



Acórdão nº 11.332

Sessão do dia 26 de novembro de 2009.

RECURSOS VOLUNTÁRIO E “EX-OFFICIO” Nº 8.899

Recorrentes: 1º) **DIMENSÃO CONSTRUÇÕES SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**

2º) **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS**

Recorridos: 1º) **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS**

2º) **DIMENSÃO CONSTRUÇÕES SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**

Relator: Conselheiro **ALFREDO LOPES DE SOUZA JUNIOR**

Representante da Fazenda: **MARIO MOREIRA PADRÃO NETO**

**ISS – SERVIÇOS DE LIMPEZA E
DESOBSTRUÇÃO DE TUBULAÇÕES, LIMPEZA E
DRAGAGEM DE CANAIS, SANEAMENTO
AMBIENTAL E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS**

Correta a decisão de primeira instância que excluiu os itens IV, V e VIII do auto de infração em razão da falta de produção, por parte da fiscalização, de prova da ocorrência dos respectivos fatos geradores, e ter por base a existência do estabelecimento matriz localizado em Manaus-AM. Recurso de ofício improvido. Decisão unânime.

**ISS - PRELIMINAR DE NULIDADE DO
LANÇAMENTO POR CERCEAMENTO DO
DIREITO À AMPLA DEFESA**

Há de ser mantido o lançamento do ISS legalmente constituído e cobrado segundo a lei de regência, vigente à época de ocorrência dos fatos geradores, quando se evidencia a presença de todos os elementos necessários à garantia do direito à ampla defesa. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.



Acórdão nº 11.332

**ISS – SERVIÇOS DE LIMPEZA E
DESOBSTRUÇÃO DE TUBULAÇÕES, LIMPEZA E
DRAGAGEM DE CANAIS, SANEAMENTO
AMBIENTAL E LOCAÇÃO DE EQUIPAMENTOS**

Restando comprovado pelo Recorrente que algumas notas fiscais arroladas pela fiscalização referem-se a serviços de saneamento e dragagem, cuja alíquota aplicável é a de 3%, necessário se faz a sua exclusão do auto de infração. Recurso voluntário parcialmente provido. Decisão unânime.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

R E L A T Ó R I O

Adoto o relatório da Representação da Fazenda, de fls. 219/224, que passa a fazer parte integrante do presente.

“Trata-se da análise de recursos “*ex officio*” e voluntário referentes ao Auto de Infração nº 103.964 de 04 de julho de 2001.

DOS FATOS

O Auto de Infração Nº 103.964 de 04 de julho de 2001, segundo o Fiscal de Rendas autuante, corresponde à verificação de que a Contribuinte:

- I. recolheu com insuficiência o ISS devido pelas atividades de limpeza e desobstrução de tubulações, limpeza e dragagem de canais, saneamento ambiental e locação de equipamentos, previstas nos incisos XIV, XV, XX e LXXIX do art.8º da Lei nº 691/84, com redação dada pela Lei nº 1.194/87, pelas operações realizadas no período descontínuo de AGO/96 a DEZ/98, no valor de R\$182.394,46 , calculado à alíquota de 5% sobre o movimento econômico, sem retenção de ISS, de R\$3.647.889,20 , apurado pela diferença entre a alíquota de 3%, erradamente aplicada nas atividades exercidas, conforme notas fiscais de serviços emitidas, e a alíquota correta de 5%. Livros de Apuração do ISS Modelo 5 N^{os} 01 e 02 devidamente escriturados, conforme Quadro Demonstrativo I. Infringência: art.44, observado o art.178, ambos da Lei nº 691/84. Penalidade: art.51, inciso I, item 2, alínea “c”, da Lei nº 691/84 (multa de 60% sobre o imposto devido);



