



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUENTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 037/2006

Em princípio todo o custo dos serviços deveriam estar embutidos nos custos que, somados à mais valia perseguida pela prestadoras se constituiria em preço final dos serviços. Todavia, a fragmentação da prestação em utilidades diversas leva à definição da natureza jurídica de cada uma delas. Aliás, como está dito em fls. 141 da Revisão Fiscal de n.º 2004/32453: *“Cada uma das referidas etapas é imprescindível à prestação do serviço de telefonia fixa. Sem habilitação, não há como se estabelecer o vínculo comunicacional do assinante com terceiros; se não houver a manutenção dos equipamentos, igualmente prejudicada será a prestação do serviço, consistente não apenas na realização de chamadas, mas também no seu recebimento. Essas atividades tem um custo que deve ser arcado pelo particular que figura como tomador do serviço, podendo a respectiva remuneração ser (i) global, com apenas uma tarifa, porém, de valor mais elevado, para retribuir toda a atividade desenvolvida pelo prestador, ou (ii) seccionada, exigindo-se uma tarifa específica para cada benefício fruído pelo assinante.*

Tenho, pois, para mim que não assiste razão ao Recorrente no que pertine a este tópico do Apelo.

Segunda discussão.

No item III, diz a Recorrente, da não incidência do ISSQN sobre atividades não discriminadas na Lei Complementar 116/2003, nem no antigo Decreto-lei 406/68. É a recorrente discussão a respeito da taxatividade da Lista de Serviços ou da alegada não previsão legal dos serviços apontados pela Administração como capazes de atrair a incidência do ISS.

É verdade e, este Conselho, ciente da posição adotada pelo STF no que diz respeito a taxatividade da Lista de Serviços, aceita a impossibilidade de que se encontre outras hipótese que não aquelas elencadas na legislação de vigência. Todavia, ainda em consonância com o STF, entende que esta taxatividade tem aplicação no sentido vertical e não no sentido horizontal, isto é, desde que o próprio legislador usa o termo – congêneres – está a indicar que a hipótese admite a interpretação analógica no fito de abrigar atividades que se enquadrem, horizontalmente, em cada um dos itens.

Portanto, se houve com correção o Fisco ao indicar o item 7.05 da Lei Municipal n.º 4.818/03. Tome-se por norte a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n.º 598220424, da 2ª. Câmara Cível, Rel. Des. Arno Werlang, 10.3.1999.

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA LISTA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA. A lista de serviços a que se referem o Decreto-lei n.º 406/68, o Decreto-lei n.º 839/69 e a Lei Complementar n.º 56/87 é exaustiva e não meramente exemplificativa na cobrança do ISS por parte dos municípios. No entanto, mostra-se cabível e pertinente, a interpretação compreensiva de cada um dos itens, sem que com isso possa lhe colocar uma pecha de manifesto



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 037/2006

exagero. Tributáveis são só os serviços nela mencionados, mas cada item dessa lista comporta interpretação ampla e analógica.

Portanto, também no que diz respeito a essa alegação melhor sorte não lhe assiste.

Terceira questão.

O pedido de diligência, tenho para mim que também não prospera na medida em que, pela decisão citada anteriormente, o fato do usuário ter utilizado parte do limite da – assinatura – ou mesmo não ter utilizado, pela compreensão dada até aqui, não desnatura sua classificação. Deste modo, tenho para mim que a diligência iria apontar um resultado irrelevante para o mérito da discussão.

Assim, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo-se, na íntegra, o auto de infração atacado.

Os Conselheiros presentes Elaine Cofceviez, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Angélica Guilardi, Mauro José Pompermaier e Luiz Roberto Steinmetz, a unanimidade, acolheram o voto da Conselheira Relatora.

Sala das sessões, 17 de outubro de 2006.

Cons.^a OLGA MYZAK
 Relatora

Cons. FRANCISCO DE PAULA FIGUEIREDO
 Presidente



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
 Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 037/2006

exagero. Tributáveis são só os serviços nela mencionados, mas cada item dessa lista comporta interpretação ampla e analógica.

Portanto, também no que diz respeito a essa alegação melhor sorte não lhe assiste.

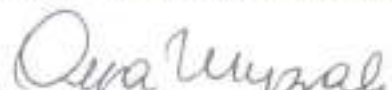
Terceira questão.

O pedido de diligência, tenho para mim que também não prospera na medida em que, pela decisão citada anteriormente, o fato do usuário ter utilizado parte do limite da assinatura – ou mesmo não ter utilizado, pela compreensão dada até aqui, não desnatura sua classificação. Deste modo, tenho para mim que a diligência iria apontar um resultado irrelevante para o mérito da discussão.

Assim, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo-se, na íntegra, o auto de infração atacado.

Os Conselheiros presentes Elaine Cofcevicz, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Angélica Guilardi, Mauro José Pompermaier e Luiz Roberto Steinmetz, a unanimidade, acolheram o voto da Conselheira Relatora.

Sala das sessões, 17 de outubro de 2006.


 Cons.^a OLGA MYZAK
 Relatora


 Cons. FRANCISCO DE PAULA FIGUEIREDO
 Presidente



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTEES
Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

ACÓRDÃO 038/2006

Processo: 2005/12851
Requerente: TIM CELULAR SA
Assunto: Recurso Voluntário -ISSQN

Ementa: ISSQN. Prestação de serviços na forma de assinatura.
Recurso Não Provido.

Trata-se de Recurso Administrativo, com suporte no art. 83 da Lei Municipal de n.º 1.783, de 30.11.1977, interposto pela TIM CELULAR S.A., contra decisão de primeira instância, fls. 158/177, do Processo n.º 2005/8.887, que julgou subsistente o Auto de Infração de n.º 38/2005, o qual ainda pretende desconstituir através desta irrisignação, alegando, em síntese, o que segue.

- a) que o recurso é tempestivo porque interposto no prazo previsto no art. 83 da Lei 1.783, de 30.11.1977
- b) afirma que em 20.4.2005, o Município de Canoas através de seus agentes lavrou o Auto de Infração de n.º 38/2005, apontando como suporte para essa ação o não recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, supostamente incidente sobre as receitas auferidas a título de "assinaturas", correspondendo ao período de janeiro de 2004 a outubro daquele mesmo ano, autorizados pelos artigos 12, 16, e 51 da Lei Municipal de n.º 1.783/77 e no artigo 42, da Lei n.º 1.943/79, no valor de R\$ 25.454,67 (vinte e cinco mil, quatrocentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e sete centavos) que o Fisco Municipal apontou no Relatório de Revisão Fiscal de n.º 2004/32.453 e, que o serviço objeto da autuação seria aquele previsto no item 7.05 do Anexo I, da Lei Municipal 34.818/03, bem como item 7.05 da Lei Complementar n.º 116/03, o qual transcrevemos a seguir como fez a Recorrente na sua peça:
- c) " 7 - Serviços relativos a engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.

(...)

7.05. Reparação, conservação e reforma de edifícios, estradas, pontes, portos e congêneres (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador dos serviços, que fica sujeito ao ICMS.....3%



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
 SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
 CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 038/2006

- d) diz que os serviços de – assinaturas – ao contrário do que quer a Fiscalização, atraem a incidência do ICMS, por várias razões que elenca e comenta, assentando que se trata de atividade de telecomunicação imunizado a outro imposto que não aquele antes citado, por expressa disposição constitucional prevista no art. 155, § 3.º do Diploma Maior, trazendo, para consolidar esta tese, doutrina e jurisprudência que entendeu adequar-se ao caso em exame;
- e) Outrossim refere que a Administração também se equivoca quando pretende a definição da natureza jurídica dos valores em cobrança; é que, segundo afirma, participou de licitação, sob a fiscalização da ANATEL, para a exploração de Serviço Móvel Pessoal, na qual se encontrava inserido na área objeto desta atividade, o Município de Canoas; passou, assim a estar autorizada à exploração do serviço de telefonia móvel o – SMP; aponta que o SMP é serviço de telefonia, portanto, de telecomunicação, logo, fora do alcance de qualquer outro tributo que não o ICMS, como havia dito antes; a Resolução 316, Regulamento do Serviço Móvel Pessoal define o aludido serviço como: *“Art. 4.º Serviço Móvel Pessoal – SMP é o serviço de telecomunicações móvel terrestre de interesse coletivo que possibilita a comunicação entre Estações Móveis e de Estações para outras estações, observado o disposto neste Regulamento;*
- f) Em seguida afirma a impossibilidade de classificação dos valores recebidos a título de assinatura como sendo relativo a outros serviços que os de telecomunicação, indicando os artigos 60 e 61 da Lei 9.472/97 como enunciativos da definição dos serviços em questão, transcrevendo: *“Art. 60. Serviço de telecomunicações é o conjunto de atividades que possibilita a oferta de comunicação.”* E, ainda, *“Art. 61. Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que lhe dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação ou recuperação de informações.”*
- g) Argumenta, também, que para se ter um serviço de valor adicionado é preciso dissociá-lo do serviço de comunicação sem, impedir a prestação deste; desse modo, vez que o serviço de assinatura consta no Plano Básico de Serviço, conforme Regulamento, não se pode considerá-lo como tal. Alega que o simples exame da fatura demonstra que a Recorrente nunca quis evadir-se da obrigação, em especial porque se vingasse a tese do Município a obrigação fiscal lhe seria diminuída;
- h) Diz, também que se fosse possível a incidência do ISSQN sobre o serviço em tela, a incidência se efetivaria apenas sobre o resíduo não utilizado do limite da assinatura;
- i) Assevera que não há previsão legal par a incidência do ISSQN sobre os aludidos serviços vez que a base legal apontada, ou seja o item 55, indicado na Lei 3.656/92,



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 038/2006

o qual transcreve-se agilizar a compreensão "Item 55 - Conserto restauração, manutenção e conservação de máquinas, veículos, motores, elevadores ou de quaisquer objetos (exceto fornecimento de peças e partes, que fica sujeito a ICM)..... 3%

- j) Indica a taxatividade da Lista de Serviços como impeditiva da interpretação dada pelo Fisco para justificar a cobrança dos serviços;
- k) Por fim, a prevalecer a tese da Municipalidade seria necessária a baixa do processo em diligência a fim de que pudesse ser aferida apenas a incidência sobre o residuo do limite como afirmado anteriormente.
- l) Em razão de tudo que foi dito, pede:
- a) a insubsistência do Auto de Infração de n.º 38/2005;
- b) pela eventualidade da rejeição do Recurso interposto, seja o processo baixado para a verificação da base de cálculo do tributo "elencando os valores que efetivamente referem-se a serviços de assinatura os quais não foram efetuadas quaisquer ligações, para fins de cobrança do ISSQN".

A Representação da Fazenda diz, em fls. 43, que o processo teve tramitação regular.

Este o Relatório.

Realizada a sustentação oral pelo Procurador da Recorrente e debatida a matéria entre os Conselheiros, passo a relatar.

Senhor Presidente:

Efetivamente, a tempestividade do recurso se mostra incontroversa.

Há, todavia, matéria preliminar que precisa ser ultrapassada.

É que ao sustentar a não incidência do ISS-QN sobre os serviços que foram objeto de autuação a Recorrente restou por não atender as requisições do Fisco, pelo menos não por inteiro, o que deflagrou a conduta legal do arbitramento, a meu ver, inarredável, dadas as circunstâncias e o posicionamento empreendido pelas partes.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUENTES
Rua Cândido Machado, 429 - sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 038/2006

Mérito,

Primeira discussão.

Trata-se de tema recorrente neste Conselho, qual seja, se o serviço cobrado a título de - assinatura - se constitui em serviço de - comunicação - como quer o Contribuinte ou, se configura serviço capaz de atrair a incidência do ISSQN.

Essa é a questão, inicialmente proposta. Para a elucidação cabe verificar-se o que diz a Lei Complementar 87 de 13 de setembro de 1996, quando estabelece a incidência do imposto (ICMS) dizendo:

Art. 2.º O imposto incide sobre:
(...);

III - prestações onerosas de serviços de comunicação, por qualquer meio, inclusive a geração, a emissão, a recepção, a transmissão, a retransmissão, a repetição e a ampliação de comunicação de qualquer natureza, (sublinhamos)

Num primeiro momento, por evidente, é preciso que se examine e se tire as devidas conclusões, se o fato de disponibilizar ao usuário, toda uma infra-estrutura para que, se valendo dela, possa realizar hipóteses uma das hipóteses acima elencadas, se constitui em serviço de comunicação.

Parece evidente, que apenas disponibilizar os meios para que o serviço de comunicação seja utilizado, não se configura como *geração, emissão, recepção, transmissão, retransmissão, repetição ou ampliação* do serviço de comunicação.

É verdade que o Poder Judiciário¹ já se manifestou pela legalidade da cobrança da - assinatura - entendendo ser prestação de serviço e que a remuneração (preço do serviço) se constitui em contrapartida pela manutenção desses meios físicos para o alcance da utilidade. Isso não afasta o caráter de absurdez da medida. É como se uma transportadora cobrasse de seus usuários, em separado, a manutenção da frota, ao invés de colocá-la nos custos do serviço.

