



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 011/2013

Notificado, o Recorrente, e não tendo comparecido para a realização da defesa oral, a matéria foi debatida em Plenário pelos demais Conselheiros, após o que passo a decidir.

A recorrente ISA – SUL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA, afirma que por lapso, não apresentou a documentação necessária para efetuar a análise da sua condição de Imune, o que ocorreria se fosse verificada a não preponderância de suas receitas nas atividades imobiliárias. A apresentação da documentação não é uma simples obrigação acessória, como alega a recorrente, são as provas da condição pleiteada e isto está previsto na própria Constituição, na ressalva contida no inciso I, § 2º, Art. 156 e no CTN Art. 37, § 1º, 2º e 3º.

A própria requerente, ressalta que a lei municipal ratifica a Constituição e o CTN, e desse modo a lei municipal 5503/2010 não está contrariando a lei maior. O que houve foi que a empresa ISA – SUL ADMINISTRAÇÃO E PARTICIPAÇÃO LTDA., negligenciou em demonstrar, com a apresentação da documentação, a prova de sua alegada Imunidade.

Embora a requerente tenha juntado uma documentação, junto ao Recurso de Primeira Instância, esta apresentação não ocorreu no prazo legal, portanto intempestivamente.

A legislação municipal 5503/2010 – Art. 6º, § 3º e 4º, dispõe o prazo para a entrega dos documentos que seriam utilizados para a comprovação de não preponderância das atividades imobiliárias, e apesar de assinar a ciência de conhecimento deste prazo, a recorrente não se manifestou na apresentação destes documentos.

Não tendo sido analisadas as receitas operacionais da requerente, não há como dizer se a empresa é Imune ou não. A não comprovação resulta na perda da Imunidade provisória, ou seja, a incidência do tributo ITBI sobre a transmissão dos imóveis referidos.

Sendo assim, após a análise dos fatos e documentos juntados ao Processo, voto pela manutenção do Auto de Lançamento de ITBI 001/2013 e pela negativa de provimento ao presente recurso.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 011/2013

Os conselheiros, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Vicente João Brígido, Sérgio Luís Alves Almeida, Daltro Rogério Ribeiro dos Santos e Francisco José Rodrigues Alves acompanharam o voto do relator, negando provimento ao recurso.

Sala das Sessões, 03 de setembro de 2013.

Neiva Marisa Magnus Oliveira

Conselheira Relatora

Patricia de Souza Leandro

Presidente

ACÓRDÃO 012/2013

Processo nº 56037/2013

Recorrente: MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO FACHI LTDA

Assunto: ITBI – Recurso Decisão Denegatória

Objeto: Notificação de Lançamento de ITBI nº. 004/2013

EMENTA: ITBI- Constitui ofensa ao princípio da Ampla Defesa a negativa do exame da documentação para verificação da ocorrência da imunidade do ITBI. Inteligência do art. 156, § 2º, I da Constituição Federal de 1988 e art. 37 e parágrafos do Código Tributário Nacional.

Trata-se de Recurso ao Processo nº 56037/2013, impetrada pela impugnante MATERIAIS DE CONSTRUÇÃO FACHI LTDA, inscrita no CNPJ nº. 03.627.964/0001-52, estabelecida à Rua Florianópolis nº. 2807, Bairro Mathias Velho neste Município, no qual requereu imunidade tributária do ITBI – Imposto de Transmissão de Bens Imóveis e contra a Notificação de Lançamento 004/2013, decorrente do lançamento do valor correspondente ao ITBI relativo à guia nº. 3.213 de 11/05/2010.

DOS FATOS

A parte ora recorrente, através do processo nº. 15.924 de 14/05/2010, teve reconhecida a imunidade tributária de ITBI, mas sob condição resolutória, devendo a empresa, ora recorrente, nos termos da lei municipal, apresentar seus demonstrativos contábeis relativos aos exercícios de 2008 a 2012 até 60º. dia do ano de 2013, para verificação de receita operacional preponderante.

Vencido o prazo legal, a empresa deixou de apresentar à Fiscalização Tributária o Demonstrativo de Receita Operacional e os Demonstrativos Contábeis referentes ao período de 2008 a 2012. Em razão disso, foi lançado o imposto, e a empresa recebeu a notificação de Lançamento de Imposto de ITBI de nº. 004/2013.

O grupo julgador julgou pelo não provimento da impugnação mantendo o lançamento do ITBI e consectários legais fundado na razão de que a documentação foi apresentada fora de prazo legal, e, por isso, ficou prejudicada a análise dos demonstrativos contábeis anexadas tardiamente ao processo de impugnação, por tanto, decorrido o prazo estabelecido na legislação, sem apresentação dos demonstrativos contábeis o Representante legal da Fazenda Pública sustenta que o imposto é devido.

É o relatório

Realizada a defesa oral pelo procurador da recorrente a matéria foi debatida entre os demais conselheiros, após o que passo a decidir.

A partir das alegações do contribuinte, e com base na legislação Municipal e Federal sobre os dispositivos que versam sobre a imunidade tributária versa no art. 156, II, § 2º, da Constituição Federal/1988;

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:
II - transmissão "inter vivos", a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, **exceto os de garantia**, bem como cessão de direitos a sua aquisição;

§ 2º - O imposto previsto no inciso II:

I - não incide sobre a transmissão de bens ou direitos **incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica** em realização de capital, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrente de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil;

Recepcionado com eficácia de lei complementar, o CTN disciplina a questão: Imposto sobre a Transmissão de Bens Imóveis e de Direitos a eles Relativos:

Art. 36. Ressalvado o disposto no artigo seguinte, o imposto não incide sobre a transmissão dos bens ou direitos referidos no artigo anterior: (g/n).

I - quando efetuada para sua incorporação ao patrimônio de pessoa jurídica em pagamento de capital nela subscrito: (g/n).

(...)

Art. 37. O disposto no artigo anterior não se aplica quando a pessoa jurídica adquirente tenha como **atividade preponderante** a venda ou locação de propriedade imobiliária ou a cessão de direitos relativos à sua aquisição. (g/n)

§ 1º Considera-se caracterizada a atividade preponderante referida neste artigo quando mais de 50% (cinquenta por cento) da receita operacional da pessoa jurídica adquirente, nos 2 (dois) anos anteriores e nos 2 (dois) anos subsequentes à aquisição, decorrer de transações mencionadas neste artigo.

§ 2º Se a pessoa jurídica adquirente iniciar suas atividades após a aquisição, ou menos de 2 (dois) anos antes dela, apurar-se-á a preponderância referida no parágrafo anterior levando em conta os 3 (três) primeiros anos seguintes à data da aquisição.

§ 3º Verificada a preponderância referida neste artigo, tornar-se-á devido o imposto, nos termos da lei vigente à data da aquisição, sobre o valor do bem ou direito nessa data. (g/n)(...)

No âmbito da competência Municipal, prevê a Lei Municipal nº. 2.683/89, de Canoas:

Art. 1º O Imposto de Transmissão "Inter Vivos" sobre bens Imóveis ITBI, que tem como fato gerador a transmissão inter vivos, a qualquer título, por ato oneroso, de bens imóveis, por natureza ou acessão física, e de direitos reais sobre imóveis, **exceto garantia**, bem como cessão de direitos, sua aquisição, de imóveis localizados no município.

Parágrafo único - O imposto previsto neste artigo não incide sobre a transmissão de bens ou direitos incorporados ao patrimônio da pessoa jurídica **em realização de capital**, nem sobre a transmissão de bens ou direitos decorrentes de fusão, incorporação, cisão ou extinção de pessoa jurídica, salvo se, nesses casos, a atividade preponderante do adquirente for a compra e venda desses bens ou direitos, locação de bens imóveis ou arrendamento mercantil.(...)

Art. 5º São imunes ao imposto:

(...)

IV - a transmissão de bens ou de direitos incorporados ao patrimônio de pessoas jurídicas em realização de capital;

V - a transmissão de bens ou de direitos decorrentes de fusão, incorporação ou extinção de capital de pessoa jurídica, inclusive no caso de cisão.

A respeito do § 2º do art. 156 da CF, Aires F. Barreto, em Curso de Direito Tributário Municipal, pp. 305-311, São Paulo, Saraiva, 2009, esclarece que "O legislador constitucional pretendeu imunizar situações que demonstrem o crescimento das pessoas jurídicas, em que há a transferência de bens imóveis dos sócios para a pessoa jurídica, para o pagamento do capital social subscrito. Isso porque a não tributação dessas situações pelo ITBI visa a facilitar a mobilização dos bens imóveis de seus sócios para as pessoas jurídicas. (...) para que haja a imunidade do ITBI nas transmissões de bens ou direitos incorporados ao patrimônio de pessoa jurídica em realização de capital, a atividade preponderante do adquirente não pode ser a compra e venda desses bens ou direitos, a locação de bens imóveis ou o arrendamento mercantil. Nesse contexto, é relevante ressaltar que a realidade fática haverá de prevalecer à previsão contratual sobre o objeto social das pessoas jurídicas, ou seja, o que vale para

.....

fins tributários não é a atividade descrita como objeto social das pessoas jurídicas, em seus respectivos contratos sociais, e sim a atividade que elas efetivamente desenvolvem”.

Assim, em atenção ao princípio da Ampla Defesa e em face dessas considerações, com fundamento no art. 156, § 2º, I da Constituição Federal, art. 37 e parágrafos do Código Tributário Nacional e art. 8º, IV do Decreto Municipal 102/2008, voto no sentido de DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso, desconstituindo a decisão de primeiro grau, para determinar a revisão da documentação acostada aos autos pela recorrente, a fim de verificar-se a existência ou não da atividade preponderante da recorrente.

Os conselheiros, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Vicente João Brígido, Neiva Marisa Magnus Oliveira, Francisco José Rodrigues Alves e Sérgio Luís Alves Almeida, por unanimidade, acompanharam o voto do conselheiro relator, decidindo pela revisão da documentação apresentada, com baixa ao setor tributário competente, para repetição dos atos, nos termos do Art. 8º, Inciso IV, do Decreto Municipal n.º 102 de 2008.

Sala das Sessões, 10 de setembro de 2013.


Daltro Rogério Ribeiro dos Santos
Conselheiro Relator


Patrícia de Souza Leandro
Presidente



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

ACÓRDÃO 013/2013

PROCESSO n.º: 56318/2013
RECORRENTE: Balanças Saturno S. A.
Assunto: ISSQN – Recurso Decisão Denegatória
Auto de Infração n.º 19/2013.