Acórdão nº 11.332

- II. deixou de recolher o ISS devido pelas mesmas atividades do item I, durante o período contínuo de ABR/00 a JUL/00, no valor de R\$9.166,67 , calculado à alíquota de 5% sobre o movimento econômico de R\$183.333,32 , apurado pelas notas fiscais de serviços emitidas, sem a correspondente escrituração no Livro de Apuração do ISS Modelo 5 Nº 02, conforme Quadro Demonstrativo II. Infringência: art.44 da Lei nº 691/84. Penalidade: art.51, inciso I, item 3, da Lei nº 691/84 (multa de 80% sobre o imposto devido);
- III. deixou de recolher o ISS devido pelas mesmas atividades do item I, pelas operações realizadas durante o período contínuo de JUL/96 a MAR/97, no valor de R\$20.260,89 , calculado à alíquota de 5% sobre o movimento econômico de R\$405.217,80 , apurado através da escrituração errada das notas fiscais de serviços emitidas, no Livro de apuração do ISS Modelo 5 Nº 01, na coluna de faturamento isento ou não tributável, induzindo que estas NFS tivessem o ISS a ser recolhido em outros municípios, conforme Quadro Demonstrativo III. Infringência: art.44 da Lei nº 691/84. Penalidade: art.51, inciso I, item 2, alínea “a”, da Lei nº 691/84 (multa de 60% sobre o imposto devido);
- IV. deixou de recolher o ISS devido pelas mesmas atividades do item I, pelas operações realizadas no período descontínuo de JUL/96 a DEZ/98, no valor de R\$309.050,89 , calculado à alíquota de 5% sobre o movimento econômico de R\$6.181.017,88 , apurado através do exame do Livro Diário, conforme Quadro Demonstrativo IV. Infringência: art.44 da Lei nº 691/84. Penalidade: art.51, inciso I, item 5, alínea “a”, da Lei nº 691/84 (multa de 90% sobre o imposto devido);
- V. deixou de recolher o ISS devido pelas mesmas atividades do item I, pelas operações realizadas no mês de OUT/98, no valor de R\$18.319,94 , calculado à alíquota de 5% sobre o movimento econômico de R\$366.398,85 , apurado através do exame do Livro Diário, conforme Quadro Demonstrativo V. Infringência: art.44 da Lei nº 691/84. Penalidade: art.51, inciso I, item 5, alínea “a”, da Lei nº 691/84 (multa de 90% sobre o imposto devido);
- VI. recolheu com insuficiência o ISS devido pelas mesmas atividades do item I, pelas operações realizadas nos meses de DEZ/99 e JAN/00, no valor de R\$2.423,35 , calculado à alíquota de 5% sobre o movimento econômico de R\$48.467,00 , apurado pelas notas fiscais de serviços emitidas, sem a correspondente escrituração no Livro de Apuração do ISS Modelo 5 Nº 02, conforme Quadro Demonstrativo VI. Infringência: art.44, observado o art.178, ambos da Lei nº 691/84. Penalidade: art.51, inciso I, item 3, da Lei nº 691/84 (multa de 80% sobre o imposto devido);



Acórdão nº 11.332

- VII. recolheu com insuficiência o ISS devido pelas mesmas atividades do item I, pelas operações realizadas no período descontínuo de JUL/96 a NOV/97, no valor de R\$24.185,72 , calculado à alíquota de 5% sobre o movimento econômico de R\$483.714,00 , apurado pela diferença entre a alíquota de 3%, erradamente aplicada na retenção do ISS, conforme notas fiscais de serviços emitidas, e a alíquota correta de 5%. Livros de Apuração do ISS Modelo 5 N^{os} 01 e 02 devidamente escriturados, conforme Quadro Demonstrativo VII. Infringência: art.44, observado o art.178, ambos da Lei nº 691/84. Penalidade: art.51, inciso I, item 2, alínea “e”, da Lei nº 691/84 (multa de 60% sobre o imposto devido);
- VIII. recolheu com insuficiência o ISS devido pelas mesmas atividades do item I, no valor de R\$167.014,00 , calculado à alíquota de 5% sobre o movimento econômico de R\$3.340.279,94 , apurado através do exame do Balanço de Encerramento de 31/07/00, pelos serviços já contratados sob a rubrica de RECEITAS DE EXERCÍCIOS FUTUROS – Receitas Diferidas, conforme Quadro Demonstrativo VIII. Infringência: art.44, observado o art.178, ambos da Lei nº 691/84. Penalidade: art.51, inciso I, item 3, da Lei nº 691/84 (multa de 80% sobre o imposto devido);
- IX. não comunicou à SMF o encerramento de suas atividades em 31/07/00, conforme distrato social registrado na Junta Comercial do Estado do Amazonas em 14/09/00, sob o nº 215.165. Infringência: art.48 da Lei nº 691/84, observado o art.157 do Decreto nº 10.514/91. Penalidade: art.51, inciso II, item 3, alínea “b” da Lei nº 691/84 (multa de R\$28,30).