Para ficar mais clara a questão cabe transcrever, aqui, a palavra do tributarista Roque Carraza quando diz que: *O ICMS não alcança simplesmente a comunicação, mas sim a prestação (onerosa) do serviço de comunicação. Em linguagem mais técnica, a hipótese de incidência possível deste ICMS é prestar, em caráter negocial, serviços de comunicação.*

O Regulamento Geral dos Serviços de Telecomunicações (aprovado pelo Conselho Diretor da Agência de Telecomunicações - ANATEL, objeto da Resolução 73, de 25.11.98) destaca (art. 3.º) que *"não constituem serviços de telecomunicações, o provimento de*

¹ - Processo n.º 709511-3, Sentença da Juíza Mônica Rodrigues Dias de Carvalho.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUÍNTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 038/2006

capacidade de satélite, a atividade de habilitação ou cadastro de usuário, e de equipamento, para acesso a serviços de telecomunicações, nem denominados serviços de valor adicionado."

Em princípio todo o custo dos serviços deveriam estar embutidos nos custos que, somados à mais valia perseguida pela prestadoras se constituiria em preço final dos serviços. Todavia, a fragmentação da prestação em utilidades diversas leva à definição da natureza jurídica de cada uma delas. Aliás, como está dito em fls. 141 da Revisão Fiscal de n.º 2004/32453: *"Cada uma das referidas etapas é imprescindível à prestação do serviço de telefonia fixa. Sem habilitação, não há como se estabelecer o vínculo comunicacional do assinante com terceiros; se não houver a manutenção dos equipamentos, igualmente prejudicada será a prestação do serviço, consistente não apenas na realização de chamadas, mas também no seu recebimento. Essas atividades tem um custo que deve ser arcado pelo particular que figura como tomador do serviço, podendo a respectiva remuneração ser (i) global, com apenas uma tarifa, porém, de valor mais elevado, para retribuir toda a atividade desenvolvida pelo prestador, ou (ii) seccionada, exigindo-se uma tarifa específica para cada benefício fruído pelo assinante.*

Tenho, pois, para mim que não assiste razão ao Recorrente no que pertine a este tópico do Apelo.

Segunda discussão.

No item III, diz a Recorrente, da não incidência do ISSQN sobre atividades não discriminadas na Lei Complementar 116/2003, nem no antigo Decreto-lei 406/68. É a recorrente discussão a respeito da taxatividade da Lista de Serviços ou da alegada não previsão legal dos serviços apontados pela Administração como capazes de atrair a incidência do ISS.

É verdade e, este Conselho, ciente da posição adotada pelo STF no que diz respeito a taxatividade da lista de serviços, aceita a impossibilidade de que se encontre outras hipóteses que não aquelas elencadas na legislação de vigência. Todavia, ainda em consonância com o STF, entende que esta taxatividade tem aplicação no sentido vertical e não no sentido horizontal, isto é, desde que o próprio legislador usa o termo – congêneres – está a indicar que a hipótese admite a interpretação analógica no fito de abrigar atividades que se enquadrem horizontalmente, em cada um dos itens.

Portanto, se houve com correção o Fisco ao indicar o item 7.05 da Lei Municipal n.º 4.818/03. Tome-se por norte a decisão do Tribunal de Justiça do Estado do Rio Grande do Sul, Apelação Cível n.º 598220424, da 2ª. Câmara Cível, Rel. Des. Arno Werlang, 10.3.1999.

TRIBUTÁRIO. IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA LISTA DE SERVIÇOS. INTERPRETAÇÃO ANALÓGICA. A lista de serviços a que se referem o Decreto-lei n.º 406/68, o Decreto-lei n.º 839/69 e a Lei Complementar n.º 56/87 é exhaustiva e não meramente exemplificativa na cobrança do ISS por parte dos



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 038/2006

municípios. No entanto, mostra-se cabível e pertinente, a interpretação compreensiva de cada um dos itens, sem que com isso possa lhe colocar uma pecha de manifesto exagero. Tributáveis são só os serviços nela mencionados, mas cada item dessa lista comporta interpretação ampla e analógica.

Portanto, também no que diz respeito a essa alegação melhor sorte não lhe assiste.

Terceira questão.

O pedido de diligência, tenho para mim que também não prospera na medida em que, pela decisão citada anteriormente, o fato do usuário ter utilizado parte do limite da – assinatura – ou mesmo não ter utilizado, pela compreensão dada até aqui, não desnatura sua classificação. Deste modo, tenho para mim que a diligência iria apontar um resultado irrelevante para o mérito da discussão.

Assim, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO**, mantendo-se, na íntegra, o auto de infração atacado.

Os Conselheiros presentes Elaine Cofcevicz, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Angélica Guilardi, Mauro José Pompermaier e Luiz Roberto Steinmetz, a unanimidade, acolheram o voto da Conselheira Relatora.

Sala das Sessões, 17 de outubro de 2006.

Cons.^a
Relatora

OLGA MYZAK

Cons. FRANCISCO DE PAULA FIGUEIREDO
Presidente



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTEES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

ACÓRDÃO 039/2006

Processo: 2006/19262
Requerente: COMUNIDADE EVANGÉLICA LUTERANA SÃO PAULO -CELSP
Assunto: Pedido de Reconsideração

**Ementa: ISSQN. Não apresentação dos requisitos do art. 14 do CTN.
Recurso Não Provido.**

COMUNIDADE EVANGÉLICA LUTERANA SÃO PAULO – CELSP, pessoa jurídica de direito privado, sem fins lucrativos, inscrita no Cadastro Municipal de Contribuintes sob n.º 60.357, CNPJ n.º 88.332.580/0001-65, situada na rua Miguel Tostes n.º 101, bairro São Luiz, neste município, protocolou tempestivamente, em 28/08/2006, pedido de reconsideração quanto ao Acórdão n.º 022/2006 que decidiu o não provimento ao recurso voluntário, mantendo na íntegra o Auto de Infração n.º 49/2004.

O Requerente em seu pedido de reconsideração faz as seguintes alegações:

- que os alunos que utilizam automóveis próprios estacionam no E 10 Estacionamentos Ltda., empresa que é locatária destes espaços, sendo que a Instituição não explora esta atividade que é efetuada por outras empresas do ramo;
- houve momentaneamente a indisponibilidade da exibição dos documentos requisitados, uma vez que estavam sob fiscalização de outros órgãos;
- menciona o direito da fiscalização municipal realizar exame da documentação contábil para aferir tais requisitos, e ao final "Noutras palavras, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais, o direito a imunidade existe".
- anexa na folha 98 do presente processo, Certificado n.º 001 de 16/02/2004, declarando que a Recorrente encontra-se em pleno e regular funcionamento, cumprindo com suas finalidades estatutárias e com seus objetivos institucionais.

Esse é o relatório.

Realizada a sustentação oral pelo procurador da Recorrente e debatida a matéria entre os Conselheiros, passo a relatar.

O pedido de reconsideração é tempestivo, por essa razão, passa-se ao exame de mérito.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 039/2006

Sr. Presidente:


Conforme o Acórdão n.º 022/2006, "é certo que a Recorrente tem direito à imunidade sobre impostos que eventualmente recaiam sobre as rendas, patrimônio e serviços diretamente relacionados aos seus fins institucionais, conforme art. 150, VI, c da Constituição Federal. A questão que se coloca é saber que isto não é excludente com o fato do Município de Canoas, através da sua Fiscalização Tributária, ter o direito de realizar profundo exame da documentação contábil da mesma no intuito de aferir se, efetivamente, estão sendo atendidos os requisitos do art. 14 do Código Tributário Nacional, imprescindível para a manutenção do direito constitucionalmente previsto. Noutras palavras, uma vez preenchidos os requisitos constitucionais, o direito à imunidade existe. Os requisitos legais referidos no final do art. 150, VI, c da CF, são aqueles de existência periódica ou precária, ou seja, referem-se à vida futura da entidade. São os requisitos que a entidade deve cumprir após o reconhecimento do direito para fins de manutenção em concreto do direito, haja vista que, no dizer do § 1º, art. 9º do CTN, a autoridade pode suspender a aplicação se houver decaimento dos requisitos (TJ/RS - Apelação Cível - 1ª Câmara - N.º 70006141105 - Junho de 2003)."


O que está em julgamento neste pedido de reconsideração é o fato da não disponibilização da documentação contábil para verificação desta imunidade, e não sendo possível verificar o cumprimento dos requisitos legais, logo enseja a tributação. Entendo que o Certificado n.º 001/2004 não supre a falta de apresentação da documentação contábil exigida pelo fisco municipal.

Assim, voto pelo **NÃO PROVIMENTO** ao presente pedido de reconsideração e pela manutenção do Auto de Infração n.º 49/2004 no valor de R\$ 130.601,26.

Os Conselheiros presentes, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Angélica Guilardi e Olga Myzak, a maioria, acolheram o voto da Conselheira Elaine Cofcevicz que conduziu o voto vencedor. Foram votos vencidos o Conselheiro Relator Mauro José Pompermaier e Conselheiro Luiz Roberto Steinmetz.

Sala das Sessões, 17 de outubro de 2006.

Cons^a. 
 ELAINE COFCEVICZ
 designada para relatoria em razão do voto condutor

Cons. 
 Presidente FRANCISCO DE PAULA FIGUEIREDO



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

ACÓRDÃO 040/2006

Processo: 2004/30669/3
Requerente: BRASIL TELECOM S.A
Assunto: Recurso Voluntário -ISSQN

**Ementa: ISSQN. Prestação de serviços – serviços de valor adicionado.
Recurso Não Provido.**

Trata-se de Recurso Administrativo, conforme acima indicado, com fundamento no artigo 83 do Código Tributário Municipal, no qual a Recorrente, inconformada com a decisão proferida na Impugnação de n.º 2004/25710/3, que manteve a higidez do Auto de Infração de n.º 225/2004, pretende lograr o intento da desconstituição por decorrência do exame das razões expendidas, as quais, passam a ser enfocadas a seguir.

Diz a Recorrente que os fatos são os seguintes:

- a) que o Fisco Municipal lavrou o Auto de Infração, objeto desta inconformidade, no valor de RS 17.713,12 (dezessete mil setecentos e treze reais e doze centavos), crédito oriundo de ISS, alegadamente, não recolhido no período de março a dezembro de 2002.
- b) que a Recorrente, inconformada com a autuação, que entendeu ilegal e inconstitucional, impugnou o ato administrativo alinhando as razões que, em apertada síntese, são as seguintes:
 - grande parte da exigência fiscal tem como fato gerador as mesmas circunstâncias que constam como tal no Protocolo 69/98, firmado entre os Estados e o Distrito Federal e apontadas como causa de imposição de ICMS;
 - que o STF julgou inconstitucional a exigência de ISS sobre a *locação de bens móveis*, tais como o aluguel de roteador, modem analógico, telefone, etc., etc.;
 - que a lista de serviços é taxativa, assim considerada pela doutrina e pela jurisprudência de modo que não é possível sua interpretação analógica para a exigência de ISS;
 - que amiúde contrata com terceiros atividades adicionais aos serviços prestados para conceder facilidades aos tomadores, não havendo como o Município fazer imposição tributária uma vez que não foi ela, Recorrente, quem realizou o fato gerador
 - que o fato gerador do ISS ocorre no local em que estiver situado o estabelecimento prestador do serviço, de sorte que, ainda que admitisse, pelo sabor do argumento, que as



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUENTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

condutas praticadas se constituíssem em causa geradora do tributo este, não poderia ser exigido porque o estabelecimento prestador está situado na Capital do Estado, portanto, fora dos limites do Município;

- por último, disse que, em preliminar havia apontado a falta de motivação do ato praticado e a ausência de elementos probatórios necessários à imputação.

Num segundo item, titulado como – II. O Direito – alinhou o seguinte:

II.1 Preliminarmente

II.1.1 Nulidade do lançamento fiscal em razão da ausência de motivação

Que o julgador de primeira instância furtou-se a tarefa de examinar a preliminar de nulidade do Auto de Infração em razão da – falta de motivação do ato administrativo, limitando-se a dizer que o “*Auto de Infração foi lavrado em estrita observância ao contido no Código Tributário Municipal e no Código Tributário Nacional.*” Trouxe em seu socorro doutrina e jurisprudência que entendeu lhe confortaria a tese esposada;

II.1.2 Inexistência de norma jurídica prescritiva da incidência tributária quanto aos serviços prestados pela Recorrente.

II.1.3 Ausência de elementos probatórios necessários para a imputação da infração e não inversão do ônus da prova ao contribuinte.

Titulou o item seguinte – II.2 O Mérito.

II.2.1 O Convênio ICMS n.º 69/98 e os serviços tributados pela municipalidade.

Na hipótese de ultrapassagem da preliminar, no mérito, de igual modo não pode prosperar a pretensão do Fisco Municipal, na medida em que as condutas apontadas como capazes de gerar a incidência do ISS, na forma apontada no auto atacado, se constituem em fatos geradores do ICMS conforme previsão no Protocolo 69/98 firmado pelos Estados e pelo Distrito Federal.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

II.2.2 Não incidência do imposto municipal – inexistência de enquadramento legal – taxatividade da lista de serviços tributáveis.

Para alicerçar a afirmação trouxe os julgados transcritos em fls. 19/21.

II.2.3 A inconstitucionalidade da exigência de ISS sobre a locação de bens móveis tais como aluguel de roteador pequeno, locação de modem digital e analógico, locação mensal de telefone.