Ementa: ISS - Arbitramento Fiscal - Inércia do contribuinte em exibir ao Fisco sua escrituração. Assegurado ao Contribuinte ampla defesa e direito ao contraditório, legalidade. Pretensão do Contribuinte, a novo prazo, para recurso duplo ao Julgador de 1ª Instância face recálculo do Auto de Infração em tela. Negada. Motivo: A referida peça, pós-recálculo, não resultou em agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência. Recurso desprovido.

BALANÇAS SATURNO S.A., já qualificada nos autos do processo em epígrafe, interpôs o presente RECURSO VOLUNTÁRIO contra a decisão que indeferiu sua Reclamação contra lançamento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, perpetrado pelo Auto de Infração e Lançamento nº 19/2013, relativo ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2008, notificada em 12 de março de 2013.

Conforme consta, a Recorrente foi autuada porque prestou os serviços enquadrados nos subitens 1.04, 14.01, 14.02 e 14.06 da Lista de Serviços anexa a Lei Municipal n.º 4818/2003, e não recolheu o Imposto Sobre Serviços sobre parte da receita, o que resultou no descumprimento do disposto no art. 12, caput, parágrafo único, inc. III, art. 14 e art. 16, caput, parágrafo único da Lei Municipal 1783/77 e suas alterações e arts. 31 e 42 da Lei Municipal 1943/79 e suas alterações e na incidência da penalidade descrita no art. 68, inc. II, alínea “a”, parágrafo 2º, alíneas “b” e “e” da Lei Municipal 1783 e suas alterações. Tudo, ainda, em conformidade com o disposto nos artigos 142, 149, 150 e 173 do Código Tributário Nacional, art. 52 da Lei Municipal 5255/07 e art. 21, parágrafo segundo (arbitramento da base de cálculo) da Lei Municipal 1783/77 e suas alterações.

Em razão da autuação, a ora Recorrente ingressou tempestivamente com a competente reclamação, através da qual aduziu em sua defesa que:

1. Deixou de apresentar a totalidade dos formulários fiscais autorizados, uns por questão de desorganização administrativa da própria Empresa e outros porque haviam sido cancelados ou anulados por conta da então troca de sistema para os formulários corridos,
2. A base de cálculo apurada pela fiscalização através do arbitramento não corresponde à realidade, bem como não há qualquer amparo legal para o critério adotado pela fiscalização para fins de arbitramento e;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 013/2013

3. A documentação fiscal, antes exigida, não entregue e agora anexa, demonstraria a realidade situacional e econômica da empresa, dentro do seu nicho de mercado e do objeto social que exerce.

O julgador de 1ª Instância, ao analisar o caso apresentado e enfrentando as questões levantadas no pedido de reclamação determinou, num primeiro momento, que a Fiscalização Tributária examinasse a documentação apresentada no referido pedido, para a posteriori decidir, ou não, sobre a viabilidade de modificação do Auto de Infração em pauta. Após o trabalho da Fiscalização, que resultou no recálculo do Auto de Infração e redução do valor de R\$ 96.348,07 para R\$ 81.584,57, decidiu o Grupo Julgador (1ª instância), baseado nos novos documentos apresentados pela Impugnante e pelas informações oferecidas pela Autuante, pela manutenção do Auto de Infração em tela após a redução supracitada.

O Recurso Voluntário apresentado repete as alegações formuladas e não acatadas por ocasião do pedido de Reclamação, apresentando novos elementos à lide:

1. Verifica-se que a Autoridade Administrativa, ao receber a impugnação oferecida pela contribuinte, e, ao realizar a verificação dos documentos fiscais colacionados aos expedientes, optou por majorar parte do tributo, especificamente no tocante ao formulário 14380, no qual o Fiscal se manifestou pela majoração do valor da imputação tributária, afastando o arbitramento, considerando como base de cálculo o valor destacado no respectivo documento fiscal (de R\$ 2.806,24 para R\$ 6.500,00);

2. O lançamento tributário reformado, sem que tenha se oportunizado ao contribuinte o seu conhecimento prévio, sendo realizado diretamente em sede da impugnação administrativa, fere o direito ao contraditório e devido processo legal. A reformatio in pejus decorrente de impugnação interposta pelo contribuinte prejudica o contribuinte, pois ele não pode simplesmente mais impugnar seus termos, sendo-lhe tolhida instância de defesa administrativa, com evidente cerceamento de defesa;

3. O correto, para o caso, deveria ser a anulação do lançamento tributário anteriormente realizado, em específico sobre a parcela referida, com o lançamento de uma nova, proporcionando ao contribuinte se manifestar sobre a mesma, inclusive sobre a possibilidade de se realizar o pagamento voluntário e preliminar do eventual débito;


2




ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 013/2013

4. Como não foi assim realizado, mas simplesmente reformada para pior a obrigação tributária, há embaraço ao direito de defesa dos interesses do contribuinte;

5. Não é competência da instância avaliadora da impugnação realizar o lançamento tributário como o fez a instância a quo, pois, ainda que tenha reduzido o quantum debeat, tal atribuição é somente de competência da autoridade fiscal, o que vem a proporcionar o direito de ampla defesa e contraditório ao contribuinte.

Finaliza requerendo a suspensão da formação da exigibilidade do crédito tributário, enquanto não vencidas todas as etapas da discussão administrativa ora realizada e, no mérito, o cancelamento do Auto de Infração ora impugnado, pois entende que o mesmo não tem o condão factual, diante dos documentos apresentados, de sustentar os requisitos legais necessários para sua existência e validade como tal, bem como a expurgação das sanções aplicadas atinentes aos documentos fiscais ora impugnados.

O Representante da Fazenda Pública, no mérito, e fundado nas mesmas razões do Grupo Julgador, opina pelo desprovimento do presente recurso.

É o relatório.

Notificado, o Recorrente, e não tendo comparecido para a realização da defesa oral, a matéria foi debatida em Plenário pelos demais Conselheiros, após o que passo a decidir.

A começar, depois de uma análise minuciosa, atenta, e completa dos autos, estou convencido de que a Recorrente, ao contrário do que alega, não teve nenhum direito ou garantia fundamental de contribuinte desrespeitado ou tolhido. Assim, claro está que:

1. A ampla defesa e o direito ao contraditório foram devidamente exercidos na 1ª Instância, tendo inclusive o julgador acolhido documentos fiscais anexados somente na impugnação, e determinado diligência com fins à promoção do princípio da verdade material no processo administrativo;

2. A Autoridade Fiscal agiu acertadamente ao examinar os fundamentos e documentos de mérito pleiteados pela Recorrente, considerando-se as práticas de cumprimento da legalidade, transparência e respeito ao devido processo legal que devem nortear as administrações tributárias e Fiscais;


3



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 013/2013

3. A Recorrente quando fala em cerceamento de defesa, é porque pretende se valer duas vezes da mesma instância, no caso a 1ª, para tratar do mesmo assunto. Na verdade, reivindica isso sem considerar que o Grupo Julgador de 1ª Instância deliberou livremente considerando as alegações amplas de ambas as partes, autuante e impugnante;

4. A Recorrente teve, sempre, todos os prazos concedidos e respeitados, e documentos/pareceres disponibilizados, tanto pela Fiscalização quanto pelo Grupo Julgador de 1ª Instância;

5. O Grupo Julgador não procedeu nenhum lançamento tributário, apenas na condição de julgador competente legal determina que a Autoridade Fiscal cumpra com suas tomadas de decisões;

6. Decididamente, houve redução do valor no Auto de Infração nº 19/2003, ainda que o contribuinte no decorrer da presente defesa fale em piora da obrigação tributária e redução do quantum debeatur.

Vencida a preliminar, entendo que o arbitramento realizado atendeu a legislação (art. 116 do CTN, art. 21 da Lei Municipal 1783/77 e art. 34 da Lei Municipal 1943/79), em que pese a Recorrente tê-lo conceituado estranhamente de "arbitrário", e não poderia ser diferente, mas o foi dentro e nos limites da Lei.

No Relatório Fiscal, constante dos autos, podemos observar que a Recorrente apresentou formulários que nem foram alvo de arbitramento e outros que não foram cancelados porque todas as vias originais não foram apresentadas, mantendo-se nesse caso o arbitramento efetivado.

Registre-se, ainda, no referido Relatório de que a Fiscalização excluiu formulários do arbitramento em razão de não apresentarem serviços ou estarem cancelados com todas as vias apresentadas. E por último, o caso peculiar do formulário 14380 apresentado com valor auferido superior ao arbitrado, e que teve acertadamente aquele considerado para fins de tributação com foco no art. 123 do CTN.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 013/2013

O arbitramento, ora discutido, é uma consequência prevista em Lei que tem como causa a não entrega, em nenhum momento pelo contribuinte, de toda a documentação solicitada ou entregue de forma errônea e em desacordo com a lei. Importante ressaltar que a base de cálculo, na íntegra do referido arbitramento, foi construída e consolidada a partir da realidade econômica e financeira da própria Empresa, principalmente tendo como suporte as notas fiscais do objeto social que exerce e livro contábil (razão) apresentados.

Deste modo, certo de que a Recorrente só teria direito a sua pretensão de novo prazo para impugnação na 1ª Instância se o recálculo do Auto de Infração houvesse resultado em agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, não há o que opor ao enquadramento como base do Auto de Infração e Lançamento nº 19/2013.

Pelo acima exposto, NEGOU PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, devendo-se manter na sua integralidade o Auto de Infração e Lançamento nº 19/2013, nos termos e condições já determinadas pelo Julgador de 1ª Instância.

Os conselheiros, Neiva Marisa Magnus Oliveira, Vicente João Brígido, Sérgio Luís Alves Almeida, Daltro Rogério Ribeiro dos Santos e Francisco José Alves acompanharam o voto do relator, negando provimento ao recurso.

Sala das Sessões, 22 de outubro de 2013.


Paulo Roberto Vieira da Cruz
Conselheiro Relator


Patricia de Souza Leandro
Presidente



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

ACÓRDÃO 013/2013

PROCESSO n.º: 56318/2013
RECORRENTE: Balanças Saturno S. A.
Assunto: ISSQN – Recurso Decisão Denegatória
Auto de Infração n.º 19/2013

Ementa: ISS - Arbitramento Fiscal - Inércia do contribuinte em exhibir ao Fisco sua escrituração. Assegurado ao Contribuinte ampla defesa e direito ao contraditório, legalidade. Pretensão do Contribuinte, a novo prazo, para recurso duplo ao Julgador de 1ª Instância face recálculo do Auto de Infração em tela. Negada. Motivo: A referida peça, pós-recálculo, não resultou em agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência. Recurso desprovido.

BALANÇAS SATURNO S.A., já qualificada nos autos do processo em epígrafe, interpôs o presente RECURSO VOLUNTÁRIO contra a decisão que indeferiu sua Reclamação contra lançamento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISS, perpetrado pelo Auto de Infração e Lançamento n.º 19/2013, relativo ao período de janeiro de 2008 a dezembro de 2008, notificada em 12 de março de 2013.

