



Acórdão n.º
Processo nº 0035224-13.2002.8.14.0301
Órgão julgador: 1ª Turma de Direito Público
Recurso: Apelação Cível
Comarca: Belém/Pará
Apelante: Polimix Concreto Ltda.
Advogado: Adilson de Castro Júnior, OAB/PA 18.435
Apelado: Município de Belém
Procurador do município: Miguel Gustavo Carvalho Brasil Cunha, OAB/PA 8.676
Relator(a): Roberto Gonçalves de Moura

EMENTA: PROCESSO CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. APLICAÇÃO DA LEI PROCESSUAL NO CASO. NULIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. AUSÊNCIA DE REQUISITOS LEGAIS. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA DÍVIDA ATIVA. AUSÊNCIA DE PROVA ROBUSTA HÁBIL A SUSTENTAR A NULIDADE. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE CONCRETAGEM. BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS. DEDUÇÃO DOS INSUMOS EMPREGADOS. ENTENDIMENTO DOS TRIBUNAIS SUPERIORES. ÔNUS PROBATÓRIO DA EMPRESA APELANTE. INOBSERVÂNCIA. RECURSO CONHECIDO E IMPROVIDO. DECISÃO UNÂNIME.

1. Ante o disposto no art. 14, do CPC/2015, tem-se que a norma processual não retroagirá, de maneira que devem ser respeitados os atos processuais e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da lei revogada. Desse modo, não de ser aplicados os comandos insertos no CPC/1973, vigente por ocasião da publicação e da intimação da decisão apelada.
2. A Certidão de Dívida Ativa tem presunção juris tantum de liquidez e certeza. No entanto, a sua desconstituição deve vir arraigada de provas robustas, caso contrário não há falar em acolhimento. Assim, até prova em sentido contrário, prevalece o contido na certidão de dívida ativa, conforme orientação tranquila do STJ.
3. Após o julgamento do RE nº 603.497, MG, a jurisprudência do STJ 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.
4. Especificamente, no caso concreto, todavia, a ausência de prova de ônus da apelante acarreta o desacolhimento dos seus argumentos, não havendo falar em deduções na base de cálculo das despesas com os materiais agregados ao serviço, mantida a higidez do crédito tributário.
5. Apelação Cível conhecida e improvida. À unanimidade.

ACÓRDÃO

Vistos, etc.

Acordam os Excelentíssimos Senhores Desembargadores componentes da 1ª Turma de Direito Público, por unanimidade de votos, em conhecer do recurso, PORÉM NEGAR-lhe provimento, tudo nos termos do voto do Desembargador Relator.

Plenário 1ª Turma de Direito Público do Tribunal de Justiça do Estado do Pará, aos onze dias do mês de junho do ano de dois mil e dezoito.

Turma Julgadora: Desembargadores Rosileide Maria da Costa Cunha (Presidente), Roberto Gonçalves de Moura (Relator) e Célia Regina de Lima Pinheiro (Membro).

Belém, 11 de junho de 2018.

Desembargador ROBERTO GONÇALVES MOURA,
Relator



RELATÓRIO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Trata-se de Apelação Cível interposta pela Polimix Concreto Ltda., contra sentença proferida pela MMA. Juíza de Direito da 4ª Vara de Fazenda da Comarca da Capital (fls. 62/66), nos autos dos EMBARGOS À EXECUÇÃO À FISCAL proposta contra o MUNICÍPIO DE BELÉM, que julgou o pedido improcedente, nos termos do art. 269, inciso I, do CPC/73.

Condenou o recorrente ainda ao pagamento de custas processuais e honorários advocatícios arbitrados em 10% (dez por cento) sobre o valor da causa.

Em suas razões, fls. 67/84, após breve resumo dos fatos, a apelante sustenta a necessidade de reforma da decisão de primeiro grau, alegando que, de acordo com a legislação vigente, à época, a base de cálculo para a Incidência do Imposto sobre Serviços – ISS era tão-somente o preço dos serviços, sem incluir o valor dos materiais, o que foi devidamente pago conforme registrado no AINF n.º 687/01 do Fisco Municipal.

Argui a nulidade da Certidão de Dívida Ativa – CDA, aventando que não preenche os requisitos constantes do art. 2º, §5º, da Lei n.º 6.830/1980, especificamente a forma de calcular os juros de mora e demais encargos previstos em lei, bem como a fundamentação legal da dívida e a indicação da atualização monetária, como, por exemplo, o momento legal e o termo inicial para o cálculo.