II.2.4 Da possibilidade de deixar de aplicar dispositivos que contrariem matéria constitucional na esfera administrativa.

No Item II.2.5, sob o título de “O local da ocorrência do fato gerador e a competência para exigir o ISS”, diz que, ao teor do Decreto-lei 406/68, considera-se realizado o fato gerador no local do estabelecimento prestador ou no domicílio do prestador e, portanto, a partir desse pressuposto o Município de Canoas não pode exigir o tributo que, por esse critério legal, pertenceria à Capital do Estado onde a Recorrente tem seu estabelecimento. Transcreveu decisões nesse sentido.

No item II.2.6, sob o título de “ A exigência de ISS sobre serviços prestados por terceiros” disse que o Fisco Municipal está a exigir da Recorrente tributo que quer incidente sobre atividades de terceiros, contratados para disponibilizar comodidades aos usuários dos serviços de comunicação. Arrola como atividades de terceiros e, segundo afirma, não passíveis da incidência dos serviços de “paquera e informações, disk surf repórter, disk futebol esperança, tele magia, e outros...”

No Item II.2.7, reclama “A necessária proporcionalidade entre a multa aplicada e a infração cometida” apontando o art. 68 do Código Tributário Municipal como portador de caráter confiscatório vez que fixa percentual de 50% sobre o tributo apurado. Vê esta aplicação como indevida e desproporcional e como forma de burlar a vedação constitucional de ter o tributo como forma de comprometer o direito de propriedade do contribuinte.

Finalmente, no Item III, - sob o título de “O pedido:” quer:

- a) seja dado provimento a este Recurso para que seja reformada a decisão de primeiro grau reconhecendo a nulidade do Auto de Infração de n.º 225/2004 ou em razão dos vícios apontados em matéria preliminar, seja em função da ilegalidade e inconstitucionalidade de sua exigência .
- b) alternativamente, na hipótese de ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração, quer a mitigação da multa, com a fixação dela no percentual de 30%, conforme julgado do STF, RTJ 74/320, que antes indicou.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 - sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

A Representação da Fazenda emite parecer pela exação do procedimento e improvimento do Recurso.

Este o Relatório.

Realizada a sustentação oral pelo Procurador da Recorrente e debatida a matéria entre os Conselheiros, passo a relatar.

Senhor Presidente.

As questões postas pela Recorrente, enfrentadas uma a uma, resultam inequivocamente, em reconhecer a consistência do Auto de Infração de n.º 225/2004, objeto deste Recurso, conforme se demonstrará a seguir.

Em preliminar.

Diz a Recorrente que falta motivação ao ato administrativo em que se constitui o Auto de Infração atacado. Afirma que esse requisito é inarredável como condição de validade do ato vez que a atuação tributária é atividade vinculada, vale dizer, atrelada à previsão legal e que, por esse viés, a Municipalidade não teria cumprido esse encargo de dar embasamento fático à atividade empreendida.

Todavia não lhe assiste razão.

É que, o Fisco Municipal, na sua atividade legal e vinculada verificou a realização dos fatos geradores e o não recolhimento do tributo correspondente e, isso é um fato. Ora, sabemos que o motivo é requisito de validade do ato administrativo e que pode estar previsto na lei ou ser uma circunstância de fato. Quando é uma circunstância de direito o próprio legislador justifica a ação administrativa pela simples previsão legal. Quando a circunstância de fato é a razão da conduta administrativa se faz presente a exigência da motivação da conduta pelo agente. E assim se conduziu o Fisco. Verificou a infração (fato) e empreendeu a atividade adequada (a atuação). Também foi observado o princípio do *devido processo legal* na medida em que a Fiscalização percorreu o *iter* previsto na legislação, assim como foram dadas todas as oportunidades legalmente previstas para o exercício da ampla defesa. Deste modo, no que respeito a preliminar oposta sob o título de - **Nulidade do lançamento fiscal em razão da ausência de motivação, desacolho porque inexistente.**

Da alegada inexistência de norma jurídica prescritiva da incidência tributária quanto aos serviços prestados pela Recorrente.



5

PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

Os serviços apontados como fatos geradores do tributo pretendido pelo Fisco estão todos previstos na legislação específica e foram indicados, quer na Lei complementar 56/87, assim como no Demonstrativo elaborado pela Administração que os identificou na Lista de Serviços, portanto, sem consistência a alegação da Recorrente. Tenha-se em conta que o reconhecimento da taxatividade da Lista de Serviços pelo STF é para a verificação vertical dela, admitindo, porém, a extensividade no que diz respeito a sua horizontalidade na medida em que o próprio legislador usou de expressões que a isto autorizam, tais "congêneres". Todavia não é o caso aqui examinado.

Destarte, não há que se falar em analogia para a criação de tributos.

Da alegada ausência de elementos probatórios necessários para a imputação da infração e não inversão do ônus da prova ao contribuinte.

O Auto Impugnado se refere ao período de março a dezembro de 2002, quando os Demonstrativos de ICMS sobre serviços de telecomunicações eram elaborados, ainda, pela CRT. Quando sucedeu aquela, a Recorrente, não só reconheceu as operações como lhes deu novos códigos para fazer o recolhimento, como se pode ver do Memorando ADT 013/03, de 13.01.2003. Em 2003, janeiro, a Recorrente passou a recolher o ISS sobre os serviços que agora alega não provados pelo Fisco!

Houve, pois, inequivocamente, o reconhecimento da dívida e a aceitação das condutas como tributáveis.

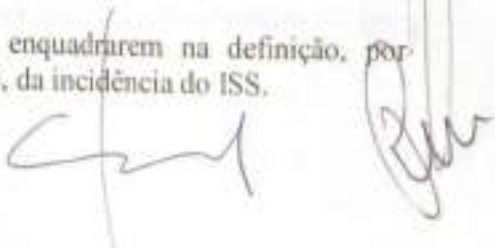
Mérito.

Do Convênio ICMS n.º 69/98 e os serviços tributados.

Num primeiro momento é de dizer-se que o Convênio 69/98, entretido pelos Estados e o Distrito Federal, não teria o condão de afastar a competência municipal fixada pela Constituição da República para a imposição dos impostos que cabem na repartição constitucional.

A Lei 9.742/97, dita Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 61, § 1.º, conceitua serviços de telecomunicações ao dizer que: *A telecomunicação é a transmissão, emissão, ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fio, radioeletricidade, meios óticos, ou qualquer outro processo eletromagnético.*

Portanto, todos os demais que não se enquadrarem na definição, por exclusão, não serão serviços de telecomunicação, passíveis, pois, da incidência do ISS.





PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

Os serviços que foram objeto da autuação municipal, que não são aqueles contidos na definição acima transcrita, estão definidos e denominados como - serviços de valor adicionado - na mesma Lei 9.472, artigo 61, que diz: *Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação, ou recuperação de informações.*

Nesse conceito estão abrangidos os serviços prestados via *Internet*, bem como todos aqueles que constituem comodidades oferecidas aos usuários dos serviços de telecomunicações, podendo-se, pois, dizer que serviço de valor adicionado é serviço que acrescenta a uma rede pré-existente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações, abordagem exata do texto legal.

Para ultimar essa discussão tenha-se em conta que a própria Recorrente, no já referido Memo ADT 013/03, de 13.01.2003, disse que a "A Brasil Telecom S A - Filial Rio Grande do Sul, passará a recolher o ISS sobre os serviços de valor adicionado prestado por esta empresa a clientes estabelecidos no âmbito deste Município, conforme relação anexa. A base do recolhimento será os serviços prestados a partir do mês de janeiro de 2003.", fl. 25, da Revisão de n.º 2003/36407/3.

Quanto à alegada inconstitucionalidade da exigência de ISS sobre a locação de bens móveis tais como aluguel de roteador pequeno, locação de modem digital e analógico, locação mensal de telefone.

Afirma a Recorrente que a Lista de Serviços, ainda aquela do Decreto-lei 406/68 e posteriormente alterada pela Lei Complementar 56/87, cujo item 79, trazia a expressão "locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil," foi declarada, incidentalmente, inconstitucional, quanto à locação de bens móveis. A levar-se em conta essa declaração seria ilegal a incidência do ISS na forma acima indicada.

Como bem apontou o Fisco, a declaração na forma incidental só produz efeito entre os litigantes, naquele caso em concreto não se estendendo aos demais. Além disso, não pode a Administração, em sede administrativa, definir questões da inconstitucionalidade dado que está submetida à chamada - legalidade estrita - ou seja tem cumprir a lei e deixar ao Judiciário a tarefa de controle da constitucionalidade na forma indica na legislação pertinente.

Quanto ao local da ocorrência do fato gerador e a competência para exigir o ISS.

No que diz respeito a questão que se ocupa do local da ocorrência do fato gerador, trazido também pela Recorrente, tenha-se em conta que a própria Recorrente, através do



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTEES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

Memo ADT 013/03, de 13.01.2003, disse que a "A Brasil Telecom S A – Filial Rio Grande do Sul, passará a recolher o ISS sobre os serviços de valor adicionado prestado por esta empresa a clientes estabelecidos no âmbito deste Município, conforme relação anexa. A base do recolhimento será os serviços prestados a partir do mês de janeiro de 2003.", fl. 25, da Revisão de n.º 2003/36407/3.", tomando completamente vencida esta alegação.

Quanto a alegada exigência de ISS sobre serviços prestados por terceiros.

Inconforma-se, ainda, a Recorrente, afirmando que "a Municipalidade está exigindo da Recorrente o ISS supostamente incidente sobre serviços prestados por terceiros, indicados no anexo do auto de infração, tais como: doação LBV, plano seguro em casa, seguro premiado individual e familiar, doação GRAAC, TV em revista, doação UNICEF criança esperança, doação teleton AACD, Doação Direito de Viver, Campanha Lar Santo Antônio, Doação Natal sem fome, doação V teleton 2002."

Alega que se a Prefeitura de Canoas pretende exigir o ISS incidente sobre determinado serviço deverá cobrá-lo de quem efetivamente o prestou.

Também aqui sem razão a Recorrente. É que, não há hipótese legal para a dedução pretendida. Efetivamente, a Lei Municipal 1943/79, no seu artigo 31, ao definir o que seria preço do serviço diz que é a importância relativa à receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, ainda que a título de subempreitada de serviços, fretes, despesa ou imposto, salvo os casos especificamente previstos. Como se disse antes, estas hipóteses apontadas pela Recorrente não tem previsão legal. Ademais, é preciso que se tenha em mente que a Recorrente cobra para promover estas atividades, o que equivale a dizer que presta serviços, portanto, não há como se escusar ao pagamento do tributo assim incidente.

Da alegada desproporcionalidade da multa aplicada.

Insurge-se, também, a Recorrente, contra a multa de 50%, lastreada no artigo 68 da Lei 1943, municipal, tendo-a por abusiva e confiscatória. Todavia, uma vez que a multa ostenta previsão legal, indicando, inequivocamente o seu substrato fático, não pode ser adjetivada de abusiva. Quanto à argumentação de que a multa é confiscatória ao tecer considerações neste sentido, fls. 40, a Recorrente confunde instituto, dando-lhe a natureza jurídica de tributo quando na verdade a multa é sanção não se lhe aplicando o tratamento constitucional que é dado àquele.

Deste modo, não pode ser atendido, por este Conselho, o pedido no sentido diminuir-lhe o percentual por absoluta imprevisão legal.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

Isto posto, enfrentadas uma a uma as questões postas pela Recorrente, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO** interposto, mantendo hígido o Auto de Infração atacado.

Os Conselheiros presentes, Elaine Cofcevicz, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Neiva Marisa Magnus Oliveira e Mauro José Pompermaier, a maioria, acolheram o voto do Conselheiro Relator. Foi voto vencido o Conselheiro Ricardo Bernardes Machado.

Sala das Sessões, 19 de setembro de 2006.

Cons.
Relator

LUIZ ROBERTO STEINMETZ

Cons.
Presidente

FRANCISCO DE PAULA FIGUEIREDO

O PRESENTE ACÓRDÃO CONTINUA NA FOLHA 09 COM A DECLARAÇÃO DE VOTO DOS CONSELHEIROS RICARDO BERNARDES MACHADO E PAULO ROBERTO VIEIRA DA CRUZ.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

Declaração de Voto

Peço vênia ao eminente Relator para divergir, em parte, do entendimento externado em seu voto, e o faço por entender que não-incide o Imposto sobre Serviços-ISS sobre locação de bens móveis.

Inicialmente, é importante salientar que o Estado Democrático de Direito, na forma como fora concebido pela Constituição Federal de 1988, encontra-se estruturado através de um sistema de atribuição e de divisão de poderes, disciplinado por um conjunto de princípios fundamentais, assim como pelas denominadas **regras de competência**.

Através desta sistemática de outorga de competência a Carta Política atribui às Pessoas Políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) **competência** para exercer a parcela de poder que lhes fora conferida, estabelecendo claramente os limites que o destinatário da regra deverá observar.

No que diz respeito ao poder tributário, a CF/88 atribui competência tributária aos Municípios para instituir o ISS, conforme preconiza o seu art. 156, inc. III (*Compete aos Municípios instituir imposto sobre: ...III- serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, definidos em lei complementar*).

