

Empresas devem entrar com ações contra ISS na construção

São Paulo - As construtoras podem contar com um ambiente favorável à exclusão dos materiais empregados nas obras de construção civil da base de cálculo do Imposto sobre Serviços (ISS). Pelo menos, é o que elas esperam após uma inovadora decisão dada em setembro pelo ministro Humberto Martins, do Superior Tribunal de Justiça (STJ), que reviu seu entendimento e reconheceu a possibilidade da dedução dos materiais, em linha oposta ao que o fisco e próprio Judiciário já consolidaram. Com esse indicativo de que o entendimento pode mudar, muitas empresas já se questionam se devem entrar na Justiça pela exclusão. "Estamos sendo muito questionados sobre qual o melhor procedimento a ser tomado", afirma o advogado Thiago Mendes Gonçalves Garbelotti, do escritório Braga & Moreno Consultores e Advogados. "Essa interpretação mais recente deixou aberta a possibilidade de êxito, mas ele não é sólido. É apenas a primeira decisão, mas pode influenciar outras", afirma. Via de regra, a prestação dos serviços de construção civil sofre a incidência do ISS e sua base de cálculo inclui o valor dos materiais cobrados dos clientes. A Lei Complementar 116, de 2003, em seu artigo 7º (parágrafo 2º) permite duas interpretações: de que os materiais passíveis de dedução seriam somente aqueles produzidos pelo prestador ou que a expressão "materiais fornecidos" abarca todo e qualquer material adquirido pelo prestador e repassado, via prestação de serviço, ao tomador, permitindo-se a exclusão de seus valores da base do ISS. De acordo com o parágrafo 2º da norma, "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". Embora, segundo o advogado, existam argumentos que permitam a dedução de todo e qualquer material adquirido pelo prestador para serem empregados na execução de serviço, o fisco e a Justiça afirmam que só os materiais produzidos pelo prestador fora do local da obra, como por exemplo uma viga feita fora do canteiro, ficam excluídos do ISS. "O STJ tem manifestações reiteradas de que todos os demais materiais devem integrar o preço do serviço e, conseqüentemente, a base de cálculo do ISS", afirma o advogado. Decisão de 1º de setembro do ministro Humberto Marques (AgRg no REsp 1228175/MG) reviu o entendimento, tomando por base antigos precedentes do Supremo Tribunal Federal (STF). "O Supremo Tribunal Federal, no RE 603.497-MG interposto contra acórdão desta Corte, reconheceu a repercussão geral da questão posta a julgamento e exarou decisão publicada em 16 de setembro de 2010, reformando o acórdão recorrido, com o seguinte teor: 'Esta Corte firmou o entendimento no sentido da possibilidade da dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil'. A base de cálculo do

ISS restou analisada pelo Supremo Tribunal Federal no julgamento acima, portanto, revejo o entendimento anterior, a fim de realinhar-me à orientação fixada pela Corte Suprema para reconhecer a possibilidade de dedução da base de cálculo do ISS dos materiais empregados na construção civil", diz a decisão. Ações Para Garbelotti, não deve ser descartado o fato de que o voto venha a influenciar o posicionamento dos demais membros do Tribunal, mesmo que a decisão tenha levado em conta antigos precedentes do STF que versavam sobre a constitucionalidade de um decreto de 1968, que regulava o ISS à época. "O ingresso de eventual ação judicial pleiteando a dedução em apreço passa a contar com melhores chances", afirma. Segundo ele, os contribuintes interessados [construtoras] contam com um cenário mais favorável para o ingresso de ações judiciais pleiteando a dedução dos materiais empregados em suas obras da base de cálculo do ISS. Há empresas, de acordo com o advogado, que estão "jogando no peito": excluindo os materiais do cálculo e, caso o fiscal veja irregularidade, entra com a ação. "A base da decisão do ministro Martins é boa", diz o tributarista. Liminar recente da 3ª Vara da Fazenda Pública de São Paulo livrou uma emissora de televisão de pagar ISS por sublocar parte de seu espaço a outra empresa do mesmo ramo. "Há verossimilhança no alegado na medida em que aparentemente trata-se de locação de bem imóvel que não justificaria a incidência de imposto sobre a prestação de serviços em razão da natureza distinta que as duas atividades apresentam", diz o despacho. Repercussão geral Em outro caso tributário, o Supremo reconheceu a existência de repercussão geral em um recurso extraordinário que discute a possibilidade de o Poder Judiciário aplicar ou não o benefício de alíquota mais favorável à operação de industrialização de embalagens destinadas ao acondicionamento de água mineral.

Fonte:
DCI

Associação Paulista de Estudos Tributários, 5/12/2011 11:28:32