Como reforço à tese de que a CDA é nula, diz que a menção a Lei n.º 7.774, de 05/12/1995, que foi publicada em 29/06/1995 e serve de base a sustentação dos créditos tributários, é posterior as suas constituições, que



por sinal se deram nos meses de janeiro a março de 1995, sendo, portanto, segundo alega, incabível a referida fundamentação.

Questiona também a multa de 32% (trinta e dois por cento) e os juros aplicados cumulativamente com a multa penal, aduzindo que foge dos critérios da razoabilidade. Alega que o documento juntado pelo fisco municipal é um formulário repetitivo utilizado em todas as execuções fiscais, não possibilitando ao contribuinte saber qual a penalidade aplicada e quais meses se referem, grafando apenas que se refere a crédito pertinente ao exercício de 1996.

Ressalta que a petição inicial não faz menção a forma utilizada para a aplicação da correção monetária, negando, por conseguinte, ao contribuinte, o direito de ser informado, em desobediência ao art. 2º, §5º, IV, da Lei de Execuções Fiscais.

Suscita novamente a nulidade do título, aduzindo que não há discriminação específica e individualizada da suposta incidência de ISS no ano de 1996, alegando tratar-se de tributo cujo fato gerador é a prestação de serviços.

Diante das deficiências apontadas na CDA, toca na impossibilidade de exercer o direito a ampla defesa e ao contraditório.

Informa que a ação fiscal promovida pelo município apelado, baseou-se na premissa de que o cálculo do ISS sobre os serviços de concretagem incide no valor total das faturas, com abatimento de 50% (cinquenta por cento) dos materiais empregados e não do total, como vinha procedendo o apelante e que representa 90% (noventa por cento) do valor.

Nesse sentido, afirma que o ISS incide sobre o serviço efetivamente prestado, não podendo haver a introdução de elementos estranhos, tal como o custo dos materiais empregados na concretagem, sob pena de desvirtuamento da regra-matriz constitucional.

Diante dessas razões, pugna pelo conhecimento e provimento do recurso, requerendo a nulidade da CDA, a improcedência da execução fiscal, o reconhecimento do excesso de execução, por não terem sido considerados os valores efetivamente pagos e recolhidos aos cofres da Fazenda Municipal e o cancelamento do nome da empresa dos cadastros da Dívida Ativa e do Tribunal de Justiça do Estado do Pará.

Junta substabelecimento com reservas e o comprovante de pagamento do preparo recursal, fls. 85/86.

O juízo de primeiro grau recebeu o recurso no efeito devolutivo e, em razão disso, determinou que fossem desapensados os autos da execução fiscal para que tivessem o prosseguimento regular e a remessa dos embargos a Superior Instância, fl. 90.

Petição informativa da interposição de agravo de instrumento contra tópico dessa decisão, que recebeu o recurso de apelação apenas no efeito devolutivo, fls. 94/108.

Fls. 109/110, decisão do juízo singular mantendo a decisão de fl. 90.

Ofício n.º 3.174/2012, expedido pela 5ª Câmara Cível Isolada, solicitando informações, que foram devidamente prestadas, fls. 111/118.

Ofício n.º 2.961/2013, novamente expedido pela referida câmara, dando ciência que através do Acórdão n.º 125.416/2013, o recurso de agravo de instrumento havia sido provido para atribuir efeito suspensivo a apelação cível, fls. 119/124.

Petição do escritório jurídico Cavalcante & Pereira Advogados Associados SS



informando que renunciou os poderes conferidos pela Empresa Polimix Concreto Ltda, juntando comprovante da efetivação da notificação postal, fls. 126/130.

Petição da apelante requerendo a juntada de instrumento de procuração particular e que todas as intimações fossem realizadas em nome do Dr. Adilson de Castro Júnior, OAB/PR n.º 18.435, fls. 131/143.

Contrarrazões, fls. 144/150, enfatizando apenas que a atuação do Município de Belém se deu de acordo com o Superior Tribunal de Justiça, que entende pela impossibilidade do abatimento dos materiais utilizados na base de cálculo do ISS.

Certidão de tempestividade, fl. 150, v.

Inicialmente, os autos foram distribuídos ao Juiz Convocado, Dr. José Roberto Pinheiro Maia Bezerra Júnior, que em razão da edição da emenda regimental n.º 05/2016, determinou a sua redistribuição, recaindo a Relatoria à Desa. Maria do Ceo Maciel Coutinho, que também determinou a redistribuição em virtude de ser incompetente para atuar no feito, fls. 152/158.

Em consequência disso, os autos vieram à minha relatoria, fls. 159/160.

Determinei a inclusão do feito em pauta de julgamento, fls. 161/164.

É breve o relatório, síntese do necessário.