O pressuposto material da hipótese de incidência prevista no art. 156, inc. III (CF/88) consiste na **prestação de serviço**, significa dizer, **somente pode ser validamente**



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

tributada por via do ISS a atividade que, na sua essência, represente uma efetiva prestação de serviço.

Nessa perspectiva, convém destacar que o aspecto material da hipótese de incidência configura uma autêntica limitação ao poder de tributar, conforme esclarece o notável tributarista gaúcho **Prof. Dr. HUMBERTO ÁVILA**, ao anotar que:

Já que os pressupostos de fato e de direito são definidos pela Constituição, cada atribuição de competência representa, ao mesmo tempo, uma limitação material, no sentido de que a partir de cada distribuição de competência decorre uma limitação não constante da seção 'das limitações ao poder de tributar' (art. 150). Isso explica as dimensões positiva e negativa das regras de competência. Qualquer imposto, cuja hipótese de incidência não corresponda aos pressupostos de fato e de direito previstos na Constituição, não poderá ser exigido. (em Sistema Constitucional Tributário, 1ª. ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 247 – Grifos postos).

A doutrina (José Eduardo Soares de Mello, Aires Fernandino Barreto, entre outros) tem entendido, a uma só voz, que serviço - núcleo da hipótese de incidência do ISS – *é o esforço humano empreendido em benefício de outrem*, configurando, desta forma, uma obrigação de fazer.

O Pleno Supremo Tribunal Federal já decidiu, por maioria de votos, por ocasião do julgamento do RE n. 116-121, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 25.05.2001, que não incide o ISS sobre locação de bens móveis, cujo julgado restou ementado nos seguintes termos:



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

TRIBUTO – FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – CONTRATO DE LOCAÇÃO . A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerando contrato de locação de um bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões, os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – Artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Do voto proferido pelo eminente Min. MARCO AURELIO, que inaugurou a divergência instaurada no referido julgamento, extrai-se valiosos ensinamentos, verbis:

Na espécie, o imposto, conforme a própria nomenclatura revela e, portanto, considerado o figurino constitucional, pressupõe a prestação de serviços e não o contrato de locação.

Em face do texto da Constituição Federal e da legislação complementar de regência, não tenho como assentar a incidência do tributo, porque falta o núcleo dessa incidência, que são os serviços. Observem os institutos em vigor tal como se contém na legislação de regência. As definições de locação de serviços e locação de bens móveis vêm-nos do Código Civil e, aí, o legislador complementar, embora de forma desnecessária e que somente pode ser tomada como pedagógica, fez constar no Código Tributário o seguinte preceito:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente, e somente a prestação de serviços, envolvendo na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, enfim, a originalidade do próprio Direito, sem a qual tudo será possível no agasalho de interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários.

Na mesma linha, vale registrar o entendimento externado no voto da lavra do eminente **Min. CELSO DE MELLO**, proferido no mencionado Recurso Extraordinário, ao assentar que:

O fato irrecusável é um só: a Constituição, quando atribui competência impositiva ao Município para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência das outras pessoas políticas, exige que só alcancem, mediante incidência do ISS, os atos e fatos que possam qualificar, juridicamente, como serviços.

Cumpre assinalar, por necessário, especialmente em face das considerações expostas, que a legislação tributária, emanada de qualquer das pessoas políticas, não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias.

Por essas razões, dou **PARCIAL PROVIMENTO** ao presente recurso voluntário, para excluir do Auto de Infração n. 225/2004 os valores correspondentes à locação

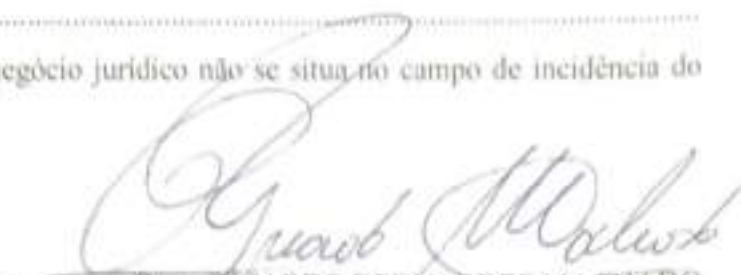


PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

.....
de bens móveis, por entender que este negócio jurídico não se situa no campo de incidência do
ISS.



Cons. RICARDO BERNARDES MACHADO
Suplente



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 040/2006

Declaração de Voto

A presente justificativa de voto, em consonância com o voto do Relator, é no sentido de ratificar entendimento de que a locação de bens móveis, enquanto vigente na Lista de Serviços constante da legislação sobre ISS no Município de Canoas, deve, sim, ser cobrada como prestação de serviço e sujeita ao ISS.

A posteriori, com a supressão do referido item da Lista de Serviços, verifica-se que a locação de bens móveis, pura e simples, sem caracterizar coisa mista de locação e serviços, não deve obviamente ser objeto da incidência do ISSQN. É este o meu entendimento.

Cons. PAULO ROBERTO VIERA DA CRUZ



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 - sala 303-Telefone: 3462-1572

ACÓRDÃO 041/2006

Processo: 2004/30668/3
Requerente: BRASIL TELECOM S.A
Assunto: Recurso Voluntário -ISSQN

Ementa: **ISSQN. Prestação de serviços – serviços de valor adicionado.
Recurso Não Provido.**

Trata-se de Recurso Administrativo, conforme acima indicado, com fundamento no artigo 83 do Código Tributário Municipal, no qual a Recorrente, inconformada com a decisão proferida na Impugnação de n.º 2004/25707/3, que manteve a higidez do Auto de Infração de n.º 227/2004, pretende lograr o intento da desconstituição por decorrência do exame das razões expendidas, as quais, passam a ser enfocadas a seguir.

Diz a Recorrente que os fatos são os seguintes:

- a) que o Fisco Municipal lavrou o Auto de Infração, objeto desta inconformidade, no valor de R\$ 104.542,73 (cento e quatro mil, quinhentos e quarenta e dois reais e setenta e três centavos), crédito oriundo de ISS, alegadamente, não recolhido no período de janeiro a dezembro de 2003.
- b) que a Recorrente, inconformada com a autuação, que entendeu ilegal e inconstitucional, Impugnou o ato administrativo alinhando as razões que, em apertada síntese, são as seguintes:
 - grande parte da exigência fiscal tem como fato gerador as mesmas circunstâncias que constam como tal no Protocolo 69/98, firmado entre os Estados e o Distrito Federal e apontadas como causa de imposição de ICMS;
 - que o STF julgou inconstitucional a exigência de ISS sobre a *locação de bens móveis*, tais como o aluguel de roteador, modem analógico, telefone, etc., etc.;
 - que a lista de serviços é taxativa, assim considerada pela doutrina e pela jurisprudência de modo que não é possível sua interpretação analógica para a exigência de ISS;
 - que amiúde contrata com terceiros atividades adicionais aos serviços prestados para conceder facilidades aos tomadores, não havendo como o Município fazer imposição tributária uma vez que não foi ela, Recorrente, quem realizou o fato gerador



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTEES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

- que o fato gerador do ISS ocorre no local em que estiver situado o estabelecimento prestador do serviço, de sorte que, ainda que admitisse, pelo sabor do argumento, que as condutas praticadas se constituíssem em causa geradora do tributo este, não poderia ser exigido porque o estabelecimento prestador está situado na Capital do Estado, portanto, fora dos limites do Município;
- por último, disse que, em preliminar havia apontado a falta de motivação do ato praticado e a ausência de elementos probatórios necessários à imputação.

Num segundo Item, titulado como – II. O Direito – alinhou o seguinte:

II.1 Preliminarmente

II.1.1 Nulidade do lançamento fiscal em razão da ausência de motivação

Que o julgador de primeira instância furtou-se a tarefa de examinar a preliminar de nulidade do Auto de Infração em razão da – falta de motivação do ato administrativo, limitando-se a dizer que o *"Auto de Infração foi lavrado em estrita observância ao contido no Código Tributário Municipal e no Código Tributário Nacional."* Trouxe em seu socorro doutrina e jurisprudência que entendeu lhe confortaria a tese esposada;

II.1.2 Inexistência de norma jurídica prescritiva da incidência tributária quanto aos serviços prestados pela Recorrente.

II.1.3 Ausência de elementos probatórios necessários para a imputação da infração e não inversão do ônus da prova ao contribuinte.

Titulou o item seguinte – II.2 O Mérito.

II.2.1 O Convênio ICMS n.º 69/98 e os serviços tributados pela municipalidade.

Na hipótese de ultrapassagem da preliminar, no mérito, de igual modo não pode prosperar a pretensão do Fisco Municipal, na medida em as condutas apontadas como capazes de gerar a incidência do ISS, na forma apontada no auto atacado, se constituem em fatos geradores do ICMS conforme previsão no Protocolo 69/98 firmado pelos Estados e pelo Distrito Federal.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 - sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

II.2.2 Não incidência do imposto municipal - inexistência de enquadramento legal - taxatividade da lista de serviços tributáveis.

Para alicerçar a afirmação trouxe os julgados transcritos em fls. 19/21.

II.2.3 A inconstitucionalidade da exigência de ISS sobre a locação de bens móveis tais como aluguel de roteador pequeno, locação de modem digital e analógico, locação mensal de telefone.

II.2.4 Da possibilidade de deixar de aplicar dispositivos que contrariem matéria constitucional na esfera administrativa.

No Item II.2.5, sob o título de "O local da ocorrência do fato gerador e a competência para exigir o ISS", diz que, ao teor do Decreto-lei 406/68, considera-se realizado o fato gerador no local do estabelecimento prestador ou no domicílio do prestador e, portanto, a partir desse pressuposto o Município de Canoas não pode exigir o tributo que, por esse critério legal, pertenceria à Capital do Estado onde a Recorrente tem seu estabelecimento. Transcreveu decisões nesse sentido.

No item II.2.6, sob o título de "A exigência de ISS sobre serviços prestados por terceiros" disse que o Fisco Municipal está a exigir da Recorrente tributo que quer incidente sobre atividades de terceiros, contratados para disponibilizar comodidades aos usuários dos serviços de comunicação. Arrola como atividades de terceiros e, segundo afirma, não passíveis da incidência dos serviços de "paquera e informações, disk surf repórter, disk futebol, esperança, tele magia, e outros...

No Item II.2.7, reclama "A necessária proporcionalidade entre a multa aplicada e a infração cometida" apontando o art. 68 do Código Tributário Municipal como portador de caráter confiscatório vez que fixa percentual de 50% sobre o tributo apurado. Vê esta aplicação como indevida e desproporcional e como forma de burlar a vedação constitucional de ter o tributo como forma de comprometer o direito de propriedade do contribuinte.

Finalmente, no Item III, - sob o título de "O pedido:" quer:

- a) seja dado provimento a este Recurso para que seja reformada a decisão de primeiro grau reconhecendo a nulidade do Auto de Infração de n.º 227/2004 ou em razão dos vícios apontados em matéria preliminar, seja em função da ilegalidade e inconstitucionalidade de sua exigência.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

- b) alternativamente, na hipótese de ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração, quer a mitigação da multa, com a fixação dela no percentual de 30%, conforme julgado do STF, RTJ 74/320, que antes indicou.

A Representante da Fazenda opina pelo improvimento.

Este o Relatório.

Realizada a sustentação oral pelo Procurador da Recorrente e debatida a matéria entre os Conselheiros, passo a relatar.

Senhor Presidente.

As questões postas pela Recorrente, enfrentadas uma a uma, resultam inequivocamente, em reconhecer a consistência do Auto de Infração de n.º 227/2004, objeto deste Recurso, conforme se demonstrará a seguir.

Em preliminar.

Diz a Recorrente que falta motivação ao ato administrativo em que se constitui o Auto de Infração atacado. Afirma que esse requisito é inarredável como condição de validade do ato vez que a atuação tributária é atividade vinculada, vale dizer, atrelada à previsão legal e que, por esse viés, a Municipalidade não teria cumprido esse encargo de dar embasamento fático à atividade empreendida.

Todavia não lhe assiste razão.

É que, o Fisco Municipal, na sua atividade legal e vinculada verificou a realização dos fatos geradores e o não recolhimento do tributo correspondente e, isso é um fato. Ora, sabemos que o motivo é requisito de validade do ato administrativo e que pode estar previsto na lei ou ser uma circunstância de fato. Quando é uma circunstância de direito o próprio legislador justifica a ação administrativa pela simples previsão legal. Quando a circunstância de fato é a razão da conduta administrativa se faz presente a exigência da motivação da conduta pelo agente. E assim se conduziu o Fisco. Verificou a infração (fato) e empreendeu a atividade adequada (a autuação). Também foi observado o princípio do *devido processo legal* na medida em que a Fiscalização percorreu o *iter* previsto na legislação, assim como foram dadas todas as oportunidades legalmente previstas para o exercício da ampla defesa. Deste modo, no que respeito a preliminar oposta sob o título de – **Nulidade do lançamento fiscal em razão da ausência de motivação, desacolho porque inexistente.**



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 - sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

Da alegada inexistência de norma jurídica prescritiva da incidência tributária quanto aos serviços prestados pela Recorrente.