Conforme consta, a Recorrente foi autuada porque prestou os serviços enquadrados nos subitens 1.04, 14.01, 14.02 e 14.06 da Lista de Serviços anexa a Lei Municipal n.º 4818/2003, e não recolheu o Imposto Sobre Serviços sobre parte da receita, o que resultou no descumprimento do disposto no art. 12, caput, parágrafo único, inc. III, art. 14 e art. 16, caput, parágrafo único da Lei Municipal 1783/77 e suas alterações e arts. 31 e 42 da Lei Municipal 1943/79 e suas alterações e na incidência da penalidade descrita no art. 68, inc. II, alínea “a”, parágrafo 2º, alíneas “b” e “e” da Lei Municipal 1783 e suas alterações. Tudo, ainda, em conformidade com o disposto nos artigos 142, 149, 150 e 173 do Código Tributário Nacional, art. 52 da Lei Municipal 5255/07 e art. 21, parágrafo segundo (arbitramento da base de cálculo) da Lei Municipal 1783/77 e suas alterações.

Em razão da autuação, a ora Recorrente ingressou tempestivamente com a competente reclamação, através da qual aduziu em sua defesa que:

1. Deixou de apresentar a totalidade dos formulários fiscais autorizados, uns por questão de desorganização administrativa da própria Empresa e outros porque haviam sido cancelados ou anulados por conta da então troca de sistema para os formulários corridos,

2. A base de cálculo apurada pela fiscalização através do arbitramento não corresponde à realidade, bem como não há qualquer amparo legal para o critério adotado pela fiscalização para fins de arbitramento e;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 013/2013

3. A documentação fiscal, antes exigida, não entregue e agora anexa, demonstraria a realidade situacional e econômica da empresa, dentro do seu nicho de mercado e do objeto social que exerce.

O julgador de 1ª Instância, ao analisar o caso apresentado e enfrentando as questões levantadas no pedido de reclamação determinou, num primeiro momento, que a Fiscalização Tributária examinasse a documentação apresentada no referido pedido, para a posteriori decidir, ou não, sobre a viabilidade de modificação do Auto de Infração em pauta. Após o trabalho da Fiscalização, que resultou no recálculo do Auto de Infração e redução do valor de R\$ 96.348,07 para R\$ 81.584,57, decidiu o Grupo Julgador (1ª instância), baseado nos novos documentos apresentados pela Impugnante e pelas informações oferecidas pela Autuante, pela manutenção do Auto de Infração em tela após a redução supracitada.

O Recurso Voluntário apresentado repete as alegações formuladas e não acatadas por ocasião do pedido de Reclamação, apresentando novos elementos à lide:

1. Verifica-se que a Autoridade Administrativa, ao receber a impugnação oferecida pela contribuinte, e, ao realizar a verificação dos documentos fiscais colacionados aos expedientes, optou por majorar parte do tributo, especificamente no tocante ao formulário 14380, no qual o Fiscal se manifestou pela majoração do valor da imputação tributária, afastando o arbitramento, considerando como base de cálculo o valor destacado no respectivo documento fiscal (de R\$ 2.806,24 para R\$ 6.500,00);

2. O lançamento tributário reformado, sem que tenha se oportunizado ao contribuinte o seu conhecimento prévio, sendo realizado diretamente em sede da impugnação administrativa, fere o direito ao contraditório e devido processo legal. A reformatio in pejus decorrente de impugnação interposta pelo contribuinte prejudica o contribuinte, pois ele não pode simplesmente mais impugnar seus termos, sendo-lhe tolhida instância de defesa administrativa, com evidente cerceamento de defesa;

3. O correto, para o caso, deveria ser a anulação do lançamento tributário anteriormente realizado, em específico sobre a parcela referida, com o lançamento de uma nova, proporcionando ao contribuinte se manifestar sobre a mesma, inclusive sobre a possibilidade de se realizar o pagamento voluntário e preliminar do eventual débito;

  2



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 013/2013

4. Como não foi assim realizado, mas simplesmente reformada para pior a obrigação tributária, há embaraço ao direito de defesa dos interesses do contribuinte;

5. Não é competência da instância avaliadora da impugnação realizar o lançamento tributário como o fez a instância a quo, pois, ainda que tenha reduzido o quantum debeat, tal atribuição é somente de competência da autoridade fiscal, o que vem a proporcionar o direito de ampla defesa e contraditório ao contribuinte.

Finaliza requerendo a suspensão da formação da exigibilidade do crédito tributário, enquanto não vencidas todas as etapas da discussão administrativa ora realizada e, no mérito, o cancelamento do Auto de Infração ora impugnado, pois entende que o mesmo não tem o condão factual, diante dos documentos apresentados, de sustentar os requisitos legais necessários para sua existência e validade como tal, bem como a expurgação das sanções aplicadas atinentes aos documentos fiscais ora impugnados.

O Representante da Fazenda Pública, no mérito, e fundado nas mesmas razões do Grupo Julgador, opina pelo desprovemento do presente recurso.

É o relatório.

Notificado, o Recorrente, e não tendo comparecido para a realização da defesa oral, a matéria foi debatida em Plenário pelos demais Conselheiros, após o que passo a decidir.

A começar, depois de uma análise minuciosa, atenta, e completa dos autos, estou convencido de que a Recorrente, ao contrário do que alega, não teve nenhum direito ou garantia fundamental de contribuinte desrespeitado ou tolhido. Assim, claro está que:

1. A ampla defesa e o direito ao contraditório foram devidamente exercidos na 1ª Instância, tendo inclusive o julgador acolhido documentos fiscais anexados somente na impugnação, e determinado diligência com fins à promoção do princípio da verdade material no processo administrativo;

2. A Autoridade Fiscal agiu acertadamente ao examinar os fundamentos e documentos de mérito pleiteados pela Recorrente, considerando-se as práticas de cumprimento da legalidade, transparência e respeito ao devido processo legal que devem nortear as administrações tributárias e Fiscais;

  3



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 013/2013

3. A Recorrente quando fala em cerceamento de defesa, é porque pretende se valer duas vezes da mesma instância, no caso a 1ª, para tratar do mesmo assunto. Na verdade, reivindica isso sem considerar que o Grupo Julgador de 1ª Instância deliberou livremente considerando as alegações amplas de ambas as partes, autuante e impugnante;

4. A Recorrente teve, sempre, todos os prazos concedidos e respeitados, e documentos/pareceres disponibilizados, tanto pela Fiscalização quanto pelo Grupo Julgador de 1ª Instância;

5. O Grupo Julgador não procedeu nenhum lançamento tributário, apenas na condição de julgador competente legal determina que a Autoridade Fiscal cumpra com suas tomadas de decisões;

6. Decididamente, houve redução do valor no Auto de Infração nº 19/2003, ainda que o contribuinte no decorrer da presente defesa fale em piora da obrigação tributária e redução do quantum debeatur.

Vencida a preliminar, entendo que o arbitramento realizado atendeu a legislação (art. 116 do CTN, art. 21 da Lei Municipal 1783/77 e art. 34 da Lei Municipal 1943/79), em que pese a Recorrente tê-lo conceituado estranhamente de "arbitrário", e não poderia ser diferente, mas o foi dentro e nos limites da Lei.

No Relatório Fiscal, constante dos autos, podemos observar que a Recorrente apresentou formulários que nem foram alvo de arbitramento e outros que não foram cancelados porque todas as vias originais não foram apresentadas, mantendo-se nesse caso o arbitramento efetivado.

Registre-se, ainda, no referido Relatório de que a Fiscalização excluiu formulários do arbitramento em razão de não apresentarem serviços ou estarem cancelados com todas as vias apresentadas. E por último, o caso peculiar do formulário 14380 apresentado com valor auferido superior ao arbitrado, e que teve acertadamente aquele considerado para fins de tributação com foco no art. 123 do CTN.



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Continuação...

ACÓRDÃO 013/2013

O arbitramento, ora discutido, é uma consequência prevista em Lei que tem como causa a não entrega, em nenhum momento pelo contribuinte, de toda a documentação solicitada ou entregue de forma errônea e em desacordo com a lei. Importante ressaltar que a base de cálculo, na íntegra do referido arbitramento, foi construída e consolidada a partir da realidade econômica e financeira da própria Empresa, principalmente tendo como suporte as notas fiscais do objeto social que exerce e livro contábil (razão) apresentados.

Deste modo, certo de que a Recorrente só teria direito a sua pretensão de novo prazo para impugnação na 1ª Instância se o recálculo do Auto de Infração houvesse resultado em agravamento da exigência inicial, inovação ou alteração da fundamentação legal da exigência, não há o que opor ao enquadramento como base do Auto de Infração e Lançamento nº 19/2013.

Pelo acima exposto, NEGÓ PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO, devendo-se manter na sua integralidade o Auto de Infração e Lançamento nº 19/2013, nos termos e condições já determinadas pelo Julgador de 1ª Instância.

Os conselheiros, Neiva Marisa Magnus Oliveira, Vicente João Brígido, Sérgio Luís Alves Almeida, Daltro Rogério Ribeiro dos Santos e Francisco José Alves acompanharam o voto do relator, negando provimento ao recurso.

Sala das Sessões, 22 de outubro de 2013.

Paulo Roberto Vieira da Cruz
Conselheiro Relator

Patrícia de Souza Leandro
Presidente



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

ACÓRDÃO 014/2013

Processo nº 45368/2013

Recorrente: IRIEL – Indústria e Comércio de Sistemas Elétricos Ltda.

Assunto: ISSQN - Recurso Administrativo

Auto de Infração 18/2013

Ementa: ISSQN SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE SERVIÇOS TOMADOS DE MONTAGEM POR ENCOMENDA - SUBITEM 14.06 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA A LEI COMPLEMENTAR 116/2003 E LEI MUNICIPAL 4818/2003. ISSQN NÃO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. RECURSO NÃO PROVIDO POR UNANIMIDADE NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Trata-se de Recurso Administrativo Processo 45368/2013, interposto tempestivamente, pela empresa IRIEL – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SISTEMAS ELÉTRICOS LTDA., CNPJ nº 06.005.455/0001-86, CMC 61572, contra a autuação Fiscal lavrada no Processo 45368/2012 e posterior parecer exarado no Recurso de 1ª Instância - Processo 23813/2013, que manteve O Auto de Infração 18/2013.