VOTO

O EXMO. SR. DESEMBARGADOR ROBERTO GONÇALVES DE MOURA (RELATOR):

Preenchidos os requisitos de admissibilidade recursal, CONHEÇO DO RECURSO. Passo a análise do mérito.

Inicialmente, faz-se necessário ressaltar que, de acordo com o que dispõe o art. 14, do CPC/2015, a norma processual não retroagirá, de maneira que devem ser respeitados os atos processuais e as situações jurídicas consolidadas sob a vigência da norma revogada.

Eis o teor do referido dispositivo:

Art. 14. A norma processual não retroagirá e será aplicável imediatamente aos processos em curso, respeitados os atos processuais praticados e as situações jurídicas consolidadas



sob a vigência da norma revogada.

Desse modo, no caso em questão, não de ser aplicados os comandos insertos no CPC/1973, porquanto em vigor por ocasião da publicação e da intimação da decisão ora recorrida.

Dito isso, analisando os autos, verifico que a pretensão do recorrente é ver reconhecida a nulidade da CDA que embasa a ação executiva fiscal e o abatimento na base de cálculo do ISS dos materiais empregados na prestação dos serviços, como também do que efetivamente já pagou.

Avaliando o pedido autoral, o juízo de primeiro grau julgou o pedido improcedente, fls. 62/66, pautando-se nas premissas de que a CDA goza de presunção de certeza e liquidez e que, portanto, seria válida; que a base de cálculo do ISS é o preço total do serviço, incluindo, inclusive, o material empregado e que não há prova de pagamento de parte do valor executado, não havendo, portanto, como haver abatimento.

Insatisfeito, o apelante interpõe recurso de apelação, arguindo nas suas razões, fls. 67/84, a nulidade da CDA, a possibilidade jurídica de abatimento dos materiais empregados na prestação de serviços na base de cálculo do ISS e o abatimento no valor da execução do que efetivamente já pagou.

Para facilitar a compreensão dos pontos debatidos, enfrenta-se um a um.

- DA NULIDADE DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA – CDA.

A apelante aduz que a CDA é nula de pleno direito, arguindo, dentre outros argumentos, que não preencher os requisitos específicos dispostos no art. 2º, §5º, da Lei de Execução Fiscal, mencionando, por exemplo, a ausência de discriminação dos cálculos referentes aos juros de mora, correção monetária e período a que se refere.

Sobre a validade da CDA, especificamente o art. 3º, caput, da referida lei, diz que a dívida ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez.

Nessa linha de entendimento, o Informativo Jurisprudencial n.º 0164/2003 do STJ, consigna expressamente que a certidão de dívida ativa goza de presunção de liquidez e certeza, verbis:

SEGUNDA TURMA

EXECUÇÃO FISCAL. CDA. PROVA. CO-RESPONSABILIDADE.

Em execução fiscal contra empresa e sócios-gerentes, cabe aos mesmos o ônus da prova para dirimir ou excluir a responsabilidade, via embargos do devedor, porquanto a Certidão de Dívida Ativa tem presunção juris tantum de liquidez e certeza. (Lei n. 6.830/1980, art. 3º). Precedente citado: REsp 278.741-SC, DJ 16/9/2002. , Rel. Min. Eliana Calmon, julgado em 6/3/2003.

Desse modo, diante dessa prerrogativa legal do título discutido e da pretensão da apelante de vê-lo desconstituído, para que a apelante obtenha êxito no seu intento processual, devem haver provas robustas e incontestáveis.

No caso, ao contrário do que se espera, o assunto não rompe o campo fático, pois as supostas deficiências apontadas referentes a ausência de discriminação dos cálculos de juros de mora, correção monetária e período executado, não restaram devidamente demonstrados, mesmo porque, pelo que se observa do caminho processual percorrido até a sentença, não há sequer cópia reprográfica do título executivo que embasa a execução fiscal, o que torna inviável a análise da tese pretendida.



Nesse sentido, não havendo prova em sentido contrário, deve ser resguardada a validade da CDA, que, conforme já dito, goza de presunção de liquidez e certeza, entendimento jurisprudencial que se amolda ao esposado, verbis:

Ementa: RECURSO DE APELAÇÃO. TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ICMS. TRANSPORTE DE MERCADORIAS. REENQUADRAMENTO DE ALÍQUOTAS QUE NÃO CONDUZ À ILIQUIDEZ TOTAL DO TÍTULO. MERO CÁLCULO ARITMÉTICO. - O Superior Tribunal de Justiça, no REsp 1.115.501/SP, submetido ao rito dos recursos repetitivos, em que o Superior Tribunal de Justiça decidiu que "remanesce a exigibilidade parcial do valor inscrito na dívida ativa, sem necessidade de emenda ou substituição da CDA (cuja liquidez permanece incólume), máxime tendo em vista que a sentença proferida no âmbito dos embargos à execução, que reconhece o excesso, é título executivo passível, por si só, de ser liquidado para fins de prosseguimento da execução fiscal". - Assim, o excesso de execução reconhecido pelo juízo de origem alíquota de 17% para 12%, em relação à CDA 15/70518 não implica a decretação da nulidade total do título, mas tão somente a redução do montante devido, por meio de simples cálculo aritmético. PRETENSÃO DE ALTERAÇÃO DE ALÍQUOTA EM RAZÃO DA NATUREZA DA BEBIDA TRANSPORTADA. AUSÊNCIA DE PROVA. PRESUNÇÃO DE CERTEZA E LIQUIDEZ DA CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. - A CDA possui presunção de certeza e liquidez, podendo ser ilidida por meio de prova inequívoca, a cargo do sujeito passivo, por força do que dispõem os art. 204, parágrafo único, do CTN, e 3º, parágrafo único, da LEF. Assim, até prova em sentido contrário, prevalece o contido na certidão de dívida ativa, conforme orientação tranquila desta Corte. - No caso, a presunção de que a parte apelante transportava, quando da fiscalização, vinho, por ser a sua atividade principal, não é prova bastante em si para ilidir a presunção de certeza e liquidez de que goza a CDA. ÔNUS SUCUMBENCIAIS. DECAIMENTO MÍNIMO. INOCORRÊNCIA. HIPÓTESE DE SUCUMBÊNCIA RECÍPROCA. - O art. 86, caput, do CPC, dispõe que se cada litigante for, em parte, vencedor e vencido, serão proporcionalmente distribuídas entre eles as despesas, salvo se um litigante sucumbir em parte mínima do pedido, hipótese em que o outro responderá, por inteiro, pelas despesas e pelos honorários (parágrafo único do referido artigo). - No caso, tendo a parte apelante decaído dos seus pedidos principais e logrado êxito em alguns dos subsidiários, em especial em relação aos que reduziram o montante da dívida, a hipótese retrata sucumbência recíproca, e não de decaimento mínimo. APELO DESPROVIDO. (Apelação Cível Nº 70077484673, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Marilene Bonzanini, Julgado em 30/05/2018)

Diante disso, certo da presunção juris tantum da certidão de dívida ativa e da ausência incontestada de provas de possível nulidade, prudente é rejeitar o argumento de nulidade da CDA, por não haver sustentáculo jurídico.

- DA LEGALIDADE OU NÃO DO ABATIMENTO DOS INSUMOS EMPREGADOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS NA BASE DE CÁLCULO DO ISS. RECENTE ENTENDIMENTO DO STF, STF E TRIBUNAIS.

No que tange a esse ponto, a recorrente sustenta que é entendimento assente na jurisprudência que o ISS deve incidir, na hipótese, sobre o serviço efetivamente prestado e não em relação a totalidade, que inclui os materiais empregados, conforme o fundamento utilizado pela juíza de primeiro grau.

Pelo que se observa do objeto social da empresa apelante, encartado à fl. 25, desenvolve ela prestação de serviços de concretagem, construção civil, comércio imobiliário, importação e exportação de bens e serviços e, no caso, pretende que, nos serviços de concretagem, a base de cálculo seja o preço do serviço, excluídos os materiais empregados.

De acordo com o Decreto-Lei n.º 406, 31 de dezembro de 1968, art. 9º, §2º, incisos I e II, a base de cálculo do imposto sobre serviços é o preço do serviço, devendo na composição, serem excluídos os materiais fornecidos



pelo prestador dos serviços e o valor da subempreitadas já tributadas pelo referido imposto:
Art. 9º. A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

...

§2º. Na prestação dos serviços a que se referem os itens 19 e 20 da lista anexa o imposto será calculado sobre o preço deduzido das parcelas correspondentes:

- a) ao valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços;
- b) ao valor das subempreitadas já tributadas pelo imposto.

...

