

Processo nº 04/376.516/99
Acórdão nº 7.499
Sessão do dia 21 de novembro de 2002.

RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 5.689

Recorrente: **DINÂMICA SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA.**

Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E
JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS**

Relator : Conselheiro **PEDRO ANTONIO BATISTA MARTINS**

Representante da Fazenda: **IVAN DALTON ASCHER ASCHEROFF**

Designado para redigir o Voto Vencedor da Preliminar: Conselheiro **FERNANDO DA
COSTA GUIMARÃES**

ISS - NULIDADE DE DECISÃO

Não é nula decisão de Primeira Instância que adote como fundamento parecer onde os argumentos da impugnante tenham sido plenamente analisados. Preliminar rejeitada. Decisão por maioria.

ISS – VIGILÂNCIA

Necessária a comprovação, pelo Contribuinte, da efetiva retenção do imposto pelo órgão municipal contratante dos serviços, nos moldes do art. 2º, § 2º, do Decreto nº 15562/97, sob pena de o recolhimento vir a ser exigido do Contribuinte, ex vi art. 1º, § 3º, Lei nº 2538/97. Recurso Voluntário improvido. Decisão unânime.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

RELATÓRIO

Adoto o Relatório da Representação da Fazenda, de fls. 103, que passa a integrar o presente:

“Trata o presente de Recurso interposto contra a decisão do Sr. Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários que julgou improcedente a

impugnação apresentada ao Auto de Infração nº 60.829, de 20/05/99, lavrado face à verificação de que a empresa não recolheu o ISS devido pela prestação de serviços de vigilância, no período da dezembro/95 a abril/99.

PRELIMINAR DE NULIDADE DA DECISÃO DE 1ª INSTÂNCIA

Inicialmente, a Recorrente ressalta que nem toda a matéria trazida abordada em sua impugnação foi apreciada pela Autoridade Julgadora de Primeira Instância. Entende que, admitida tal aberração, o Fisco poderia pular a seara administrativa, ajuizando, sem perda de tempo, o executivo fiscal. Isso, deixa patente a violação do contraditório e da ampla defesa, como determina a atual Constituição Federal em seu art. 5, LV, também aplicáveis ao processo administrativo, motivo por que deve ser cassada a decisão ora recorrida para que outra seja proferida em seu lugar, esta analisando toda a matéria de defesa trazida aos autos pela ora Recorrente.

MÉRITO

No mérito, a Recorrente insiste em alegar que a documentação carreada aos autos comprova o recolhimento do ISS, na hipótese, efetivamente realizado pelo órgão da administração indireta do Município do Rio de Janeiro.

Termina sua peça recursal, requerendo, caso não seja cassada a decisão de Primeira Instância, a compensação dos valores já pagos pela Recorrente.”

A Representação da Fazenda rejeita a Preliminar suscitada e, no mérito, requer o improvimento do recurso.

É o relatório.

V O T O S

VOTO VENCIDO DA PRELIMINAR (Conselheiro RELATOR)

Alega a Recorrente, em preliminar, a nulidade da decisão de primeira instância por não ter enfrentado a preliminar de nulidade do ato por inconsistência com o dispositivo

legal apontado como infringido.

Conquanto estabelece o CPC, em seu art. 515, § 2º, que "Quando o pedido ou a defesa tiver mais de um fundamento e o juiz acolher apenas um deles, a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento dos demais", certo é que, no presente caso, não só o fundamento como o próprio pedido (i.e. nulidade, em preliminar) não foram objeto de apreciação por parte do julgador *a quo*.

Nesses termos, na dicção do *caput* do referido art. 515, a apelação devolverá ao Tribunal o conhecimento da impugnada.

Ora, como registra Theotônio Negrão (Nota 3), o Recorrente somente pode impugnar aquilo que foi decidido na contestação, do mesmo modo que não cabe à instância *ad quem* inovar a causa, com inovação de outra *causa petendi*.

Assim, ACOLHO a preliminar de nulidade levantada pela Recorrente para o fim de reverter os autos à primeira instância para manifestação sobre a preliminar argüida, concedido, após, prazo para a defesa da Contribuinte.

VOTO VENCEDOR DA PRELIMINAR
(Conselheiro FERNANDO DA COSTA GUIMARÃES)

REJEITO a Preliminar de Nulidade da decisão de Primeira Instância, por falta de apreciação da alegação da Recorrente de que o imposto devido fora pago pelos usuários dos serviços tributados.

A decisão recorrida adota, como fundamento, o parecer de fls. 76/78, que analisou cuidadosamente a alegação da Recorrente.

MÉRITO
(Conselheiro RELATOR)

No mérito, tenho que não assiste razão à Recorrente.

As provas juntadas aos autos demonstram o destaque do ISS nas notas fiscais emitidas para pagamento por órgão da administração municipal.

Sem dúvidas que houve boa-fé da Contribuinte.

Entretanto, não restou comprovada a efetiva retenção do imposto pela fonte pagadora.

Reza o art. 2º e § 2º do Decreto nº 15562/97:

"Art. 2º Os órgãos da administração indireta do município do Rio de Janeiro, inclusive suas fundações, empresas públicas e sociedades de economia mista, farão a retenção do ISS quando do pagamento dos serviços cujos fatos geradores estejam relacionados no anexo I a este Decreto, em cumprimento ao disposto na Lei nº 2538/87.

.....

§ 2º A retenção do imposto será consignada no documento fiscal emitido pelo prestador e comprovada mediante declaração do órgão pagador efetuada em uma das vias pertencentes ao prestador, ou em documento em separado, revestido de todas as formalidades legais".

Essa comprovação legal não foi feita pela Recorrente.

Assim, aplica-se o § 3º do art. 1º da Lei nº 2538/97, que estabelece, *verbis*:

"O disposto neste artigo [retenção do imposto pelos órgãos da administração municipal] não exclui o direito de o município exigir do contribuinte o imposto eventualmente não retido na fonte ou aquele decorrente de insuficiência de retenção".

Pelo exposto, **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso Voluntário.

A C Ó R D Ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Recorrente: **DINÂMICA SEGURANÇA PATRIMONIAL LTDA.** e Recorrido: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS.**

Acorda o Conselho de Contribuintes:

1) Por maioria, rejeitar a Preliminar de Nulidade da Decisão de Primeira Instância, suscitada pelo Contribuinte, nos termos do Voto Vencedor do Conselheiro **FERNANDO DA COSTA GUIMARÃES.**

Vencido o Conselheiro Relator que acolhia a Preliminar, nos termos do seu voto.

2) No mérito, por unanimidade, negar provimento ao Recurso Voluntário, nos termos do voto do Relator.

Ausente das votações, o Conselheiro SANDRO MACHADO DOS REIS.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 21 de novembro de 2002.

DENISE CAMOLEZ
PRESIDENTE

PEDRO ANTONIO BATISTA MARTINS
CONSELHEIRO RELATOR

FERNANDO DA COSTA GUIMARÃES
CONSELHEIRO – VOTO VENCEDOR DA PRELIMINAR