Os serviços apontados como fatos geradores do tributo pretendido pelo Fisco estão todos previstos na legislação específica e foram indicados, quer na Lei complementar 56/87, assim como no Demonstrativo elaborado pela Administração que os identificou na Lista de Serviços, portanto, sem consistência a alegação da Recorrente. Tenha-se em conta que o reconhecimento da taxatividade da Lista de Serviços pelo STF é para a verificação vertical dela, admitindo, porém, a extensividade no que diz respeito a sua horizontalidade na medida em que o próprio legislador usou de expressões que a isto autorizam, tais "congêneres". Todavia não é o caso aqui examinado.

Destarte, não há que se falar em analogia para a criação de tributos.

Da alegada ausência de elementos probatórios necessários para a imputação da infração e não inversão do ônus da prova ao contribuinte.

O Auto Impugnado se refere ao mês de janeiro a dezembro de 2003. Quando sucedeu aquela, a Recorrente, não só reconheceu as operações como lhes deu novos códigos para fazer o recolhimento, como se pode ver do Memorando ADT 013/03, de 13.01.2003. Em 2003, janeiro, a Recorrente passou a recolher o ISS sobre os serviços que agora alega não provados pelo Fisco!

Houve, pois, inequivocamente, o reconhecimento da dívida e a aceitação das condutas como tributáveis.

Mérito.

Do Convênio ICMS n.º 69/98 e os serviços tributados.

Num primeiro momento é de dizer-se que o Convênio 69/98, entretido pelos Estados e o Distrito Federal, não teria o condão de afastar a competência municipal fixada pela Constituição da República para a imposição dos impostos que cabem na repartição constitucional.

A Lei 9.742/97, dita Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 61, § 1.º, conceitua serviços de telecomunicações ao dizer que: *A telecomunicação é a transmissão, emissão, ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de*



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

Da alegada inexistência de norma jurídica prescritiva da incidência tributária quanto aos serviços prestados pela Recorrente.

Os serviços apontados como fatos geradores do tributo pretendido pelo Fisco estão todos previstos na legislação específica e foram indicados, quer na Lei complementar 56/87, assim como no Demonstrativo elaborado pela Administração que os identificou na Lista de Serviços, portanto, sem consistência a alegação da Recorrente. Tenha-se em conta que o reconhecimento da taxatividade da Lista de Serviços pelo STF é para a verificação vertical dela, admitindo, porém, a extensividade no que diz respeito a sua horizontalidade na medida em que o próprio legislador usou de expressões que a isto autorizam, tais "congêneres". Todavia não é o caso aqui examinado.

Destarte, não há que se falar em analogia para a criação de tributos.

Da alegada ausência de elementos probatórios necessários para a imputação da infração e não inversão do ônus da prova ao contribuinte.

O Auto Impugnado se refere ao mês de janeiro a dezembro de 2003. Quando sucedeu aquela, a Recorrente, não só reconheceu as operações como lhes deu novos códigos para fazer o recolhimento, como se pode ver do Memorando ADT 013/03, de 13.01.2003. Em 2003, janeiro, a Recorrente passou a recolher o ISS sobre os serviços que agora alega não provados pelo Fisco!

Houve, pois, inequivocamente, o reconhecimento da dívida e a aceitação das condutas como tributáveis.

Mérito.

Do Convênio ICMS n.º 69/98 e os serviços tributados.

Num primeiro momento é de dizer-se que o Convênio 69/98, entretido pelos Estados e o Distrito Federal, não teria o condão de afastar a competência municipal fixada pela Constituição da República para a imposição dos impostos que cabem na repartição constitucional.

A Lei 9.742/97, dita Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 61, § 1.º, conceitua serviços de telecomunicações ao dizer que: *A telecomunicação é a transmissão, emissão, ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de*



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

qualquer natureza por fio, radioeletricidade, meios óticos, ou qualquer outro processo eletromagnético."

Portanto, todos os demais que não se enquadrarem na definição, por exclusão, não serão serviços de telecomunicação, passíveis, pois, da incidência do ISS.

Os serviços que foram objeto da autuação municipal, que não são aqueles contidos na definição acima transcrita, estão definidos e denominados como – serviços de valor adicionado – na mesma Lei 9.472, artigo 61, que diz: *Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação, ou recuperação de informações.*

Nesse conceito estão abrangidos os serviços prestados via *Internet*, bem como todos aqueles que constituem comodidades oferecidas aos usuários dos serviços de telecomunicações, podendo-se, pois, dizer que serviço de valor adicionado é serviço que acrescenta a uma rede pré-existente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações, abordagem exata do texto legal.

Para ultimar essa discussão tenha-se em conta que a própria Recorrente, no já referido Memo ADT 013/03, de 13.01.2003, disse que a "A Brasil Telecom S A – Filial Rio Grande do Sul, passará a recolher o ISS sobre os serviços de valor adicionado prestado por esta empresa a clientes estabelecidos no âmbito deste Município, conforme relação anexa. A base do recolhimento será os serviços prestados a partir do mês de janeiro de 2003.", fl. 25, da Revisão de n.º 2003/36407/3.

Quanto à alegada inconstitucionalidade da exigência de ISS sobre a locação de bens móveis tais como aluguel de roteador pequeno, locação de modem digital e analógico, locação mensal de telefone.

Afirma a Recorrente que a Lista de Serviços, ainda aquela do Decreto-lei 406/68 e posteriormente alterada pela Lei Complementar 56/87, cujo item 79, trazia a expressão: "locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil," foi declarada, incidentalmente, inconstitucional, quanto à locação de bens móveis. A levar-se em conta essa declaração seria ilegal a incidência do ISS na forma acima indicada.

Como bem apontou o Fisco, a declaração na forma incidental só produz efeito entre os litigantes, naquele caso em concreto não se estendendo aos demais. Além disso, não pode a Administração, em sede administrativa, definir questões da inconstitucionalidade dado que está submetida à chamada – legalidade estrita – ou seja tem que cumprir a lei e deixar ao Judiciário a tarefa de controle da constitucionalidade na forma indica na legislação pertinente.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
 Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

Quanto ao local da ocorrência do fato gerador e a competência para exigir o ISS.

No que diz respeito a questão que se ocupa do local da ocorrência do fato gerador, trazido também pela Recorrente, tenha-se em conta que a própria Recorrente, através do Memo ADT 013/03, de 13.01.2003, disse que a "A Brasil Telecom S A - Filial Rio Grande do Sul, passará a recolher o ISS sobre os serviços de valor adicionado prestado por esta empresa a clientes estabelecidos no âmbito deste Município, conforme relação anexa. A base do recolhimento será os serviços prestados a partir do mês de janeiro de 2003.", fl. 25, da Revisão de n.º 2003/36407/3.", tomando completamente vencida esta alegação.

Quanto a alegada exigência de ISS sobre serviços prestados por terceiros.

Inconforma-se, ainda, a Recorrente, afirmando que "a Municipalidade está exigindo da Recorrente o ISS supostamente incidente sobre serviços prestados por terceiros, indicados no anexo do auto de infração, tais como: doação LBF, plano seguro em casa, seguro premiado individual e familiar, doação GRAAC, TV em revista, doação UNICEF criança esperança, doação teleton AACD, Doação Direito de Viver, Campanha Lar Santo Antonio, Doação Natal sem fome, doação V teleton 2002."

Alega que se a Prefeitura de Canoas pretende exigir o ISS incidente sobre determinado serviço deverá cobrá-lo de quem efetivamente o prestou.

Também aqui sem razão a Recorrente. É que, não há hipótese legal para a dedução pretendida. Efetivamente, a Lei Municipal 1943/79, no seu artigo 31, ao definir o que seria preço do serviço diz que é a importância relativa à receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, ainda que a título de subempreitada de serviços, fretes, despesa ou imposto, salvo os casos especificamente previstos. Como se disse antes, estas hipóteses apontadas pela Recorrente não tem previsão legal. Ademais, é preciso que se tenha em mente que a Recorrente cobra para promover esta atividade, o que equivale a dizer que presta serviços, portanto, não há como se escusar ao pagamento do tributo assim incidente.

Da alegada desproporcionalidade da multa aplicada.

Insurge-se, também, a Recorrente, contra a multa de 50%, lastreada no artigo 68 da Lei 1943, municipal, tendo-a por abusiva e confiscatória. Todavia, uma vez que a multa ostenta previsão legal, indicando, inequivocamente o seu substrato fático, não pode ser adjetivada de abusiva. Quanto à argumentação de que a multa é confiscatória ao tecer considerações neste sentido, fls. 40, a Recorrente confunde instituto, dando-lhe a natureza jurídica de tributo quando na verdade a multa é sanção não se lhe aplicando o tratamento constitucional que é dado àquele.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

Deste modo, não pode ser atendido, por este Conselho, o pedido no sentido diminuir-lhe o percentual por absoluta imprevisão legal.

Isto posto, enfrentadas uma a uma as questões postas pela Recorrente, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO** interposto, mantendo higido o Auto de Infração atacado.

Os Conselheiros presentes, Elaine Cofcevicz, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Neiva Marisa Magnus Oliveira e Mauro José Pompermaier, a maioria, acolheram o voto do Conselheiro Relator. Foi voto vencido o Conselheiro Ricardo Bernardes Machado.

Sala das Sessões, 19 de setembro de 2006.

Cons.
Relator

LUIZ ROBERTO STEINMETZ

Cons. FRANCISCO DE PAULA FIGUEIREDO
Presidente

O PRESENTE ACÓRDÃO CONTINUA NA FOLHA 09 COM A DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO RICARDO BERNARDES MACHADO.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

Declaração de Voto

Peço vênia ao eminente Relator para divergir, em parte, do entendimento externado em seu voto, e o faço por entender que não incide o Imposto sobre Serviços-ISS sobre locação de bens móveis.

Inicialmente, é importante salientar que o Estado Democrático de Direito, na forma como fora concebido pela Constituição Federal de 1988, encontra-se estruturado através de um sistema de atribuição e de divisão de poderes, disciplinado por um conjunto de princípios fundamentais, assim como pelas denominadas **regras de competência**.

Através desta sistemática de outorga de competência a Carta Política atribui às Pessoas Políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) **competência** para exercer a parcela de poder que lhes fora conferida, estabelecendo claramente os limites que o destinatário da regra deverá observar.

No que diz respeito ao poder tributário, a CF/88 atribui competência tributária aos Municípios para instituir o ISS, conforme preconiza o seu art. 156, inc. III (*Compete aos Municípios instituir imposto sobre: ...III- serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, definidos em lei complementar*).

O pressuposto material da hipótese de incidência prevista no art. 156, inc. III (CF/88) consiste na **prestação de serviço**, significa dizer, **somente pode ser validamente**



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUÍNTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

tributada por via do ISS a atividade que, na sua essência, represente uma efetiva prestação de serviço.

Nessa perspectiva, convém destacar que o aspecto material da hipótese de incidência configura uma autêntica limitação ao poder de tributar, conforme esclarece o notável tributarista gaúcho **Prof. Dr. HUMBERTO ÁVILA**, ao anotar que:

*Já que os pressupostos de fato e de direito são definidos pela Constituição, cada atribuição de competência representa, ao mesmo tempo, uma limitação material, no sentido de que a partir de cada distribuição de competência decorre uma limitação não constante da seção 'das limitações ao poder de tributar' (art. 150). Isso explica as dimensões positiva e negativa das regras de competência. Qualquer imposto, cuja hipótese de incidência não corresponda aos pressupostos de fato e de direito previstos na Constituição, não poderá ser exigido. (em *Sistema Constitucional Tributário*, 1ª. ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 247 – Grifos postos).*

A doutrina (José Eduardo Soares de Mello, Aires Fernandino Barreto, entre outros) tem entendido, a uma só voz, que serviço - núcleo da hipótese de incidência do ISS - *é o esforço humano empreendido em benefício de outrem*, configurando, desta forma, uma obrigação de fazer.

O Pleno Supremo Tribunal Federal já decidiu, por maioria de votos, por ocasião do julgamento do RE n. 116-121, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 25.05.2001, que não incide o ISS sobre locação de bens móveis, cujo julgado restou ementado nos seguintes termos:



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

TRIBUTO – FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – CONTRATO DE LOCAÇÃO. A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerando contrato de locação de um bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões, os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – Artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Do voto do proferido pelo eminente **Min. MARCO AURÉLIO**, que inaugurou a divergência instaurada no referido julgamento, extrai-se valiosos ensinamentos, *verbis*:

Na espécie, o imposto, conforme a própria nomenclatura revela e, portanto, considerado o figurino constitucional, pressupõe a prestação de serviços e não o contrato de locação.

.....

Em face do texto da Constituição Federal e da legislação complementar de regência, não tenho como assentar a incidência do tributo, porque falta o núcleo dessa incidência, que são os serviços. Observem os institutos em vigor tal como se contém na legislação de regência. As definições de locação de serviços e locação de bens móveis vêm-nos do Código Civil e, aí, o legislador complementar, embora de forma desnecessária e que somente pode ser tomada como pedagógica, fez constar no Código Tributário o seguinte preceito:



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente, e somente a prestação de serviços, envolvendo na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, enfim, a organicidade do próprio Direito, sem a qual tudo será possível no agasalho de interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários.

