monetária sobre os valores dos materiais utilizados nas obras e tidos em estoque, para o fim de fixação da base de cálculo do ISS, relativos aos períodos de 1985 a 1990, desconstituindo-se, em consequência, os autos de infrações nºs 31.038.115/90, 31.043.798/91, 31.043.801/91, 31.043.810/91, 31.043.828/91, 31.043.836/91 e 31.043.844/91. Condeno a ré ao pagamento das custas processuais, corrigidas da data do desembolso e aos honorários advocatícios da autora, atualizados a partir do ajuizamento da ação, que fixo em 20% sobre o valor dado à causa, com fundamento no artigo 20, § 4º do C.P.C.

Caso não haja recurso voluntário, diante do disposto no artigo 475, inciso II do Código de Processo Civil, remetam-se os autos ao Egrégio Tribunal de Justiça.

P.R.I.

São Paulo, 6 de abril de 1995.

Ana Maria Fontes

Juíza Substituta