DOS FATOS

Em 19/11/2012, foi instaurado o Processo de Revisão Fiscal, 52892/2012 para analisar o recolhimento do ISSQN sobre os serviços tomados do período de 2007 a Setembro de 2012, pela IRIEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SISTEMAS ELÉTRICOS LTDA., através da Notificação nº 124/2012 que solicitava a apresentação dos seguintes documentos fiscais e contábeis para análise:

- Contrato Social e Alterações;
- Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica;
- Cópias dos Contratos de Prestação de Serviço;
- Guias de ISSQN pagas (serviços retidos);
- Receita Real auferida no período;
- Relatório de Pagamento a prestadores de serviço.

O contribuinte atendeu parcialmente a solicitação. A Fiscalização emitiu a Notificação Complementar 01/2013, solicitando cópia de contratos e cópias de Notas Fiscais ainda não apresentadas. A empresa recorrente, ainda assim, não entregou toda a documentação solicitada. A Fiscalização optou por realizar procedimento de Auditoria Fiscal de Circularização por amostragem nos prestadores de serviços, que estavam relacionados nas Declarações Mensais de Serviços Tomados – DMS-e da empresa recorrente, solicitando uma relação das Notas Fiscais de Serviços prestados à Iriel, no período auditado. Uma das empresas prestadoras circularizadas foi a Macnil Eletro

8

V



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

Eletrônica Ltda., por meio do Ofício nº 03/2013/DAT/ISS/EF. E a irregularidade foi encontrada, porque a empresa Macnil relacionou várias Notas Fiscais, as quais, não haviam sido informadas nas Declarações dos Serviços Tomados, e cujo ISSQN não havia sido retido e tampouco recolhido. Este fato ensejou a lavratura do Auto de Infração 018/2013.

O contribuinte recorreu do Auto de Infração 18/2013, em primeira Instância de Defesa Administrativa, através do Processo 23813/2013, no qual não logrou êxito.

Inconformada com a manutenção do Auto de Infração em questão vem a este Conselho de Contribuintes, apelar pela reforma da decisão proferida.

DAS ALEGAÇÕES DO IMPUGNANTE:

1. Que não existe a ocorrência do fato gerador do imposto ISSQN;
2. Que o fato gerador da operação constante das Notas Fiscais emitidas pelo prestador de serviços Macnil se trata de industrialização com incidência de IPI;
3. A requerente diz que a hipótese de incidência de ISSQN no presente caso extrapola os limites da competência tributária dos Municípios uma vez que a tributação municipal somente poderia ocorrer após o ciclo de produção/comercialização, ou quando a prestação dos serviços fosse realizada por encomenda (definitiva do usuário final);
4. E conclui, solicitando a anulação do Auto de Infração.

É o relatório.

Notificado, o Recorrente, e não tendo comparecido para a realização da defesa oral, a matéria foi debatida em Plenário pelos demais Conselheiros, após o que passo a decidir.

A recorrente IRIEL – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SISTEMAS ELÉTRICOS LTDA., tomou serviços de montagem da empresa Macnil Eletro Eletrônica Ltda., Estes serviços de montagem eram realizados com as peças fabricadas pela empresa Iriel, que as enviava para a prestadora de serviços Macnil Eletro Eletrônica Ltda., que fazia a montagem dos produtos que eram depois devolvidos a empresa Iriel, conforme podemos verificar no objeto do Contrato entre as partes anexado no Processo 23813/2013, de Recurso de Primeira Instância, fl. 69. Os serviços aqui descritos são enquadrados no subitem 14.06 da Lista de Serviços – Anexo I da Lei municipal 4818/2003.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

Lei Municipal 4818/2003 :

"Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista a que se refere o ANEXO I da presente Lei, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador."

"Anexo I

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

*A) LISTA DE SERVIÇOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO COM BASE NA RECEITA
PARTE VARIÁVEL*

14 – Serviços relativos a Bens de Terceiros

14.06 – "Instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos, inclusive montagem industrial, prestados ao usuário final, exclusivamente com material por ele fornecido."

LEI Nº 5256 de 21 de dezembro de 2007

"DISPÕE SOBRE A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN - POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA, REVOGANDO A LEI Nº 4.584, DE 07 DE NOVEMBRO DE 2001, E SUAS ALTERAÇÕES.

Art. 1º Na condição de substitutos tributários são responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN:

XXI - as pessoas jurídicas que atuem no ramo de comércio, indústria ou prestação de serviços, pelo ISSQN relativo aos serviços a eles prestados.

Art. 3º O imposto devido por substituição tributária deverá ser retido e recolhido pelo substituto tributário até o dia 20 (vinte) do segundo mês subsequente ao de competência. (Redação dada pela Lei nº 5662/2012)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

§ 2º *A responsabilidade do substituto pelo pagamento do imposto independe de sua retenção ou pagamento do serviço.*

DA JURISPRUDÊNCIA

"STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 888852 ES 2006/0205159-0 (STJ)

Data de publicação: 01/12/2008

Ementa: TRIBUTÁRIO. ISSQN. "INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA". LEI COMPLEMENTAR 116 /2003. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (OBRIGAÇÃO DE FAZER). ATIVIDADE FIM DA EMPRESA PRESTADORA. INCIDÊNCIA.

1. O artigo 153, III, da Constituição Federal de 1988, dispõe que compete aos Municípios instituir impostos sobre prestação de serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar;

2. O aspecto material da hipótese de incidência do ISS não se confunde com a materialidade do IPI e do ICMS. Isto porque: (i) excetuando as prestações de serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal, o ICMS incide sobre operação mercantil (circulação de mercadoria), que se traduz numa "obrigação de dar" (artigo 155, II, da CF/88), na qual o interesse do credor encarta, preponderantemente, a entrega de um bem, pouco importando a atividade desenvolvida pelo devedor para proceder à tradição; e (ii) na tributação pelo IPI, a obrigação tributária consiste num "dar um produto industrializado" pelo próprio realizador da operação jurídica. "Embora este, anteriormente, tenha produzido um bem, consistente em seu esforço pessoal, sua obrigação consiste na entrega desse bem, no oferecimento de algo corpóreo, materializado, e que não decorra de encomenda específica do adquirente" (José Eduardo Soares de Melo, in "ICMS - Teoria e Prática", 8ª Ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2005, pág. 65).

3. Deveras, o ISS, na sua configuração constitucional, incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa ad substantia obligatio in faciendo, inconfundível com a denominada obrigação de dar;

4. Desta sorte, o núcleo do critério material da regra matriz de incidência do ISS é a prestação de serviço, vale dizer: conduta humana consistente em desenvolver um esforço em favor de terceiro, visando a adimplir uma "obrigação de fazer" (o fim buscado pelo credor é o aproveitamento do serviço contratado);



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

5. É certo, portanto, que o alvo da tributação do ISS "é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto". Não as sua etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. (...) somente podem ser tomadas, para compreensão do ISS, as atividades entendidas como fim, correspondentes à prestação de um serviço integralmente considerado em cada item. Não se pode decompor um serviço porque previsto, em sua integridade, no respectivo item específico da lista da lei municipal nas várias ações-meio que o integram, para pretender tributá-las separadamente, isoladamente, como se cada uma delas correspondesse a um serviço autônomo, independente. Isso seria uma aberração jurídica, além de construir-se em descon sideração à hipótese de incidência do ISS. (Aires Barreto, no artigo intitulado "ISS: Serviços de Despachos Aduaneiros/Momento de Ocorrência do Fato Imponível/Local de Prestação/Base de Cálculo/Arbitramento", in Revista de Direito Tributário nº 66, Ed. Malheiros, págs. 114/115 - citação efetuada por Leandro Paulsen, in Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 8ª ed., Ed. Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE, pág. 457);

6. Assim, "sempre que o intérprete conhecer o fim do contrato, ou seja, descobrir aquilo que denominamos de "prestação-fim", saberá ele que todos os demais atos relacionados a tal comportamento são apenas "prestações-meio" da sua realização" (Marcelo Caron Baptista, in "ISS: Do Texto à Norma - Doutrina e Jurisprudência da EC 18/65 à LC 116/03", Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2005, pág. 284);

7. In casu, a empresa desenvolve atividades de desdobramento e beneficiamento (corte, recorte e/ou polimento), sob encomenda de bloco e/ou chapa de granito e mármore (de propriedade de terceiro), sendo certo que, após o referido processo de industrialização, o produto retorna ao estabelecimento do proprietário (encomendante), que poderá exportá-lo, comercializá-lo no mercado interno ou submetê-lo à nova etapa de industrialização;

8. O Item 14, Subitem 14.05, da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, ostenta o seguinte teor: "14 - Serviços relativos a bens de terceiros. (...) 14.05 - Restauração, recondicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer.";

9. A "industrialização por encomenda" constitui atividade-fim do prestador do aludido serviço, tendo em vista que, uma vez concluída, extingue o dever jurídico obrigacional que integra a relação jurídica instaurada entre o "prestador" (responsável pelo serviço encomendado) e o "tomador" (encomendante); a empresa que procede ao corte, recorte e polimento de granito ou mármore, de propriedade de terceiro, encerra sua atividade com a devolução, ao encomendante, do produto beneficiado;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

10. Ademais, nas operações de remessa de bens ou mercadorias para "industrialização por encomenda", a suspensão do recolhimento do ICMS, registrada nas notas fiscais das tomadoras do serviço, decorre do posterior retorno dos bens ou mercadorias ao estabelecimento das encomendantes, que procederão à exportação, à comercialização no mercado interno ou à nova etapa de industrialização.

11. Destarte, a "industrialização por encomenda", elencada na Lista de Serviços da Lei Complementar 116/2003, caracteriza prestação de serviço (obrigação de fazer), fato jurídico tributável pelo ISSQN, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses de incidência do ICMS (circulação de mercadoria - obrigação de dar - e prestações de serviço de comunicação e de transporte transmunicipal);

14. "Recurso especial provido."

No voto do Ministro Relator, Desembargador Luiz Fux, restou consignado que quando a industrialização por encomenda elencada na lista de serviços da Lei Complementar nº 116/2003 constituir atividade fim de quem a desempenhe, caracteriza-se a prestação de serviço (obrigação de fazer), fato jurídico tributável pelo ISS.

Transcrevo aqui um exemplo citado na resposta do recurso de 1ª Instância, fl. 09 – Processo 23813/2013, que pensamos ser bem esclarecedor.

"No Estado do Paraná uma indústria exerce atividades de extrair óleo de soja, milho e girassol. A empresa compra a matéria prima, extrai o óleo e vende este produto e o farelo que aproveita. Operações nítidas de IPI. Ocorre que a indústria tem ociosidade operacional de vez em quando e, então, aproveita sua estrutura para esmagar matéria prima de terceiros, devolvendo-lhes o óleo e o farelo obtido na extração, recebendo um valor previamente estipulado para executar a operação. Verifica-se que esta indústria, apesar de ser indústria, apesar de não exercer com habitualidade serviços para terceiros, passa a ser, também, contribuinte do ISSQN Municipal no tocante a estas operações."