Na mesma linha, vale registrar o entendimento externado no voto da lavra do eminente **Min. CELSO DE MELLO**, proferido no mencionado Recurso Extraordinário, ao assentar que:

O fato irrecusável é um só: a Constituição, quando atribui competência impositiva ao Município para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência das outras pessoas políticas, exige que só alcancem, mediante incidência do ISS, os atos e fatos que possam qualificar, juridicamente, como serviços.

Cumpra assinalar, por necessário, especialmente em face das considerações expostas, que a legislação tributária, emanada de qualquer das pessoas políticas, não pode alterar a



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTEES
Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 041/2006

.....
definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias.

Por essas razões, dou **PARCIAL PROVIMENTO** ao presente recurso voluntário, para excluir do Auto de Infração n. 227/2004 os valores correspondentes à locação de bens móveis, por entender que este negócio jurídico não se situa no campo de incidência do ISS.


Cons. RICARDO BERNARDES MACHADO

Suplente



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 - sala 303-Telefone: 3462-1572

ACÓRDÃO 042/2006

Processo: 2004/30674/3
Requerente: BRASIL TELECOM S.A
Assunto: Recurso Voluntário -ISSQN

**Ementa: ISSQN. Prestação de serviços – serviços de valor adicionado.
Recurso Não Provido.**

Trata-se de Recurso Administrativo, conforme acima indicado, com fundamento no artigo 83 do Código Tributário Municipal, no qual a Recorrente, inconformada com a decisão proferida na Impugnação de n.º 2004/25705/3, que manteve a higidez do Auto de Infração de n.º 228/2004, pretende lograr o intento da desconstituição por decorrência do exame das razões expendidas, as quais, passam a ser enfocadas a seguir.

Diz a Recorrente que os fatos são os seguintes:

- a) que o Fisco Municipal lavrou o Auto de Infração, objeto desta inconformidade, no valor de R\$ 37.569,50 (trinta e sete mil, quinhentos e sessenta e nove reais e cinquenta centavos), crédito oriundo de ISS, alegadamente, não recolhido no período de agosto a dezembro de 2000, janeiro a dezembro de 2001 e fevereiro de 2002.
- b) que a Recorrente, inconformada com a autuação, que entendeu ilegal e inconstitucional, impugnou o ato administrativo alinhando as razões que, em apertada síntese são as seguintes:
 - grande parte da exigência fiscal tem como fato gerador as mesmas circunstâncias que constam como tal no Protocolo 69/98, firmado entre os Estados e o Distrito Federal e apontadas como causa de imposição de ICMS;
 - que o STF julgou inconstitucional a exigência de ISS sobre a *locação de bens móveis*, tais como o aluguel de roteador, modem analógico, telefone, etc., etc.;
 - que a lista de serviços é taxativa, assim considerada pela doutrina e pela jurisprudência de modo que não é possível sua interpretação analógica para a exigência de ISS;
 - que amiúde contrata com terceiros atividades adicionais aos serviços prestados para conceder facilidades aos tomadores, não havendo como o Município fazer imposição tributária uma vez que não foi ela, Recorrente, quem realizou o fato gerador



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 042/2006

- que o fato gerador do ISS ocorre no local em que estiver situado o estabelecimento prestador do serviço, de sorte que, ainda que admitisse, pelo sabor do argumento, que as condutas praticadas se constituíssem em causa geradora do tributo este, não poderia ser exigido porque o estabelecimento prestador está situado na Capital do Estado, portanto, fora dos limites do Município;
- por último, disse que, em preliminar havia apontado a falta de motivação do ato praticado e a ausência de elementos probatórios necessários à imputação.

Num segundo Item, titulado como – O DIREITO – alinhou o seguinte:

- a) que o julgador de primeira instância furtou-se a tarefa de examinar a preliminar de nulidade do Auto de Infração em razão da – falta de motivação do ato administrativo, limitando-se a dizer que o “Auto de Infração foi lavrado em estrita observância ao contido no Código Tributário Municipal e no Código Tributário Nacional.” Trouxe em seu socorro doutrina e jurisprudência que entendeu lhe confortaria a tese esposada;
- b) inexistência de norma jurídica prescritiva da incidência tributária quanto aos serviços prestados pela Recorrente;

No item seguinte, titulado como – MÉRITO – disse o que segue:

Na hipótese de ultrapassagem da preliminar, no mérito, de igual modo não pode prosperar a pretensão do Fisco Municipal, na medida em que as condutas apontadas como capazes de gerar a incidência do ISS, na forma apontada no auto atacado, se constituem em fatos geradores do ICMS conforme previsão no Protocolo 69/98 firmado pelos Estados e pelo Distrito Federal.

No item II.2.2, fls. 19, dos autos do Recurso, afirma a não incidência do imposto municipal pela inexistência de enquadramento legal dada a taxatividade da lista de serviços. Para alicerçar afirmação trouxe os julgados transcritos em fls. 20/21.

No item II.2.3, afirma a inconstitucionalidade da exigência de ISS sobre a locação de bens móveis tais como aluguel de roteador pequeno, locação de modem digital e analógico, locação mensal de telefone.

No Item II.2.5, sob o título de “O local da ocorrência do fato gerador e a competência para exigir o ISS”, diz que ao teor do Decreto-lei 406/68, considera-se realizado o fato gerador no local do estabelecimento prestador ou no domicílio do prestador e, portanto, a



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
 SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
 CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
 Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 042/2006

partir desse pressuposto o Município de Canoas não pode exigir o tributo que, por esse critério legal, pertenceria à Capital do Estado onde a Recorrente tem seu estabelecimento. Transcreveu decisões nesse sentido.

No item II.2.6, sob o título de "A exigência de ISS sobre serviços prestados por terceiros" disse que o Fisco Municipal está a exigir da Recorrente tributo que quer incidente sobre atividades de terceiros, contratados para disponibilizar comodidades aos usuários dos serviços de comunicação. Arrola como atividades de terceiros e, segundo afirma, não passíveis da incidência dos serviços de "paquera e informações, disk surf repórter, disk futebol esperança, tele magia, e outros...

No Item II.2.7, reclama "A necessária proporcionalidade entre a multa aplicada e a infração cometida" apontando o art. 68 do Código Tributário Municipal como portador de caráter confiscatório vez que fixa percentual de 50% sobre o tributo apurado. Vê esta aplicação como indevida e desproporcional e como forma de burlar a vedação constitucional de ter o tributo como forma de comprometer o direito de propriedade do contribuinte.

Finalmente, no Item III, - sob o título de "O pedido:" quer:

- a) seja dado provimento a este Recurso para que seja reformada a decisão de primeiro grau reconhecendo a nulidade do Auto de Infração de n.º 228/2004 ou em razão dos vícios apontados em matéria preliminar, seja em função da ilegalidade e inconstitucionalidade de sua exigência.
- b) alternativamente, na hipótese de ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração, quer a mitigação da multa, com a fixação dela no percentual de 30%, conforme julgado do STF, RTJ 74/320, indicado em fls. 40.

A Representação da Fazenda disse da exação do procedimento e opinou pelo improvimento do Recurso.

Este o Relatório.

Realizada a sustentação oral pelo Procurador da Recorrente e debatida a matéria entre os Conselheiros, passo a relatar.

Senhor Presidente.

As questões postas pela Recorrente, enfrentadas uma a uma, resultam inequivocamente, em reconhecer a consistência do Auto de Infração de n.º 228/2004, objeto deste Recurso, conforme se demonstrará a seguir.



4

PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 - sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 042/2006

Em preliminar.

Diz a Recorrente que falta motivação ao ato administrativo em que se constitui o Auto de Infração atacado. Afirma que esse requisito é inarredável como condição de validade do ato vez que a atuação tributária é atividade vinculada, vale dizer, atrelada à previsão legal e que, por esse viés, a Municipalidade não teria cumprido esse encargo de dar embasamento fático à atividade empreendida.

Todavia não lhe assiste razão.

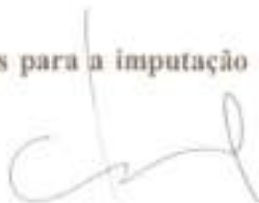
É que, o Fisco Municipal, na sua atividade legal e vinculada verificou a realização dos fatos geradores e o não recolhimento do tributo correspondente e, isso é um fato. Ora, sabemos que o motivo é requisito de validade do ato administrativo e que pode estar previsto na lei ou ser uma circunstância de fato. Quando é uma circunstância de direito o próprio legislador justifica a ação administrativa pela simples previsão legal. Quando a circunstância de fato é a razão da conduta administrativa se faz presente a exigência da motivação da conduta pelo agente. E assim se conduziu o Fisco. Verificou a infração (fato) e empreendeu a atividade adequada (a autuação). Também foi observado o princípio do *devido processo legal* na medida em que a Fiscalização percorreu o *iter* previsto na legislação, assim como foram dadas todas as oportunidades legalmente previstas para o exercício da ampla defesa. Deste modo, no que respeito a preliminar oposta sob o título de - **Nulidade do lançamento fiscal em razão da ausência de motivação, desacolho porque inexistente.**

Da alegada inexistência de norma jurídica prescritiva da incidência tributária quanto aos serviços prestados pela Recorrente.

Os serviços apontados como fatos geradores do tributo pretendido pelo Fisco estão todos previstos na legislação específica e foram indicados, quer na Lei complementar 56/87, assim como no Demonstrativo elaborado pela Administração que os identificou na Lista de Serviços, portanto, sem consistência a alegação da Recorrente. Tenha-se em conta que o reconhecimento da taxatividade da Lista de Serviços pelo STF é para a verificação vertical dela, admitindo, porém, a extensividade no que diz respeito a sua horizontalidade na medida em que o próprio legislador usou de expressões que a isto autorizam, tais "congêneres". Todavia não é o caso aqui examinado.

Destarte, não há que se falar em analogia para a criação de tributos.

Da alegada ausência de elementos probatórios necessários para a imputação da infração e não inversão do ônus da prova ao contribuinte.





PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 042/2006

O Auto Impugnado se refere ao mês de agosto de 2000 e do período de outubro de 2000 a fevereiro de 2002, quando os Demonstrativos de ICMS sobre serviços de telecomunicações eram elaborados, ainda, pela CRT. Quando sucedeu aquela a Recorrente não só reconheceu as operações como lhes deu novos códigos para fazer o recolhimento, como se pode ver do Memorando ADT 013/03, de 13.01.2003. Em 2003, janeiro, a Recorrente passou a recolher o ISS sobre os serviços que agora alega não provados pelo Fisco!

Houve, pois, inequivocamente, o reconhecimento da dívida e a aceitação das condutas como tributáveis.

Mérito.

Do Convênio ICMS n.º 69/98 e os serviços tributados.

Num primeiro momento é de dizer-se que o Convênio 69/98, entretido pelos Estados e o Distrito Federal, não teria o condão de afastar a competência municipal fixada pela Constituição da República para a imposição dos impostos que cabem na repartição constitucional.

A Lei 9.742/97, dita Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 61, § 1.º, conceitua serviços de telecomunicações ao dizer que: *A telecomunicação é a transmissão, emissão, ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fio, radioeletricidade, meios óticos, ou qualquer outro processo eletromagnético.*

Portanto, todos os demais que não se enquadrarem na definição, por exclusão, não serão serviços de telecomunicação, passíveis, pois, da incidência do ISS.

Os serviços que foram objeto da atuação municipal, que não são aqueles contidos na definição acima transcrita, estão definidos e denominados como *serviços de valor adicionado* - na mesma Lei 9.472, artigo 61, que diz: *Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação, ou recuperação de informações.*

Nesse conceito estão abrangidos os serviços prestados via *Internet*, bem como todos aqueles que constituem comodidades oferecidas aos usuários dos serviços de telecomunicações, podendo-se, pois, dizer que serviço de valor adicionado é serviço que acrescenta a uma rede pre-existente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações, abordagem exata do texto legal.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 042/2006

Para ultimar essa discussão tenha-se em conta que a própria Recorrente, no já referido Memo. ADT 013/03, de 13.01.2003, disse que a *"A Brasil Telecom S A – Filial Rio Grande do Sul, passará a recolher o ISS sobre os serviços de valor adicionado prestado por esta empresa a clientes estabelecidos no âmbito deste Município, conforme relação anexa. A base do recolhimento será os serviços prestados a partir do mês de janeiro de 2003."*, fl. 25, da Revisão de n.º 2003/36407/3.

Quanto a alegada inconstitucionalidade da exigência de ISS sobre a locação de bens móveis tais como aluguel de roteador pequeno, locação de modem digital e analógico, locação mensal de telefone.

Afirma a Recorrente que a Lista de Serviços, ainda aquela do Decreto-lei 406/68 e posteriormente alterada pela Lei Complementar 56/87, cujo item 79, trazia a expressão *"locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil,"* foi declarada, incidentalmente, inconstitucional, quanto à locação de bens móveis. A levar-se em conta essa declaração seria ilegal a incidência do ISS na forma acima indicada.

Como bem apontou o Fisco, a declaração na forma incidental só produz efeito entre os litigantes, naquele caso em concreto não se estendendo aos demais. Além disso, não pode a Administração, em sede administrativa, definir questões da inconstitucionalidade dado que está submetida a chamada – legalidade estrita – ou seja tem que cumprir a lei e deixar ao Judiciário a tarefa de controle da constitucionalidade na forma indicada na legislação pertinente.