O STF, nesse sentido, firmou o entendimento, verbis:

EMENTA: AGRAVO REGIMENTAL EM RECURSO EXTRAORDINÁRIO. ISS. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO DOS MATERIAIS E SUBEMPREITADAS. POSSIBILIDADE. 1. A jurisprudência do Supremo Tribunal Federal é firme no sentido de que o art. 9º do Decreto-Lei 406/1968 foi recepcionado pela Constituição Federal de 1988. Pelo que é possível a dedução da base de cálculo do ISS dos valores dos materiais utilizados em construção civil e das subempreitadas. 2. Agravo regimental desprovido. (RE 599582 AgR, Relator(a): Min. AYRES BRITTO, Segunda Turma, julgado em 29/03/2011, DJe-123 DIVULG 28-06-2011 PUBLIC 29-06-2011 EMENT VOL-02553-02 PP-00233)

E o STJ não poderia ser diferente:

TRIBUTÁRIO. ISSQN. CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE CÁLCULO. ABATIMENTO DO VALOR DOS MATERIAIS UTILIZADOS NA PRESTAÇÃO DE SERVIÇO VOLTADO PARA A CONSTRUÇÃO CIVIL. POSSIBILIDADE. ENTENDIMENTO DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. PRECEDENTES. SOBRESTAMENTO DO FEITO. DESNECESSIDADE.

1. "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) 2. Os precedentes desta Corte pontuam que a pendência de apreciação de recursos opostos contra acórdãos cujo julgamento se deu sob rito dos recursos repetitivos, repercussão geral ou ADI não implica direito ao sobrestamento de recursos no âmbito do STJ.

Agravo regimental improvido.

(AgRg no AREsp 634.871/RJ, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, SEGUNDA TURMA, julgado em 05/03/2015, DJe 11/03/2015)

Com a colação dos entendimentos alhures, fica fácil concluir que na base de cálculo do ISS deve incidir apenas a prestação de serviços, deduzidos os materiais empregados. No entanto, no caso concreto, a situação obrigatoriamente tem rumo diverso do antes assentado, pois a apelante requer o abatimento na base de cálculo dos materiais efetivamente empregados e do que inclusive já recolheu aos cofres municipais, porém não junta prova por meio da qual se possa aferir o quantum deduzível e o que supostamente foi recolhido, motivo por que seu pleito no sentido de deduzir esses itens, surge descabido. Nesse diapasão, segue de caso semelhante:

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. ISS. PRESUNÇÃO DE LIQUIDEZ E CERTEZA DA CDA. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE ANTERIORMENTE OPOSTA. NÃO-PRECLUSÃO. REGRA TERRITORIAL. COMPETÊNCIA DO MUNICÍPIO DO TOMADOR DO SERVIÇO, QUANDO DESTOANTE DO DOMICÍLIO PRESTADOR. BASE DE CÁLCULO. TÉCNICA DO ARBITRAMENTO. ART. 148 DO CTN. DEDUÇÃO DE MATERIAIS E DE SUBEMPREITADAS. IMPOSSIBILIDADE. PRECLUSÃO. O efeito da decisão de exceção de pré-executividade é interno à execução e não impede o exame da matéria em embargos posteriores. Hipótese em que sequer foram apreciadas as teses da defesa, tendo a parte sido remetida aos embargos. VALIDADE DA CDA. A Certidão de Dívida Ativa regularmente inscrita goza da presunção de certeza e liquidez (art. 3º da L. nº 6.830/80 e art. 204 do CTN), somente sendo elidida por meio de prova robusta, cujo ônus é do devedor. COMPETÊNCIA



TRIBUTÁRIA. Vigê, no sistema tributário brasileiro, o princípio constitucional da territorialidade das leis tributárias. A única lei tributária aplicável é a da pessoa política em cujo território o fato imponible ocorreu. BASE DE CÁLCULO. É o preço do serviço. A técnica do arbitramento é aplicável quando irregular a escrita da empresa, não permitindo ao Fisco o lançamento com fundamento em fatos reais, com os requisitos do art. 148 do CTN. DEDUÇÕES. MATERIAIS E SUBEMPREGADAS. IMPOSSIBILIDADE. Não se incluem nas deduções possíveis da base de cálculo as despesas com os materiais agregados ao serviço e às subempregadas. DIREITO PROBATÓRIO. A ausência de prova de ônus da embargante acarreta o desacolhimento dos seus argumentos, mantida a higidez do crédito tributário. Doutrina. Precedentes jurisprudenciais. PRELIMINAR CONTRA-RECURSAL REJEITADA. APELAÇÃO DESPROVIDA. (Apelação Cível N° 70020258034, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 19/07/2007)

Portanto, mesmo que seja legítimo o direito da apelante à pretensa dedução na composição da base de cálculo do ISS, não há como se efetivar qualquer tipo de dedução e, por conseguinte, falar em excesso de execução.

Diante de todo o exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao presente Recurso de Apelação Cível, nos termos da fundamentação ao norte lançada.

É o voto.

Belém, 11 de junho de 2018.

Desembargador **ROBERTO GONÇALVES DE MOURA**,
Relator