A Recorrente apresentou impugnação ao lançamento, às fls.30/34, alegando, em resumo:

- O Fiscal de Rendas considerou as notas fiscais como emitidas por prestações de serviços somente no Município do Rio de Janeiro, o que não corresponde à realidade;
- Dentro do Estado do Rio de Janeiro, a Impugnante prestou serviços a diversos municípios, excluído o Rio de Janeiro, tais como Macaé, Nova Iguaçu, Queimados e outros, o que o Fiscal não considerou, indicando todas as notas fiscais emitidas como tributáveis exclusivamente pelo Município do Rio de Janeiro;
- A Impugnante tem sua sede no Estado do Amazonas, Município de Manaus, onde presta serviços de limpeza e desobstrução de tubulações, limpeza e dragagem de canais, saneamento ambiental e locação de equipamentos, onde aparecem a maioria de suas notas fiscais;
- O Fiscal obteve o valor na contabilidade geral, que engloba a matriz localizada em Manaus e a filial localizada no Rio de Janeiro;
- As notas fiscais emitidas contra a Prefeitura do Município do Rio de Janeiro sofreram retenções à alíquota de 3%, porque a própria Prefeitura considerou os serviços prestados como sendo de engenharia. Assim, não é admissível que a Contribuinte venha a sofrer penalidade por recolhimento à alíquota menor;



Acórdão nº 11.332

- Incorreta a autuação fiscal, também, por entender tributáveis receitas de exercícios futuros, que poderão existir ou não. A receita só é tributável quando apurada a prestação dos serviços.

Em 19/09/01, às fls.44/58, o Fiscal de Rendas autuante opinou pela manutenção integral do lançamento.

Em 25/05/05, à fl.71, o Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários, com base no parecer de fl.61/70, julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada e cancelou os itens IV, V e VIII, mantendo os demais itens do Auto de Infração Nº 103.964/01. Em atendimento ao disposto no art.99 do Decreto nº 14.602/96, com a redação dada pelo Decreto nº 25.194/05, o Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários recorreu de ofício ao Egrégio Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro.

Em 26/09/05, às fls.76/91, a Recorrente apresentou recurso voluntário no qual alega, em resumo:

- Houve cerceamento do direito de defesa da Recorrente, pois, de acordo com a descrição das infrações constantes do Auto de Infração, somente deveria ser aplicada a alíquota de 5%, quando, em verdade, para as diversas atividades desempenhadas pela autuada, listadas na descrição de ocorrência do referido auto, também seria aplicada a alíquota de 3%;
- Tal defeito é reconhecido no parecer de primeira instância, que reconhece que os serviços de limpeza e dragagem de canais são tributados à alíquota de 3%;
- O auto de infração não possui transparência, pois não há discriminação das alíquotas aplicáveis a cada atividade desempenhada pela Recorrente. A omissão de uma das alíquotas implica cerceamento ao direito de defesa, visto que a autuada não dispôs de meios para defender-se de forma precisa;
- É flagrante o descompasso entre a descrição fática que consta no auto de Infração, especificamente em seu Quadro Demonstrativo I, e os serviços prestados e descritos nas Notas Fiscais relacionadas às fls.80/81 (cópias às fls.107/139);
- Os serviços de limpeza e dragagem de portos, rios e canais e construção civil estão previstos no item 1 do inciso II do art.33 da Lei nº 691/84, como tributáveis à alíquota de 3%;
- Na forma do art.47, I, do Decreto nº 10.514, o serviço de dragagem é equiparado ao de construção civil, tributado à alíquota de 3%, conforme art.19, II, 1, combinado com o art.62, ambos do Decreto nº 10.514. As notas fiscais N^{os} 122, 154, 156 e 164 revelam que a Recorrente prestou serviços de dragagem;
- O mesmo ocorre para a atividade de saneamento, cujas respectivas notas fiscais são as de N^{os} 069 e 075;