No caso da indústria Iriel, está ocorrendo o inverso. Ou a empresa não tem como realizar toda a industrialização dos seus produtos ou porque terceirizar esta etapa tem um custo menor, ela utiliza-se de um terceiro para realizar a operação de montagem de seus produtos, com um valor previamente estipulado em Contrato para a execução da operação. A Iriel passa a ser, então, por conta desta operação, tomadora de serviços tributáveis com incidência do imposto municipal ISSQN.

B

6



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

A empresa Iriel Indústria e Comércio de Sistema Elétricos Ltda., encomenda à prestadora de Serviços Macnil Eletro Eletrônica Ltda., com valor previamente contratado para pagamento da execução do serviço, envia as peças a prestadora (Macnil) que faz o serviço de montagem e devolve as peças montadas para a encomendante.

Observamos que ocorreu a execução de serviços (o fazer) e o imposto que incide sobre os serviços, excluídos àqueles de competência do Estado e Distrito Federal, é o ISSQN. Existência também, da figura do Tomador - a empresa Iriel, e do Prestador - a empresa Macnil. O Tomador é o usuário final. Não importa a destinação que o Tomador do serviço dará as peças montadas, se os venderá ou irá utilizá-las. Ao prestador não cabe analisar ao fazer o serviço quem será o destinatário final do serviço executado. A prestação de serviços já ocorreu e é devida a tributação municipal do ISSQN.

Pelo que, correta a lavratura do Auto de Infração, ora recorrido, quando não houve a retenção e o recolhimento do valor do ISSQN sobre os serviços prestados pelo prestador de Serviços Macnil Eletro Eletrônica Ltda. para a Tomadora de Serviços Iriel Indústria e Comércio de Sistemas Elétricos Ltda.

E assim, depois de analisados os fatos, legislação, jurisprudências e documentos juntados ao Processo, voto pela manutenção do Auto de Infração 18/2013 e pela negativa de provimento ao presente recurso.

Os conselheiros, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Vicente João Brígido, Sérgio Luís Alves Almeida, Daltro Rogério Ribeiro dos Santos e Francisco José Rodrigues Alves acompanharam o voto do relator, negando provimento ao recurso.

Sala das Sessões, 29 de outubro de 2013.

Neiva Marisa Magnus Oliveira
Conselheira Relatora

Patrícia de Souza Leandro
Presidente



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

ACÓRDÃO 014/2013

Processo nº 45368/2013

Recorrente: IRIEL – Indústria e Comércio de Sistemas Elétricos Ltda.

Assunto: ISSQN - Recurso Administrativo

Auto de Infração 18/2013

Ementa: ISSQN SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - INCIDÊNCIA DE ISSQN SOBRE SERVIÇOS TOMADOS DE MONTAGEM POR ENCOMENDA - SUBITEM 14.06 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA A LEI COMPLEMENTAR 116/2003 E LEI MUNICIPAL 4818/2003. ISSQN NÃO RETIDO E NÃO RECOLHIDO. RECURSO NÃO PROVIDO POR UNANIMIDADE NOS TERMOS DO VOTO DO RELATOR.

Trata-se de Recurso Administrativo Processo 45368/2013, interposto tempestivamente, pela empresa IRIEL – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SISTEMAS ELÉTRICOS LTDA., CNPJ nº 06.005.455/0001-86, CMC 61572, contra a autuação Fiscal lavrada no Processo 45368/2012 e posterior parecer exarado no Recurso de 1ª Instância - Processo 23813/2013, que manteve O Auto de Infração 18/2013.

DOS FATOS

Em 19/11/2012, foi instaurado o Processo de Revisão Fiscal, 52892/2012 para analisar o recolhimento do ISSQN sobre os serviços tomados do período de 2007 a Setembro de 2012, pela IRIEL INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SISTEMAS ELÉTRICOS LTDA., através da Notificação nº 124/2012 que solicitava a apresentação dos seguintes documentos fiscais e contábeis para análise:

- Contrato Social e Alterações;
- Declaração de Imposto de Renda Pessoa Jurídica;
- Cópias dos Contratos de Prestação de Serviço;
- Guias de ISSQN pagas (serviços retidos);
- Receita Real auferida no período;
- Relatório de Pagamento a prestadores de serviço.

O contribuinte atendeu parcialmente a solicitação. A Fiscalização emitiu a Notificação Complementar 01/2013, solicitando cópia de contratos e cópias de Notas Fiscais ainda não apresentadas. A empresa recorrente, ainda assim, não entregou toda a documentação solicitada. A Fiscalização optou por realizar procedimento de Auditoria Fiscal de Circularização por amostragem nos prestadores de serviços, que estavam relacionados nas Declarações Mensais de Serviços Tomados – DMS-e da empresa recorrente, solicitando uma relação das Notas Fiscais de Serviços prestados à Iriel, no período auditado. Uma das empresas prestadoras circularizadas foi a Macnil Eletro

1



**ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA**

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

Eletrônica Ltda., por meio do Ofício nº 03/2013/DAT/ISS/EF. E a irregularidade foi encontrada, porque a empresa Macnil relacionou várias Notas Fiscais, as quais, não haviam sido informadas nas Declarações dos Serviços Tomados, e cujo ISSQN não havia sido retido e tampouco recolhido. Este fato ensejou a lavratura do Auto de Infração 018/2013.

O contribuinte recorreu do Auto de Infração 18/2013, em primeira Instância de Defesa Administrativa, através do Processo 23813/2013, no qual não logrou êxito.

Inconformada com a manutenção do Auto de Infração em questão vem a este Conselho de Contribuintes, apelar pela reforma da decisão proferida.

DAS ALEGAÇÕES DO IMPUGNANTE:

1. Que não existe a ocorrência do fato gerador do imposto ISSQN;
2. Que o fato gerador da operação constante das Notas Fiscais emitidas pelo prestador de serviços Macnil se trata de industrialização com incidência de IPI;
3. A requerente diz que a hipótese de incidência de ISSQN no presente caso extrapola os limites da competência tributária dos Municípios uma vez que a tributação municipal somente poderia ocorrer após o ciclo de produção/comercialização, ou quando a prestação dos serviços fosse realizada por encomenda (definitiva do usuário final);
4. E conclui, solicitando a anulação do Auto de Infração.

É o relatório.

Notificado, o Recorrente, e não tendo comparecido para a realização da defesa oral, a matéria foi debatida em Plenário pelos demais Conselheiros, após o que passo a decidir.

A recorrente IRIEL – INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE SISTEMAS ELÉTRICOS LTDA., tomou serviços de montagem da empresa Macnil Eletro Eletrônica Ltda., Estes serviços de montagem eram realizados com as peças fabricadas pela empresa Iriel, que as enviava para a prestadora de serviços Macnil Eletro Eletrônica Ltda., que fazia a montagem dos produtos que eram depois devolvidos a empresa Iriel, conforme podemos verificar no objeto do Contrato entre as partes anexado no Processo 23813/2013, de Recurso de Primeira Instância, fl. 69. Os serviços aqui descritos são enquadrados no subitem 14.06 da Lista de Serviços – Anexo I da Lei municipal 4818/2003.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

Lei Municipal 4818/2003 :

"Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista a que se refere o ANEXO I da presente Lei, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador."

"Anexo I

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA

***A) LISTA DE SERVIÇOS SUJEITOS À TRIBUTAÇÃO COM BASE NA RECEITA
PARTE VARIÁVEL***

14 – Serviços relativos a Bens de Terceiros

14.06 – "Instalação e montagem de aparelhos, máquinas e equipamentos, inclusive montagem industrial, prestados ao usuário final, exclusivamente com material por ele fornecido."

LEI Nº 5256 de 21 de dezembro de 2007

"DISPÕE SOBRE A RESPONSABILIDADE PELO PAGAMENTO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN - POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. REVOGANDO A LEI Nº 4.584, DE 07 DE NOVEMBRO DE 2001, E SUAS ALTERAÇÕES.

Art. 1º Na condição de substitutos tributários são responsáveis pelo pagamento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN:

XXI - as pessoas jurídicas que atuem no ramo de comércio, indústria ou prestação de serviços, pelo ISSQN relativo aos serviços a eles prestados.

Art. 3º O imposto devido por substituição tributária deverá ser retido e recolhido pelo substituto tributário até o dia 20 (vinte) do segundo mês subsequente ao de competência. (Redação dada pela Lei nº 5662/2012)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

§ 2º *A responsabilidade do substituto pelo pagamento do imposto independe de sua retenção ou pagamento do serviço.*"

DA JURISPRUDÊNCIA

"STJ - RECURSO ESPECIAL REsp 888852 ES 2006/0205159-0 (STJ)

Data de publicação: 01/12/2008

Ementa: TRIBUTÁRIO. ISSQN. "INDUSTRIALIZAÇÃO POR ENCOMENDA". LEI COMPLEMENTAR 116 /2003. LISTA DE SERVIÇOS ANEXA. PRESTAÇÃO DE SERVIÇO (OBRIGAÇÃO DE FAZER). ATIVIDADE FIM DA EMPRESA PRESTADORA. INCIDÊNCIA.

1. O artigo 153, III, da Constituição Federal de 1988, dispõe que compete aos Municípios instituir impostos sobre prestação de serviços de qualquer natureza, não compreendidos no artigo 155, II, definidos em lei complementar;

2. O aspecto material da hipótese de incidência do ISS não se confunde com a materialidade do IPI e do ICMS. Isto porque: (i) excetuando as prestações de serviços de comunicação e de transporte interestadual e intermunicipal, o ICMS incide sobre operação mercantil (circulação de mercadoria), que se traduz numa "obrigação de dar" (artigo 155, II, da CF/88), na qual o interesse do credor encarta, preponderantemente, a entrega de um bem, pouco importando a atividade desenvolvida pelo devedor para proceder à tradição; e (ii) na tributação pelo IPI, a obrigação tributária consiste num "dar um produto industrializado" pelo próprio realizador da operação jurídica. "Embora este, anteriormente, tenha produzido um bem, consistente em seu esforço pessoal, sua obrigação consiste na entrega desse bem, no oferecimento de algo corpóreo, materializado, e que não decorra de encomenda específica do adquirente" (José Eduardo Soares de Melo, in "ICMS - Teoria e Prática", 8ª Ed., Ed. Dialética, São Paulo, 2005, pág. 65).