No que diz respeito a questão que se ocupa do local da ocorrência do fato gerador, trazido também pela Recorrente, tenha-se em conta que a própria Recorrente, através do Memo ADT 013/03, de 13.01.2003, disse que a *"A Brasil Telecom S A – Filial Rio Grande do Sul, passará a recolher o ISS sobre os serviços de valor adicionado prestado por esta empresa a clientes estabelecidos no âmbito deste Município, conforme relação anexa. A base do recolhimento será os serviços prestados a partir do mês de janeiro de 2003."*, fl. 25, da Revisão de n.º 2003/36407/3.", tornando completamente vencida esta alegação.

Inconforma-se, ainda, a Recorrente, afirmando que *"a Municipalidade está exigindo da Recorrente o ISS supostamente incidente sobre serviços prestados por terceiros indicados no anexo do auto de infração, tais como: doação LBV, plano seguro em casa, seguro premiado individual e familiar, doação GRAAC, TV em revista, doação UNICEF criança esperança, doação Teleton AACD, Doação Direito de Viver, Campanha Lar Santo Antônio, Doação Natal sem fome, doação V Teleton 2002."*

Alega que se a Prefeitura de Canoas pretende exigir o ISS incidente sobre determinado serviço deverá cobrá-lo de quem efetivamente o prestou.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 042/2006

Também aqui sem razão a Recorrente. É que, não há hipótese legal para a dedução pretendida. Efetivamente, a Lei Municipal 1943/79, no seu artigo 31, ao definir o que seria preço do serviço diz que é a importância relativa à receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, ainda que a título de subempreitada de serviços, fretes, despesa ou imposto, salvo os casos especificamente previstos. Como se disse antes, estas hipóteses apontadas pela Recorrente não tem previsão legal. Ademais, é preciso que se tenha em mente que a Recorrente cobra para promover estas atividades, o que equivale a dizer que presta serviços, portanto, não há como se escusar ao pagamento do tributo assim incidente.

Da alegada desproporcionalidade da multa aplicada.

Insurge-se, também, a Recorrente, contra a multa de 50%, lastreada no artigo 68 da Lei 1943, municipal, tendo-a por abusiva e confiscatória. Todavia, uma vez que a multa ostenta previsão legal, indicando, inequivocamente o seu substrato fático, não pode ser adjetivada de abusiva. Quanto à argumentação de que a multa é confiscatória ao tecer considerações neste sentido, fls. 40, a Recorrente confunde instituto, dando-lhe a natureza jurídica de tributo quando na verdade a multa é sanção não se lhe aplicando o tratamento constitucional que é dado àquele.

Deste modo, não pode ser atendido, por este Conselho, o pedido no sentido diminuir-lhe o percentual por absoluta imprevisão legal.

Isto posto, enfrentadas uma a uma as questões postas pela Recorrente, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO** interposto, mantendo hígido o Auto de Infração atacado.

Os Conselheiros presentes, Elaine Cofceyicz, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Neiva Marisa Magnus Oliveira e Mauro José Pompermaier, a maioria, acolheram o voto do Conselheiro Relator. Foi voto vencido o Conselheiro Ricardo Bernardes Machado.

Sala das Sessões, 19 de setembro de 2006.

Cons. Relator **LUIZ ROBERTO STEINMETZ**

Cons. Presidente **FRANCISCO DE PAULA FIGUEIREDO**



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 042/2006

O PRESENTE ACÓRDÃO CONTINUA NA FOLHA 09 COM A DECLARAÇÃO DE VOTO DO CONSELHEIRO RICARDO BERNARDES MACHADO.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 042/2006

Declaração de Voto

Peço vênia ao eminente Relator para divergir, em parte, do entendimento externado em seu voto, e o faço por entender que não-incide o Imposto sobre Serviços-ISS sobre locação de bens móveis.

Inicialmente, é importante salientar que o Estado Democrático de Direito, na forma como fora concebido pela Constituição Federal de 1988, encontra-se estruturado através de um sistema de atribuição e de divisão de poderes, disciplinado por um conjunto de princípios fundamentais, assim como pelas denominadas **regras de competência**.

Através desta sistemática de outorga de competência a Carta Política atribui às Pessoas Políticas (União, Estados, Distrito Federal e Municípios) **competência** para exercer a parcela de poder que lhes fora conferida, estabelecendo claramente os limites que o destinatário da regra deverá observar.

No que diz respeito ao poder tributário, a CF/88 atribui competência tributária aos Municípios para instituir o ISS, conforme preconiza o seu art. 156, inc. III (*Compete aos Municípios instituir imposto sobre: ...III- serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, definidos em lei complementar*).

O pressuposto material da hipótese de incidência prevista no art. 156, inc. III (CF/88) consiste na **prestação de serviço**, significa dizer, **somente pode ser validamente tributada por via do ISS a atividade que, na sua essência, represente uma efetiva prestação de serviço.**



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 042/2006

Nessa perspectiva, convém destacar que o aspecto material da hipótese de incidência configura uma autêntica limitação ao poder de tributar, conforme esclarece o notável tributarista gaúcho **Prof. Dr. HUMBERTO ÁVILA**, ao anotar que:

*Já que os pressupostos de fato e de direito são definidos pela Constituição, cada atribuição de competência representa, ao mesmo tempo, uma limitação material, no sentido de que a partir de cada distribuição de competência decorre uma limitação não constante da seção 'das limitações ao poder de tributar' (art. 150). Isso explica as dimensões positiva e negativa das regras de competência. Qualquer imposto, cuja hipótese de incidência não corresponda aos pressupostos de fato e de direito previstos na Constituição, não poderá ser exigido. (em *Sistema Constitucional Tributário*, 1ª. ed. Ed. Saraiva, São Paulo, 2004, p. 247 – Grifos postos).*

A doutrina (José Eduardo Soares de Mello, Aires Fernandino Barreto, entre outros) tem entendido, a uma só voz, que serviço - núcleo da hipótese de incidência do ISS - *é o esforço humano empreendido em benefício de outrem*, configurando, desta forma, uma obrigação de fazer.

O Pleno Supremo Tribunal Federal já decidiu, por maioria de votos, por ocasião do julgamento do RE n. 116-121, Rel. Min. Octavio Gallotti, DJU de 25.05.2001, que não incide o ISS sobre locação de bens móveis, cujo julgado restou ementado nos seguintes termos:

TRIBUTO - FIGURINO CONSTITUCIONAL. A supremacia da Carta Federal é conducente a glosar-se a cobrança de tributo discrepante daqueles nela previstos.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 042/2006

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS - CONTRATO DE LOCAÇÃO . A terminologia constitucional do Imposto sobre Serviços revela o objeto da tributação. Conflita com a Lei Maior dispositivo que imponha o tributo considerando contrato de locação de um bem móvel. Em Direito, os institutos, as expressões, os vocábulos têm sentido próprio, descabendo confundir a locação de serviços com a de móveis, práticas diversas regidas pelo Código Civil, cujas definições são de observância inafastável – Artigo 110 do Código Tributário Nacional.

Do voto proferido pelo eminente Min. MARCO AURÉLIO, que inaugurou a divergência instaurada no referido julgamento, extrai-se valiosos ensinamentos, verbis:

Na espécie, o imposto, conforme a própria nomenclatura revela e, portanto, considerado o figurino constitucional, pressupõe a prestação de serviços e não o contrato de locação.

.....

Em face do texto da Constituição Federal e da legislação complementar de regência, não tenho como assentar a incidência do tributo, porque falta o núcleo dessa incidência, que são os serviços. Observem os institutos em vigor tal como se contêm na legislação de regência. As definições de locação de serviços e locação de bens móveis vêm-nos do Código Civil e, aí, o legislador complementar, embora de forma desnecessária e que somente pode ser tomada como pedagógica, fez constar no Código Tributário o seguinte preceito:

Art. 110. A lei tributária não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados, expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, pelas



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação —

ACÓRDÃO 042/2006

Constituições dos Estados, ou pelas Leis Orgânicas do Distrito Federal ou dos Municípios, para definir ou limitar competências tributárias.

Em síntese, há de prevalecer a definição de cada instituto, e somente, e somente a prestação de serviços, envolvendo na via direta o esforço humano, é fato gerador do tributo em comento. Prevalece a ordem natural das coisas cuja força surge insuplantável; prevalecem as balizas constitucionais e legais, a conferirem segurança às relações Estado-contribuinte; prevalece, enfim, a organicidade do próprio Direito, sem a qual tudo será possível no agasalho de interesses do Estado, embora não enquadráveis como primários.

Na mesma linha, vale registrar o entendimento externado no voto da lavra do eminente **Min. CELSO DE MELLO**, proferido no mencionado Recurso Extraordinário, ao assentar que:

O fato irrecusável é um só: a Constituição, quando atribui competência impositiva ao Município para tributar serviços de qualquer natureza, não compreendidos na competência das outras pessoas políticas, exige que só alcancem, mediante incidência do ISS, os atos e fatos que possam qualificar, juridicamente, como serviços.

Cumprе assinalar, por necessário, especialmente em face das considerações expostas, que a legislação tributária, emanada de qualquer das pessoas políticas, não pode alterar a definição, o conteúdo e o alcance de institutos, conceitos e formas de direito privado, utilizados expressa ou implicitamente, pela Constituição Federal, para definir ou limitar competências tributárias.




PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 - sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 042/2006

Por essas razões, deu **PARCIAL PROVIMENTO** ao presente recurso voluntário, para excluir do Auto de Infração n. 228/2004 os valores correspondentes à locação de bens móveis, por entender que este negócio jurídico não se situa no campo de incidência do ISS.



Cons. RICARDO BERNARDES MACITUDO
Suplente



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUÍNTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

ACÓRDÃO 043/2006

Processo: 2004/30672
Requerente: BRASIL TELECOM S.A
Assunto: Recurso Voluntário -ISSQN

**Ementa: ISSQN. Prestação de serviços – serviços de valor adicionado.
Recurso Não Provido.**

Trata-se de Recurso Administrativo, conforme acima indicado, com fundamento no artigo 83 do Código Tributário Municipal, no qual a Recorrente, inconformada com a decisão proferida na Impugnação de n.º 2004/25706/3, que manteve a higidez do Auto de Infração de n.º 229/2004, pretende lograr o intento da desconstituição por decorrência do exame das razões expendidas, as quais, passam a ser enfocadas a seguir.

Diz a Recorrente que os fatos são os seguintes:

- a) que o Fisco Municipal lavrou o Auto de Infração, objeto desta inconformidade, no valor de R\$ 234.553,73 (duzentos e trinta e quatro mil, quinhentos e cinquenta e três reais e setenta e três centavos), crédito oriundo de ISS, alegadamente, não recolhido no período de agosto de 2000 a fevereiro de 2002.
- b) que a Recorrente, inconformada com a autuação, que entendeu ilegal e inconstitucional, Impugnou o ato administrativo alinhando as razões que, em apertada síntese, são as seguintes:
 - grande parte da exigência fiscal tem como fato gerador as mesmas circunstâncias que constam como tal no Protocolo 69/98, firmado entre os Estados e o Distrito Federal e apontadas como causa de imposição de ICMS;
 - que o STF julgou inconstitucional a exigência de ISS sobre a *locação de bens móveis*, tais como o aluguel de roteador, modem analógico, telefone, etc., etc.;
 - que a lista de serviços é taxativa, assim considerada pela doutrina e pela jurisprudência de modo que não é possível sua interpretação analógica para a exigência de ISS;
 - que amiúde contrata com terceiros atividades adicionais aos serviços prestados para conceder facilidades aos tomadores, não havendo como o Município fazer imposição tributária uma vez que não foi ela, Recorrente, quem realizou o fato gerador



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 043/2006

- que o fato gerador do ISS ocorre no local em que estiver situado o estabelecimento prestador do serviço, de sorte que, ainda que admitisse, pelo sabor do argumento, que as condutas praticadas se constituíssem em causa geradora do tributo este, não poderia ser exigido porque o estabelecimento prestador está situado na Capital do Estado, portanto, fora dos limites do Município;
- por último, disse que, em preliminar havia apontado a falta de motivação do ato praticado e a ausência de elementos probatórios necessários à imputação.

Num segundo Item, titulado como – II. O Direito – alinhou o seguinte:

II.1 Preliminarmente

II.1.1 Nulidade do lançamento fiscal em razão da ausência de motivação

que o julgador de primeira instância furtou-se a tarefa de examinar a preliminar de nulidade do Auto de Infração em razão da – falta de motivação do ato administrativo, limitando-se a dizer que o *“Auto de Infração foi lavrado em estrita observância ao contido no Código Tributário Municipal e no Código Tributário Nacional.”* Trouxe em seu socorro doutrina e jurisprudência que entendeu lhe confortaria a tese esposada;

II.1.2 Inexistência de norma jurídica prescritiva da incidência tributária quanto aos serviços prestados pela Recorrente.

II.1.3 Ausência de elementos probatórios necessários para a imputação da infração e não inversão do ônus da prova ao contribuinte.

Titulou o item seguinte – II.2 O Mérito.

II.2.1 O Convênio ICMS n.º 69/98 e os serviços tributados pela municipalidade.