Acórdão nº 11.332

- Havendo serviços tributados à alíquota de 5% e outros à de 3%, ficaram inviabilizados os itens I, III e VII do auto de infração. Portanto, ou se anula totalmente estes itens ou, no mínimo, estes valores têm que ser reduzidos das bases de cálculo;
- Antes da cobrança fiscal, é necessário que se proceda a uma cobrança amigável, nos termos do art.45, parágrafos 2º e 3º do Decreto nº 14.602/96. Pouco antes de ser intimado para a ação fiscal que deu azo à decisão ora recorrida, a Recorrente compareceu ao plantão fiscal do ISS, para obter autorização de impressão de documentos fiscais. Neste momento, o Município deveria ter instado a Recorrente a proceder ao recolhimento de diferença apurada, porventura existente. Assim, constata-se que não houve desídia da Recorrente, no que toca ao recolhimento de eventual diferença do ISS, em razão de retenção a menor pelo Município. Sendo assim, o Município deveria ter cientificado a Recorrente de que efetuara a retenção do ISS a menor, ou seja, à alíquota de 3%, para que, antes de ser intimada, pudesse proceder, se fosse o caso, ao pagamento da diferença, concedendo-se o prazo de 15 dias para efetuar o recolhimento, nos termos dos arts.45, parágrafos 2º e 3º e 78, I, 1, §3º, do Decreto nº 14.602/96;
- Nos termos do art.42, III, da Lei nº 691/84 e dos arts.31, III, e 48, do Decreto nº 10.514/91, o imposto deverá ser pago ao Município do Rio de Janeiro, quando a execução de obras de construção civil – que abrange o serviço de dragagem – localizar-se em seu território. Na forma da documentação em anexo (fls.140/162), depreende-se que nos períodos descritos no Quadro Demonstrativo VII que instrui o Auto de Infração, a Recorrente prestou serviços em cidades diversas da do Rio de Janeiro, cujas guias contém os elementos necessários à perfeita identificação da retenção, como por exemplo o Nº da nota fiscal emitida e a alíquota aplicada, o que não ocorre com os comprovantes de retenção emitidos pelo Município do Rio de Janeiro;
- No Quadro Demonstrativo VII existem valores de notas fiscais que correspondem a serviços tributados à alíquota de 3%. Portanto, ou se anula totalmente este item ou se deduz seus valores da base de cálculo apurada. A Recorrente requer o cancelamento da multa penal do item VII.

À fl.174, a Representação da Fazenda requereu que a Recorrente fosse convocada a apresentar:

- cópias dos contratos referentes às Notas Fiscais de Serviços juntadas às fls.107/139;
- cópias das Notas Fiscais de Serviços emitidas pelo estabelecimento situado em Manaus, correspondentes às receitas consignadas nos itens IV e V;
- cópias dos contratos de prestação de serviços e documentos fiscais referentes às receitas consignadas no item VIII do Auto de Infração.



Acórdão nº 11.332

Em atendimento a solicitação da Representação da Fazenda, a Recorrente solicitou, às fls.176/177, prorrogação de prazo para o cumprimento da exigência. Na mesma ocasião, apresentou o Contrato CEDA nº 149/97, relativo às Notas Fiscais N^{os} 154 (fl.127) e 156 (fl.129) e, também, guias de recolhimento do ISS na Prefeitura Municipal de Macaé, relativas às Notas Fiscais N^{os} 77 (fl.109), 80 (fl.110) e 83 (fl.111).

Posteriormente, às fls.190/191, a Recorrente informou que todos os seus documentos contábeis, tanto do Rio de Janeiro como do extinto estabelecimento de Manaus, ficavam arquivados na Rua Santo Cristo nº 66/68, Santo Cristo, Rio de Janeiro, RJ, bem como que neste endereço acontecem enchentes regulares, na ocorrência de fortes chuvas. Informou a Recorrente que o imóvel onde se encontravam os documentos contábeis da Recorrente foi acometido por enchentes que destruíram praticamente toda sua movimentação contábil, pelo que não se apresentava possível o cumprimento integral da solicitação da Representação da Fazenda. Informou, também, que a Prefeitura Municipal de Manaus e o CREA-AM deferiram a baixa de seu estabelecimento lá localizado, conforme cópias de despachos juntadas à fl.192 e 194. A Recorrente juntou, às fls.195/217, cópias de mais 2 contratos celebrados pelo estabelecimento de Manaus com a Prefeitura daquele Município.”

A Representação da Fazenda opina pelo improvimento do recurso de ofício. Quanto ao recurso voluntário, opina pela rejeição da preliminar de nulidade do lançamento e, no mérito, pelo provimento parcial do recurso.

É o relatório.

VOTO
RECURSO “EX-OFFICIO”

Deve ser mantida a decisão de primeira instância de fl. 71, que determinou o cancelamento dos itens IV e V do auto de infração, pelo fato de que o fiscal autuante não solicitou os documentos que comprovassem que, do total apurado no Livro Diário da empresa, qual foi a participação do estabelecimento localizado no Rio de Janeiro.

Existindo estabelecimento matriz localizado em Manaus, é de se concluir que parte da movimentação financeira também por lá se originou, daí não ser correto imputar ao estabelecimento do Rio de Janeiro a totalidade da movimentação financeira para fins de apuração da base de cálculo do ISS.