3. Deveras, o ISS, na sua configuração constitucional, incide sobre uma prestação de serviço, cujo conceito pressuposto pela Carta Magna eclipsa ad substantia obligatio in faciendo, inconfundível com a denominada obrigação de dar;

4. Desta sorte, o núcleo do critério material da regra matriz de incidência do ISS é a prestação de serviço, vale dizer: conduta humana consistente em desenvolver um esforço em favor de terceiro, visando a adimplir uma "obrigação de fazer" (o fim buscado pelo credor é o aproveitamento do serviço contratado);



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

5. É certo, portanto, que o alvo da tributação do ISS "é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto". Não as sua etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. (...) somente podem ser tomadas, para compreensão do ISS, as atividades entendidas como fim, correspondentes à prestação de um serviço integralmente considerado em cada item. Não se pode decompor um serviço porque previsto, em sua integridade, no respectivo item específico da lista da lei municipal nas várias ações-meio que o integram, para pretender tributá-las separadamente, isoladamente, como se cada uma delas correspondesse a um serviço autônomo, independente. Isso seria uma aberração jurídica, além de construir-se em descon sideração à hipótese de incidência do ISS. (Aires Barreto, no artigo intitulado "ISS: Serviços de Despachos Aduaneiros/Momento de Ocorrência do Fato Imponível/Local de Prestação/Base de Cálculo/Arbitramento", in Revista de Direito Tributário nº 66, Ed. Malheiros, págs. 114/115 - citação efetuada por Leandro Paulsen, in Direito Tributário - Constituição e Código Tributário à Luz da Doutrina e da Jurisprudência, 8ª ed., Ed. Livraria do Advogado e Escola Superior da Magistratura Federal do Rio Grande do Sul - ESMAFE, pág. 457);

6. Assim, "sempre que o intérprete conhecer o fim do contrato, ou seja, descobrir aquilo que denominamos de "prestação-fim", saberá ele que todos os demais atos relacionados a tal comportamento são apenas "prestações-meio" da sua realização" (Marcelo Caron Baptista, in "ISS: Do Texto à Norma - Doutrina e Jurisprudência da EC 18/65 à LC 116/03", Ed. Quartier Latin, São Paulo, 2005, pág. 284);

7. In casu, a empresa desenvolve atividades de desdobramento e beneficiamento (corte, recorte e/ou polimento), sob encomenda de bloco e/ou chapa de granito e mármore (de propriedade de terceiro), sendo certo que, após o referido processo de industrialização, o produto retorna ao estabelecimento do proprietário (encomendante), que poderá exportá-lo, comercializá-lo no mercado interno ou submetê-lo à nova etapa de industrialização;

8. O Item 14, Subitem 14.05, da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar 116/2003, ostenta o seguinte teor: "14 - Serviços relativos a bens de terceiros. (...) 14.05 - Restauração, condicionamento, acondicionamento, pintura, beneficiamento, lavagem, secagem, tingimento, galvanoplastia, anodização, corte, recorte, polimento, plastificação e congêneres, de objetos quaisquer.";

9. A "industrialização por encomenda" constitui atividade-fim do prestador do aludido serviço, tendo em vista que, uma vez concluída, extingue o dever jurídico obrigacional que integra a relação jurídica instaurada entre o "prestador" (responsável pelo serviço encomendado) e o "tomador" (encomendante); a empresa que procede ao corte, recorte e polimento de granito ou mármore, de propriedade de terceiro, encerra sua atividade com a devolução, ao encomendante, do produto beneficiado;



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

10. Ademais, nas operações de remessa de bens ou mercadorias para "industrialização por encomenda", a suspensão do recolhimento do ICMS, registrada nas notas fiscais das tomadoras do serviço, decorre do posterior retorno dos bens ou mercadorias ao estabelecimento das encomendantes, que procederão à exportação, à comercialização no mercado interno ou à nova etapa de industrialização.

11. Destarte, a "industrialização por encomenda", elencada na Lista de Serviços da Lei Complementar 116/2003, caracteriza prestação de serviço (obrigação de fazer), fato jurídico tributável pelo ISSQN, não se enquadrando, portanto, nas hipóteses de incidência do ICMS (circulação de mercadoria - obrigação de dar - e prestações de serviço de comunicação e de transporte transmunicipal);

14. "Recurso especial provido."

No voto do Ministro Relator, Desembargador Luiz Fux, restou consignado que quando a industrialização por encomenda elencada na lista de serviços da Lei Complementar nº 116/2003 constituir atividade fim de quem a desempenhe, caracteriza-se a prestação de serviço (obrigação de fazer), fato jurídico tributável pelo ISS.

Transcrevo aqui um exemplo citado na resposta do recurso de 1ª Instância, fl. 09 – Processo 23813/2013, que pensamos ser bem esclarecedor.

"No Estado do Paraná uma indústria exerce atividades de extrair óleo de soja, milho e girassol. A empresa compra a matéria prima, extrai o óleo e vende este produto e o farelo que aproveita. Operações nítidas de IPI. Ocorre que a indústria tem ociosidade operacional de vez em quando e, então, aproveita sua estrutura para esmagar matéria prima de terceiros, devolvendo-lhes o óleo e o farelo obtido na extração, recebendo um valor previamente estipulado para executar a operação. Verifica-se que esta indústria, apesar de ser indústria, apesar de não exercer com habitualidade serviços para terceiros, passa a ser, também, contribuinte do ISSQN Municipal no tocante a estas operações."

No caso da indústria Iriel, está ocorrendo o inverso. Ou a empresa não tem como realizar toda a industrialização dos seus produtos ou porque terceirizar esta etapa tem um custo menor, ela utiliza-se de um terceiro para realizar a operação de montagem de seus produtos, com um valor previamente estipulado em Contrato para a execução da operação. A Iriel passa a ser, então, por conta desta operação, tomadora de serviços tributáveis com incidência do imposto municipal ISSQN.

6

6



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 014/2013

A empresa Iriel Indústria e Comércio de Sistema Elétricos Ltda., encomenda à prestadora de Serviços Macnil Eletro Eletrônica Ltda., com valor previamente contratado para pagamento da execução do serviço, envia as peças a prestadora (Macnil) que faz o serviço de montagem e devolve as peças montadas para a encomendante.

Observamos que ocorreu a execução de serviços (o fazer) e o imposto que incide sobre os serviços, excluídos àqueles de competência do Estado e Distrito Federal, é o ISSQN. Existência também, da figura do Tomador - a empresa Iriel, e do Prestador - a empresa Macnil. O Tomador é o usuário final. Não importa a destinação que o Tomador do serviço dará as peças montadas, se os venderá ou irá utilizá-las. Ao prestador não cabe analisar ao fazer o serviço quem será o destinatário final do serviço executado. A prestação de serviços já ocorreu e é devida a tributação municipal do ISSQN.

Pelo que, correta a lavratura do Auto de Infração, ora recorrido, quando não houve a retenção e o recolhimento do valor do ISSQN sobre os serviços prestados pelo prestador de Serviços Macnil Eletro Eletrônica Ltda. para a Tomadora de Serviços Iriel Indústria e Comércio de Sistemas Elétricos Ltda.

E assim, depois de analisados os fatos, legislação, jurisprudências e documentos juntados ao Processo, voto pela manutenção do Auto de Infração 18/2013 e pela negativa de provimento ao presente recurso.

Os conselheiros, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Vicente João Brígido, Sérgio Luís Alves Almeida, Daltro Rogério Ribeiro dos Santos e Francisco José Rodrigues Alves acompanharam o voto do relator, negando provimento ao recurso.

Sala das Sessões, 29 de outubro de 2013.

Neiva Marisa Magnus Oliveira
Conselheira Relatora

Patrícia de Souza Leandro
Presidente



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

ACÓRDÃO 015/2013

Processo nº: 64599/2013
Recorrente: Ário Canoas Flat Ltda.
Assunto: ISSQN – Recurso Administrativo
Auto de Infração nº 07/2013

Ementa: ISS DEVIDO. SERVIÇO PRESTADO DE FORMA INDIVIDUALIZADA E POR ENCOMENDA. REGIME DE EMPREITADA GLOBAL. INSUMO CARACTERIZADO. AFASTADA A POSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DE MERCADORIAS. MULTA ART. 68, I, "B" E ART. 69 DA LEI 1783 DE 1977. CONFISCO NÃO CARACTERIZADO.

Trata-se de recurso interposto contra decisão proferida no processo de revisão fiscal referente ao Auto de Infração nº 07/2013, que acolheu parcialmente a defesa do ora recorrente, apenas reduzindo a multa aplicada de 150% para 50%. Conforme o auto de infração acima referido, o substituto tributário, ora recorrente, deixou de lançar e recolher o ISS referente aos serviços de construção do empreendimento IBIS CANOAS, das empresas MEDABIL SISTEMAS CONSTRUTIVOS S/A e MEDABIL ENGENHARIA LTDA., no período de maio a outubro/2011.

Dos Fatos

O grupo julgador entendendo que os materiais fornecidos pela recorrente não são mercadorias, mas insumos, bem como que as atividades da impugnante são por encomenda, decidiu manter o auto de infração 07/2013, porém reduziu a multa aplica, ressaltando que a mesma não é confiscatória, e que com base no art. 112 do CTN, quando houver infrações que cominem em penalidades, a lei deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado (no caso, o recorrente), razão pela qual restou reduzida a multa de 150% para 50%.

Contudo, o recorrente inconformado com a decisão, interpõe recurso, alegando que não é devedor de ISS, mas de ICMS, pois os materiais fornecidos são mercadorias e estariam enquadrados na exceção do subitem 7.02 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03. Ainda, não se conforma com a redução da multa aplicada, alegando que a mesma deve ser extinta, pela falta de dolo da recorrente.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

É o relatório.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 015/2013

Realizada a defesa oral pela procuradora da recorrente a matéria foi debatida entre os demais conselheiros, após o que passo a decidir.

Não merece prosperar a pretensão do recorrente, devendo ser mantida, na íntegra, a decisão recorrida, pois restando evidenciada a prestação de serviços relativos à construção civil, com o fornecimento de estruturas metálicas e outras avenças, constantes nas cláusulas 2ª e 3ª do Contrato de Fornecimento de Estruturas Metálicas e Outras Avenças nº 09137 (conforme contrato firmado pela recorrente), há evidente incidência de ISS e não de ICMS, como pretende a recorrente, compartilhando este relator, com o entendimento do grupo julgador, nos termos da decisão recorrida.