Na hipótese de ultrapassagem da preliminar, no mérito, de igual modo não pode prosperar a pretensão do Fisco Municipal, na medida em as condutas apontadas como capazes de gerar a incidência do ISS, na forma apontada no auto atacado, se constituem em fatos geradores do ICMS conforme previsão no Protocolo 69/98 firmado pelos Estados e pelo Distrito Federal.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
 Rua Cândido Machado, 429 -sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 043/2006

II.2.2 Não incidência do imposto municipal - inexistência de enquadramento legal - taxatividade da lista de serviços tributáveis.

Para alicerçar a afirmação trouxe os julgados transcritos em fls. 19/21.

II.2.3 A inconstitucionalidade da exigência de ISS sobre a locação de bens móveis tais como aluguel de roteador pequeno, locação de modem digital e analógico, locação mensal de telefone.

II.2.4 Da possibilidade de deixar de aplicar dispositivos que contrariem matéria constitucional na esfera administrativa.

No Item II.2.5, sob o título de "O local da ocorrência do fato gerador e a competência para exigir o ISS", diz que, ao teor do Decreto-lei 406/68, considera-se realizado o fato gerador no local do estabelecimento prestador ou no domicílio do prestador e, portanto, a partir desse pressuposto o Município de Canoas não pode exigir o tributo que, por esse critério legal, pertenceria à Capital do Estado onde a Recorrente tem seu estabelecimento. Transcreveu decisões nesse sentido.

No item II.2.6, sob o título de " A exigência de ISS sobre serviços prestados por terceiros" disse que o Fisco Municipal está a exigir da Recorrente tributo que quer incidente sobre atividades de terceiros, contratados para disponibilizar comodidades aos usuários dos serviços de comunicação. Arrola como atividades de terceiros e, segundo afirma, não passíveis da incidência dos serviços de "paquera e informações, disk-surf repórter, disk- futebol esperança, tele- magia, e outros...

No Item II.2.7, reclama "A necessária proporcionalidade entre a multa aplicada e a infração cometida" apontando o art. 68 do Código Tributário Municipal como portador de caráter confiscatório vez que fixa percentual de 50% sobre o tributo apurado. Vê esta aplicação como indevida e desproporcional e como forma de burlar a vedação constitucional de ter o tributo como forma de comprometer o direito de propriedade do contribuinte.

Finalmente, no Item III, - sob o título de "O pedido:" quer:

- a) seja dado provimento a este Recurso para que seja reformada a decisão de primeiro grau reconhecendo a nulidade do Auto de Infração de n.º 229/2004 ou em razão dos vícios apontados em matéria preliminar, seja em função da ilegalidade e inconstitucionalidade de sua exigência.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUENTES
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 043/2006

- b) alternativamente, na hipótese de ser reconhecida a nulidade do Auto de Infração, quer a mitigação da multa, coma fixação dela no percentual de 30%, conforme julgado do STF, RTJ 74/320, que antes indicou.

A Representação da Fazenda dizendo da exação do procedimento opinou pelo improvimento do Recurso.

Este o Relatório.

Realizada a sustentação oral pelo Procurador da recorrente e debatida a matéria entre os Conselheiros, passo a relatar.

Senhor Presidente.

As questões postas pela Recorrente, enfrentadas uma a uma, resultam inequivocamente, em reconhecer a consistência do Auto de Infração de n.º 229/2004, objeto deste Recurso, conforme se demonstrará a seguir.

Em preliminar.

Diz a Recorrente que falta motivação ao ato administrativo em que se constitui o Auto de infração atacado. Afirma que esse requisito é inarredável como condição de validade do ato vez que a atuação tributária é atividade vinculada, vale dizer, atrelada à previsão legal e que, por esse viés, a Municipalidade não teria cumprido esse encargo de dar embasamento fático à atividade empreendida.

Todavia não lhe assiste razão.

É que, o Fisco Municipal, na sua atividade legal e vinculada verificou a realização dos fatos geradores e o não recolhimento do tributo correspondente e, isso é um fato. Ora, sabemos que o motivo é requisito de validade do ato administrativo e que pode estar previsto na lei ou ser uma circunstância de fato. Quando é uma circunstância de direito o próprio legislador justifica a ação administrativa pela simples previsão legal. Quando a circunstância de fato é a razão da conduta administrativa se faz presente a exigência da motivação da conduta pelo agente. E assim se conduziu o Fisco. Verificou a infração (fato) e empreendeu a atividade adequada (a atuação). Também foi observado o princípio do *devido processo legal* na medida em que a Fiscalização percorreu o *iter* previsto na legislação, assim como foram dadas todas as oportunidades legalmente previstas para o exercício da ampla defesa. Deste modo, no que respeito a preliminar oposta sob o título de – **Nulidade do lançamento fiscal em razão da ausência de motivação, desacolho porque inexistente.**



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 043/2006

Da alegada inexistência de norma jurídica prescritiva da incidência tributária quanto aos serviços prestados pela Recorrente.

Os serviços apontados como fatos geradores do tributo pretendido pelo Fisco estão todos previstos na legislação específica e foram indicados, quer na Lei complementar 56/87, assim como no Demonstrativo elaborado pela Administração que os identificou na Lista de Serviços, portanto, sem consistência a alegação da Recorrente. Tenha-se em conta que o reconhecimento da taxatividade da Lista de Serviços pelo STF é para a verificação vertical dela, admitindo, porém, a extensividade no que diz respeito a sua horizontalidade na medida em que o próprio legislador usou de expressões que a isto autorizam, tais "congêneres". Todavia não é o caso aqui examinado.

Destarte, não há que se falar em analogia para a criação de tributos.

Da alegada ausência de elementos probatórios necessários para a imputação da infração e não inversão do ônus da prova ao contribuinte.

O Auto Impugnado se refere ao mês de agosto de 2000 a fevereiro de 2002, quando os Demonstrativos de ICMS sobre serviços de telecomunicações eram elaborados, ainda, pela CRT. Quando sucedeu aquela, a Recorrente, não só reconheceu as operações como lhes deu novos códigos para fazer o recolhimento, como se pode ver do Memorando ADT 013/03, de 13.01.2003. Em 2003, janeiro, a Recorrente passou a recolher o ISS sobre os serviços que agora alega não provados pelo Fisco!

Houve, pois, inequivocamente, o reconhecimento da dívida e a aceitação das condutas como tributáveis.

Mérito.

Do Convênio ICMS n.º 69/98 e os serviços tributados.



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 043/2006

Num primeiro momento é de dizer-se que o Convênio 69/98, entretido pelos Estados e o Distrito Federal, não teria o condão de afastar a competência municipal fixada pela Constituição da República para a imposição dos impostos que cabem na repartição constitucional.

A Lei 9.742/97, dita Lei Geral de Telecomunicações, em seu artigo 61, § 1.º, conceitua serviços de telecomunicações ao dizer que: *A telecomunicação é a transmissão, emissão, ou recepção de símbolos, caracteres, sinais, escritos, imagens, sons ou informações de qualquer natureza por fio, rádio, eletricidade, meios óticos, ou qualquer outro processo eletromagnético.*

Portanto, todos os demais que não se enquadrarem na definição, por exclusão, não serão serviços de telecomunicação, passíveis, pois, da incidência do ISS.

Os serviços que foram objeto da autuação municipal, que não são aqueles contidos na definição acima transcrita, estão definidos e denominados como – serviços de valor adicionado – na mesma Lei 9.472, artigo 61, que diz: *Serviço de valor adicionado é a atividade que acrescenta, a um serviço de telecomunicações que dá suporte e com o qual não se confunde, novas utilidades relacionadas ao acesso, armazenamento, apresentação, movimentação, ou recuperação de informações.*

Nesse conceito estão abrangidos os serviços prestados via *Internet*, bem como todos aqueles que constituem comodidades oferecidas aos usuários dos serviços de telecomunicações, podendo-se, pois, dizer que serviço de valor adicionado é serviço que acrescenta a uma rede pré-existente de um serviço de telecomunicações, meios ou recursos que criam novas utilidades específicas ou novas atividades produtivas, relacionadas com o acesso, armazenamento, movimentação e recuperação de informações, abordagem exata do texto legal.

Para ultimar essa discussão tenha-se em conta que a própria Recorrente, no já referido Memo ADT 013/03, de 13.01.2003, disse que a *"A Brasil Telecom S A – Filial Rio Grande do Sul, passará a recolher o ISS sobre os serviços de valor adicionado prestada por esta empresa a clientes estabelecidos no âmbito deste Município, conforme relação anexa. A base do recolhimento será os serviços prestados a partir do mês de janeiro de 2003."*, fl. 25, da Revisão de n.º 2003/36407/3.

Quanto à alegada inconstitucionalidade da exigência de ISS sobre a locação de bens móveis tais como aluguel de roteador pequeno, locação de modem digital e analógico, locação mensal de telefone.

Afirma a Recorrente que a Lista de Serviços, ainda aquela do Decreto-lei 406/68 e posteriormente alterada pela Lei Complementar 56/87, cujo item 79, trazia a



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTE
 Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 043/2006

expressão “ *locação de bens móveis, inclusive arrendamento mercantil.*” foi declarada, incidentalmente, inconstitucional, quanto à locação de bens móveis. A levar-se em conta essa declaração seria ilegal a incidência do ISS na forma acima indicada.

Como bem apontou o Fisco, a declaração na forma incidental só produz efeito entre os litigantes, naquele caso em concreto não se estendendo aos demais. Além disso, não pode a Administração, em sede administrativa, definir questões de inconstitucionalidade dado que está submetida à chamada – legalidade estrita – ou seja tem que cumprir a lei e deixar ao Judiciário a tarefa de controle da constitucionalidade na forma indica na legislação pertinente.

Quanto ao local da ocorrência do fato gerador e a competência para exigir o ISS.

No que diz respeito a questão que se ocupa do local da ocorrência do fato gerador, trazido também pela Recorrente, tenha-se em conta que a própria Recorrente, através do Memo ADT 013/03, de 13.01.2003, disse que a “*A Brasil Telecom S A – Filial Rio Grande do Sul, passará a recolher o ISS sobre os serviços de valor adicionado prestado por esta empresa a clientes estabelecidos no âmbito deste Município, conforme relação anexa. A base do recolhimento será os serviços prestados a partir do mês de janeiro de 2003.*”, fl. 25, da Revisão de n.º 2003/36407/3.”, tornando completamente vencida esta alegação.

Quanto a alegada exigência de ISS sobre serviços prestados por terceiros.

Inconforma-se, ainda, a Recorrente, afirmando que “*a Municipalidade está exigindo da Recorrente o ISS supostamente incidente sobre serviços prestados por terceiros, indicados no anexo do auto de infração, tais como: doação LBV, plano seguro em casa, seguro premiado individual e familiar, doação GRAAC, TV em revista, doação UNICEF criança esperança, doação Teleton AACD, Doação Direito de Viver, Campanha Lar Santo Antônio, Doação Natal sem fome, doação V Teleton 2002.*”

Alega que se a Prefeitura de Canoas pretende exigir o ISS incidente sobre determinado serviço deverá cobrá-lo de quem efetivamente o prestou.

Também aqui sem razão a Recorrente. É que, não há hipótese legal para a dedução pretendida. Efetivamente, a Lei Municipal 1943/79, no seu artigo 31, ao definir o que seria preço do serviço diz que é a importância relativa à receita bruta a ele correspondente, sem quaisquer deduções, ainda que a título de subempreitada de serviços, fretes, despesa ou imposto, salvo os casos especificamente previstos. Como se disse antes, estas hipóteses apontadas pela Recorrente não tem previsão legal. Ademais, é preciso que se



PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
CONSELHO MUNICIPAL DE CONTRIBUINTES
Rua Cândido Machado, 429 –sala 303-Telefone: 3462-1572

Continuação ...

ACÓRDÃO 043/2006

tenha em mente que a Recorrente cobra para promover esta atividade, o que equivale a dizer que presta serviços, portanto, não há como se escusar ao pagamento do tributo assim incidente.

Da alegada desproporcionalidade da multa aplicada.

Insurge-se, também, a Recorrente, contra a multa de 50%, lastreada no artigo 68 da Lei 1943, municipal, tendo-a por abusiva e confiscatória. Todavia, uma vez que a multa ostenta previsão legal, indicando, inequivocamente o seu substrato fático, não pode ser adjetivada de abusiva. Quanto à argumentação de que a multa é confiscatória ao tecer considerações neste sentido, fls. 40, a Recorrente confunde instituto, dando-lhe a natureza jurídica de tributo quando na verdade a multa é sanção não se lhe aplicando o tratamento constitucional que é dado àquele.

Deste modo, não pode ser atendido, por este Conselho, o pedido no sentido diminuir-lhe o percentual por absoluta imprevisão legal.

Isto posto, enfrentadas uma a uma as questões postas pela Recorrente, voto no sentido de **NEGAR PROVIMENTO AO RECURSO** interposto, mantendo hígido o Auto de Infração atacado.

Os Conselheiros presentes, Elaine Cofcevicz, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Neiva Marisa Magnus Oliveira e Mauro José Pompermaier, a maioria, acolheram o voto do Conselheiro Relator. Foi voto vencido o Conselheiro Ricardo Bernardes Machado.

Sala das sessões, 19 de setembro de 2006.


Cons. LUIZ ROBERTO STEINMETZ
Relator


Cons. FRANCISCO DE PAULA FIGUEIREDO
Presidente