Segundo reza o referido contrato:

CLÁUSULA SEGUNDA: DO OBJETO

Através deste instrumento a contratada, se obriga a fornecer ao contratante e esta se obriga a adquirir:

2.1.1 Materiais e montagem para execução de estrutura metálica completa, compreendendo pilares metálicos com preenchimento de concreto e armadura de aço, vigas metálicas, lajes steel deck com preenchimento de concreto e armadura de aço para pavimento térreo com área de restaurante, seis pavimentos tipo, pavimento técnico com beiral, pavimento de casa de máquinas, pavimento de barrilete, pavimento de reservatórios e pavimento de coberturas de reservatórios. Está incluso Cobertura metálica com lanternin tipo "chapéu-chinês", calhas, rufos e arremates para pavimento técnico e cobertura do térreo, com rufos e calhas para cobertura restaurante e marquise térreo. Estão inclusos os valores referentes à proteção passiva da estrutura (vigas principais e faces externas das mesas dos pilares), e instalações provisórias para execução da mesma (gerador e pontos de eletricidade nos pavimentos). Está incluso o valor referente ao gerenciamento de instalação do sistema de vedação externa.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 015/2013

Neste sentido, a Lei Complementar 116/03, em seu art. 1º, é clara ao determinar o fato gerador do ISS, como segue:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 1º O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 3º O imposto de que trata esta Lei Complementar incide ainda sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço.

§ 4º A incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço prestado.

No caso dos autos, houve a encomenda de produtos específicos e personalizados para viabilizar a execução de serviço de forma individualizada e sob encomenda, de maneira específica a se adequar ao projeto de construção civil, o que se caracteriza como prestação de serviço com incidência de ISS, sendo o regime de contratação o de empreitada global (material e mão de obra). Nesse sentido, sobre o tópico, transcreve o voto do Sr. Relator de 1ª Instância:



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 015/2013

4. VOTO DO RELATOR (parágrafos 7/9)

(...)

E, também, não resta hesitação de estarmos diante de uma prestação de serviço sob encomenda. Devendo ser cumprido o serviço dentro de regras específicas, disposta em projeto.

O objeto do contrato em discussão, é completamente diferente de uma venda de mercadorias ("de prateleira"); onde o interessado adquire um produto standard, ou seja, em medidas padronizadas. Retira a mercadoria vendida e faz o uso que bem lhe aprouver. Por exemplo, postes para iluminação. O produto está disponível para venda em determinadas dimensões. O adquirente o compra, leva para sua casa e faz o uso que entender adequado. Neste caso, de produtos "de prateleira" devido é o ICMS; nos casos em que é feita uma encomenda para que o serviço seja executado de forma individualizada, com características personalizadas, estamos diante de uma prestação de serviço sujeita ao ISSQN.

Sobre a questão já se pronunciou o Superior Tribunal de Justiça reiterada vezes, tendo sumulado a matéria. É o que se vê no teor da Súmula nº 156, a saber: "A prestação de serviço de composição gráfica, personalizada e sob encomenda, ainda que envolva fornecimento de mercadorias, está sujeita, apenas, ao ISS".

Ainda, colaciona Jurisprudência:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL. AÇÃO DECLARATÓRIA. MEDIDA CAUTELAR DE DEPÓSITO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ICMS. CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREITADA GLOBAL. MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO. PRÉ-MOLDADOS. Sobre os materiais fornecidos e produzidos pelo construtor, mesmo que fora do local da obra, mas com destinação a esta, sem o intuito de comercialização individual das peças, incide o ISS, e não o ICMS, havendo efetiva prestação de serviço e não circulação de mercadorias.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 015/2013

MEDIDA CAUTELAR DE DEPÓSITO. Julgamento pela procedência. Possibilidade de levantamento dos depósitos após o trânsito em julgado. SUCUMBÊNCIA. Hipótese de inversão. APELO PROVIDO. (Apelação Cível Nº 70015686454, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Rejane Maria Dias de Castro Bins, Julgado em 24/02/2011)

Caracteriza, portanto, a incidência de ISS, a base de cálculo está determinada no art. 7º, da Lei Municipal 4.818/03, que preconiza:

Art. 7º - A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

Este também é o entendimento do nosso Egrégio Tribunal de Justiça, bem como do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. SERVIÇOS DE VENDA DE MERCADORIAS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA (PEÇAS PRÉ-MOLDADAS EM CONCRETO ARMADO), PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E FINANCIAMENTO DAS CONSTRUÇÕES. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS MATERIAIS. DESCABIMENTO. INCORPORAÇÃO. FINANCIAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA.

Constitui base de cálculo do ISS incidente sobre a construção civil o valor total do serviço prestado, abrangendo materiais. Inteligência do item 32 da Lista Anexa ao DL 406/68, com a redação da LC 56/87, bem como do art. 23 da Lei nº 1.779/77, de Passo Fundo, item 32 da Lista Anexa, nos termos da Lei Municipal nº 2.417/87). Ausência de demonstração de fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, para fins de alegada sujeição ao ICMS. A atividade do incorporador, da mesma forma, insere-se no item 50 da mesma lista, que prevê atividade de intermediação de bens imóveis.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 015/2013

Não-comprovação da alegada utilização de receitas financeiras, derivadas de financiamento das obras, como base de cálculo do ISS. Precedentes do TJRS e STJ. Apelação com seguimento negado, confirmada a sentença em reexame necessário. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70023880123, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 23/05/2008)

TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS DE CONCRETAGEM. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO VALOR RELATIVO A MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 167/STJ E INCIDÊNCIA DE ICMS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284 DO STF.

I - Não houve qualquer pronunciamento na decisão agravada acerca do enunciado sumular nº 167 desta Corte, bem como sobre a incidência de ICMS sobre a operação discutida, razão pela qual a impugnação da agravante quanto a tais matérias revela-se deficiência de fundamentação, atraindo a aplicação, por analogia, do óbice sumular nº 284/STF.

II - O v. acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento esposado no âmbito desta Corte acerca do assunto, no sentido de que as empresas do ramo da construção civil são contribuintes do ISS, não sendo admitido subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente aos materiais utilizados.

Precedentes: REsp nº 828.879/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 31/08/2006; REsp nº 779.515/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 03/08/2006 e REsp nº 577.356/MG, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJ de 30/05/2004.

III - Agravo regimental improvido.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 015/2013

Portanto, a base de cálculo do ISS é o valor da receita bruta relativa ao serviço prestado, sem a dedução de materiais e de subempreitada, como bem explanou o Sr. Relator do Grupo Julgador de 1ª Instância do Município de Canoas.

Restou bem aplicada a multa de 50% sobre o ISS, prevista no art. 68, I, "b", e 69 da Lei Municipal 1783/77, alterada pela Lei Municipal 4971/05 e 5143/06, em razão da falta de lançamento e recolhimento correto do imposto devido, não cumprindo a recorrente o determinado nos artigos 31 e 42, da Lei Municipal nº 1.943/79.

A recorrente invoca o "princípio da vedação ao confisco", afirmando que a multa aplicada se caracteriza como confisco, todavia, sem razão, pois a multa em questão é decorrente da sanção por ato ilícito e não de tributo.

De fato, a Constituição Federal veda a utilização de tributo como confisco, porém, este não é o caso dos autos, como pretende ver declarado a recorrente. O art. 150, IV, da Constituição Federal, dispõe:

Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco; (...)

No caso dos autos, a multa fixada em 50% não configura confisco, por não se tratar de tributo e também por estar prevista expressamente no art. 68, I, "b", da Lei 1.783/77, conforme segue:

"Art. 68. Será lavrado Auto de Infração, lançado ao infrator a dispositivo desta Lei, penalidades assim graduadas":

I - multa correspondente à metade do valor corrigido do tributo, quando:

b) deixar de recolher, nos prazos estabelecidos na Legislação Tributária Municipal, importância devida



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 015/2013

de tributo que, embora não retida, é responsável por substituição tributária;

Ainda, sobre a aplicação de multa e não caracterização de confisco colaciona Jurisprudência:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - NULIDADE DA CDA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - INOCORRÊNCIA - TERMO INICIAL DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS - MULTA MORATÓRIA FIXADA EM 50% SOBRE O VALOR DO TRIBUTO - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CONFISCO - JUROS ILEGAIS - INOCORRÊNCIA - EMBASAMENTO LEGAL - SELIC - POSSIBILIDADE - PREVISÃO LEGAL E JURISPRUDENCIAL - AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DE CUMULAÇÃO COM OUTRO ÍNDICE DE CORREÇÃO MONETÁRIA - RECURSO IMPROVIDO.

"(...) Não pode ser rotulada de nula a Certidão de Dívida Ativa quanto à maneira de calcular os juros e a correção monetária do crédito tributário, se faz referência aos dispositivos da lei que preveem tais acréscimos, revelando o modo de incidência."(AC n. , de Lages, Rel. Des. Jaime Ramos). Não caracteriza confisco a estipulação de multa moratória no percentual de 50% do valor do imposto que não foi recolhido no prazo legal, porque, além de estar expressamente prevista em lei, não se confunde com tributo, razão pela qual sobre ela não incide a regra proibitiva de confisco, do art. 150, IV, da Constituição Federal. Pacificou-se neste Tribunal, a partir da rejeição, pelo Órgão Especial, em 02.04.2003, da arguição de inconstitucionalidade da Lei Estadual n. 10.297 /96 (Arg. Inc. n., a orientação de que a utilização da taxa do SELIC como índice para cálculo dos juros moratórios dos débitos tributários é autorizada por lei não inconstitucional, vedada apenas a sua cumulação com a correção monetária. (Apelação Cível n., de Blumenau TJ-SC - Apelação Cível AC



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 015/2013

552737 SC 2010.055273-7 (TJ-SC) Data de publicação:
28/10/2010).

MULTA. PRINCIPIO DO NÃO CONFISCO. O princípio constitucional do não-confisco não se reporta às sanções por atos ilícitos, pois elemento da estrutura limitativa do Estado ao poder de tributar, de natureza ôntica diversa das multas. O percentual da multa moratória, além disso, tem expressa previsão legal e constitui meio inibitório para que o contribuinte não protraia o pagamento do tributo. Não se tratando de relação de consumo, não há justificativa para aplicação da legislação protetiva do Código de Defesa do Consumidor. Recurso e remessa necessária, desprovidos. (TJ/SP – 7ª C. Dir. Púb., Ap. Cív. s/ rev. nº 312.116-5/8-00, Rel. Des. Nogueira Diefenthaler, julg. 21.08.2006)

Pelas razões acima expostas VOTO pelo conhecimento do recurso e, no mérito, nego-lhe provimento, mantendo integralmente a decisão recorrida. É o voto.

Os conselheiros, Paulo Roberto Vieira da Cruz, Neiva Marisa Magnus Oliveira, Vicente João Brígido e Sérgio Luis Alves Almeida acompanharam o voto do relator, negando provimento ao recurso, o conselheiro Dautro Rogério Ribeiro dos Santos não acompanhou o voto do relator, dando provimento ao recurso. Por maioria foi negado provimento ao recurso.

Sala das sessões, 26 de novembro de 2013.

Francisco José Rodrigues Alves
OAB/RS 47.655 – Conselheiro Relator

Patricia de Souza Leandro
Presidente



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

ACÓRDÃO 016/2013

Processo nº: 64606/2013
Recorrente: Átrio Canoas Flat Ltda.
Assunto: ISSQN – Recurso Administrativo
Auto de Infração nº 10/2013

Ementa: ISS DEVIDO. CONSTRUÇÃO CIVIL. EMPREITADA GLOBAL – MATERIAL E MÃO DE OBRA. INSUMO CARACTERIZADO. AFASTADA A DEDUÇÃO DE MERCADORIAS. CORRETA APLICAÇÃO DA MULTA QUE TRATA O ART. 68, I, "B", E ART. 69 DA LEI 1783 DE 1977. CONFISCO NÃO CARACTERIZADO.

Trata-se de recurso interposto contra decisão proferida no processo de revisão fiscal referente ao Auto de Infração nº 10/2013, que acolheu parcialmente a defesa do ora recorrente, apenas reduzindo a multa aplicada de 150% para 50%. Conforme o auto de infração acima referido, o substituto tributário, ora recorrente, recolheu após o prazo legal e de forma reduzida o ISS referente aos serviços tomados da empresa SELETA – Ind. Com. Serv. De Concretos, para o empreendimento IBIS CANOAS, entre os meses de julho a novembro e dezembro/2011.

Dos Fatos

O grupo julgador entendendo que os materiais fornecidos pela recorrente não são mercadorias, mas insumos decidiu manter o auto de infração 07/2013, porém reduziu a multa aplicada, ressaltando que a mesma não é confiscatória, e que com base no art. 112 do CTN, quando houver infrações que cominem em penalidades, a lei deve ser interpretada da maneira mais favorável ao acusado (no caso, o recorrente), razão pela qual restou reduzida a multa de 150% para 50%.

Contudo, o recorrente inconformado com a decisão, interpõe recurso, alegando que os materiais fornecidos são mercadorias produzidas fora do canteiro da obra, sobre as quais não deve incidir o ISS, inclusive porque estariam enquadrados na exceção do subitem 7.02 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03. Ainda, não se conforma com a redução da multa aplicada, alegando que a mesma deve ser extinta, pela falta de dolo da recorrente.

Presentes os pressupostos de admissibilidade, conheço do recurso.

É o relatório



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 016/2013

Realizada a defesa oral pela procuradora da recorrente a matéria foi debatida entre os demais conselheiros, após o que passo a decidir.

Não merece prosperar a pretensão do recorrente, devendo ser mantida, na íntegra, a decisão recorrida, pois restando evidenciada a prestação de serviços relativos à construção civil, com o fornecimento de concreto, há evidente incidência de ISS, compartilhando este relator, com o entendimento do grupo julgador, nos termos da decisão recorrida.

A Lei Complementar 116/03, em seu art. 1º, é clara ao determinar o fato gerador do ISS, como segue:

Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

§ 1º O imposto incide também sobre o serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País.

§ 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.

§ 3º O imposto de que trata esta Lei Complementar incide ainda sobre os serviços prestados mediante a utilização de bens e serviços públicos explorados economicamente mediante autorização, permissão ou concessão, com o pagamento de tarifa, preço ou pedágio pelo usuário final do serviço.

§ 4º A incidência do imposto não depende da denominação dada ao serviço prestado.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 016/2013

No caso dos autos, houve o fornecimento de concreto, o que se caracteriza como prestação de serviço com incidência de ISS, sendo o regime de contratação o de empreitada global (material e mão de obra).

Neste sentido, colaciona Jurisprudência:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL TRIBUTÁRIO. MASSA DE CONCRETO FORNECIDO EM CAMINHÕES-BETONEIRAS. INCIDÊNCIA DO ISS E NÃO DO ICMS. SÚMULA 167, DO STF. COMPENSAÇÃO. VALORES PRETÉRITOS. IMPOSSIBILIDADE. 1. O fornecimento de massa de concreto, seja preparado no canteiro de obras ou fora dele e transportado em caminhões-betoneiras, é atividade compreendida no item 19 da lista anexa ao DL 406/68 e não na exceção, primeiro, porque não se configura um fornecimento de mercadorias, mas uma prestação de serviços e segundo, porque o produto só se efetiva momentos antes da descarga, com a mistura da exata dosagem de água para cada obra e para cada tipo de aplicação de concreto. Não prospera pretensão de excluir tal atividade da súmula 167, do STJ porque a massa é elaborada fora do canteiro de obras, porquanto, considerando-se que a concretagem é a "fixação da relação água-cimento", esta sempre e necessariamente se efetivará ao final segundo as características da destinação. 2. Impossibilidade de compensação de valores pretéritos em mandado de segurança. Súmulas no. 269 e 271, do STF. APELAÇÃO CÍVEL PARCIALMENTE PROVIDA. PRELIMINARES REJEITADAS. (Apelação Cível Nº 70034196246, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Arno Werlang, Julgado em 08/06/2011)



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 016/2013

Caracteriza, portanto, a incidência de ISS, a base de cálculo está determinada no art. 7º, da Lei Municipal 4.818/03, que preconiza:

Art. 7º - A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

Este também é o entendimento do nosso Egrégio Tribunal de Justiça, bem como do Superior Tribunal de Justiça:

Ementa: DIREITO TRIBUTÁRIO E FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. SERVIÇOS DE VENDA DE MERCADORIAS DE FABRICAÇÃO PRÓPRIA (PEÇAS PRÉ-MOLDADAS EM CONCRETO ARMADO), PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS E FINANCIAMENTO DAS CONSTRUÇÕES. BASE DE CÁLCULO. DEDUÇÃO DOS MATERIAIS. DESCABIMENTO. INCORPORAÇÃO. FINANCIAMENTO. AUSÊNCIA DE PROVA. Constitui base de cálculo do ISS incidente sobre a construção civil o valor total do serviço prestado, abrangendo materiais. Inteligência do item 32 da Lista Anexa ao DL 406/68, com a redação da LC 56/87, bem como do art. 23 da Lei nº 1.779/77, de Passo Fundo, item 32 da Lista Anexa, nos termos da Lei Municipal nº 2.417/87). Ausência de demonstração de fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, para fins de alegada sujeição ao ICMS. A atividade do incorporador, da mesma forma, insere-se no item 50 da mesma lista, que prevê atividade de intermediação de bens imóveis. Não-comprovação da alegada utilização de receitas financeiras, derivadas de financiamento das obras, como base de cálculo do ISS. Precedentes do TJRS e STJ. Apelação com seguimento negado, confirmada a sentença em reexame necessário. (Apelação e Reexame Necessário Nº 70023880123, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS,



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 016/2013

Relator: Carlos Eduardo Zietlow Duro, Julgado em 23/05/2008)

TRIBUTÁRIO. ISS. SERVIÇOS DE CONCRETAGEM. DEDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO DO VALOR RELATIVO A MATERIAIS. IMPOSSIBILIDADE. SÚMULA Nº 167/STJ E INCIDÊNCIA DE ICMS. DEFICIÊNCIA DE FUNDAMENTAÇÃO. SÚMULA Nº 284 DO STF.

I - Não houve qualquer pronunciamento na decisão agravada acerca do enunciado sumular nº 167 desta Corte, bem como sobre a incidência de ICMS sobre a operação discutida, razão pela qual a impugnação da agravante quanto a tais matérias revela-se deficiência de fundamentação, atraindo a aplicação, por analogia, do óbice sumular nº 284/STF.

II - O v. acórdão recorrido encontra-se em consonância com o entendimento esposado no âmbito desta Corte acerca do assunto, no sentido de que as empresas do ramo da construção civil são contribuintes do ISS, não sendo admitido subtrair da base de cálculo do tributo o montante referente aos materiais utilizados.

Precedentes: REsp nº 828.879/SP, Rel. Min. TEORI ALBINO ZAVASCKI, DJ de 31/08/2006; REsp nº 779.515/MG, Rel. Min. ELIANA CALMON, DJ de 03/08/2006 e REsp nº 577.356/MG, Relatora Ministra DENISE ARRUDA, DJ de 30/05/2004.

III - Agravo regimental improvido.

Portanto, a base de cálculo do ISS é o valor da receita bruta relativa ao serviço prestado, sem a dedução de materiais, como bem explanou o Sr. Relator do Grupo Julgador de 1ª Instância do Município de Canoas.

Restou bem aplicada a multa de 50% sobre o ISS, prevista no art. 68, I, "b", e 69 da Lei Municipal 1783/77, alterada pela Lei Municipal 4971/05 e 5143/06, em razão de que recolheu após o prazo legal e de forma reduzida o ISS referente aos serviços tomados, não cumprindo a recorrente o determinado nos artigos 31 e 42, da Lei Municipal nº 1.943/79.



ESTADO DO RIO GRANDE DO SUL
PREFEITURA MUNICIPAL DE CANOAS
SECRETARIA MUNICIPAL DA FAZENDA
DIRETORIA DE ADMINISTRAÇÃO TRIBUTÁRIA

Continuação...

ACÓRDÃO 016/2013

A recorrente invoca o "princípio da vedação ao confisco", afirmando que a multa aplicada se caracteriza como confisco, todavia, sem razão, pois a multa em questão é decorrente da sanção por ato ilícito e não de tributo.

De fato, a Constituição Federal veda a utilização de tributo como confisco, porém, este não é o caso dos autos, como pretende ver declarado a recorrente. O art. 150, IV, da Constituição Federal, dispõe:

Art. 150 - Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

IV - utilizar tributo com efeito de confisco; (...)

No caso dos autos, a multa fixada em 50% não configura confisco, por não se tratar de tributo e também por estar prevista expressamente no art. 68, I, "b", da Lei 1.783/77, conforme segue:

"Art. 68. Será lavrado Auto de Infração, lançado ao infrator a dispositivo desta Lei, penalidades assim graduadas":

I - multa correspondente à metade do valor corrigido do tributo, quando:

b) deixar de recolher, nos prazos estabelecidos na Legislação Tributária Municipal, importância devida de tributo que, embora não retida, é responsável por substituição tributária;

Ainda, sobre a aplicação de multa e não caracterização de confisco colaciona Jurisprudência:

Ementa: APELAÇÃO CÍVEL - EXECUÇÃO FISCAL - ICMS - NULIDADE DA CDA - AUSÊNCIA DOS REQUISITOS LEGAIS - INOCORRÊNCIA - TERMO INICIAL DOS JUROS E CORREÇÃO MONETÁRIA - INDICAÇÃO DOS DISPOSITIVOS LEGAIS - MULTA MORATÓRIA FIXADA EM 50% SOBRE O VALOR DO TRIBUTOS - NÃO CARACTERIZAÇÃO DE CONFISCO -