Acórdão nº 11.332

Quanto ao item VIII, considerando que tais valores relativos à antecipações foram obtidos no livro diário, correta a sua exclusão do auto de infração por não haver como se afirmar que tais valores foram ou não originados pelo estabelecimento localizado no Rio de Janeiro.

Por tais razões, NEGOU PROVIMENTO ao recurso de ofício.

VOTO
RECURSO VOLUNTÁRIO
PRELIMINAR DE NULIDADE DO LANÇAMENTO POR
CERCEAMENTO DO DIREITO À AMPLA DEFESA

Argui a Recorrente que o lançamento seria nulo pois, as descrições das infrações constantes no auto de infração somente consideraram serviços tributados à alíquota de 5%, deixando de consignar as outras atividades desempenhadas pela Recorrente, tais como de limpeza e de dragagem, cuja alíquota é de 3%.

Na esteira da manifestação do Representante da Fazenda à fl. 225, não vejo qualquer cerceamento do direito à ampla defesa da Recorrente, pois todas as notas fiscais que embasaram a cobrança foram corretamente arroladas, havendo a correta tipificação dos serviços prestados na lista do artigo 8º da Lei nº 691/84, com redação dada pela Lei nº 1194/87.

A prova de que não houve qualquer prejuízo a Recorrente advém de suas próprias razões recursais, as quais se insurgem contra a legitimidade do Município do Rio de Janeiro em querer cobrar o ISS bem como na alíquota do imposto aplicada nos serviços arrolados pela fiscalização.

Isto posto, voto por REJEITAR a preliminar de nulidade do lançamento.



Acórdão nº 11.332

**VOTO
RECURSO VOLUNTÁRIO
MÉRITO**

Ao contrário do que ocorreu na impugnação de fls. 30/34, em que a Recorrente se limitou a pedir a improcedência da cobrança pelo fato de que os serviços não foram prestados no Município do Rio de Janeiro e de que a alíquota aplicada deveria ser de 3%, na peça recursal de fls. 76/91 a Recorrente tratou de subsidiar suas fundamentações com documentos fiscais cujo teor atestam suas afirmações.

A Recorrente está sendo cobrada pelo não recolhimento do ISS sobre serviços de limpeza e desobstrução de tubulações, limpeza e dragagem de canais, saneamento ambiental e locação de equipamentos, listadas nos itens XIV, XV, XX e LXXIX, do artigo 8º da Lei nº 691/84.

A Recorrente manteve, e isto é fato incontroverso nos autos, estabelecimento no Município do Rio de Janeiro, localizado na Rua Santo Cristo, 66/68, inscrição municipal nº 01637991, responsável pelo registro de todos os seus funcionários neste Estado, servindo, ainda, de depósito dos caminhões “limpa-bueiros” de sua propriedade.

Considerando, ainda, que as notas fiscais foram emitidas pelo estabelecimento localizado no Município do Rio de Janeiro, é de se concluir que o domicílio tributário da Recorrente, apto a prestar os serviços listados nos itens XIV, XV, XX e LXXIX, do art. 8º da Lei nº 691/84 é o Município do Rio de Janeiro, conforme artigo 127, II, do CTN conjugado com o artigo 42, I, da Lei nº 691/84.

Registre-se, contudo, que, da universalidade dos serviços prestados pela Recorrente, alguns deles são equiparados aos de construção civil, tais como os de dragagem e saneamento, situação em que a lei desloca o domicílio tributário para o local da efetiva prestação do serviço.

A Recorrente trouxe aos autos valiosa prova documental no sentido de que as Notas Fiscais nºs 069, 075, 122, 154, 156 e 164, que compõe o quadro de fls. 80/81, se referem a serviços de saneamento e dragagem da Lagoa dos Rios dos Poços, cuja alíquota do ISS aplicável é de 3%.

Na esteira da manifestação do Representante da Fazenda de fls. 228/230, igual sorte teve a Nota Fiscal nº 075, relativa a serviços de saneamento de redes pluviais.

O item VII do autos de infração 103964, de 4-07-2001, por sua vez, trata de serviços de conservação de vias públicas, equiparados aos de construção civil e, portanto, sujeitos à alíquota de 3% do ISS.



Acórdão nº 11.332

Pelo exposto, ratifico a manifestação da Representação da Fazenda de fls. 224/230, para DAR PARCIAL PROVIMENTO ao recurso voluntário para excluir do item I do Auto de Infração nº 103964 as Notas Fiscais nºs 069, 075, 122, 154, 156 e 164; para excluir a Nota Fiscal nº 075 do item III do Auto de Infração nº 103964, bem como para cancelar o item VII da autuação.

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que são Recorrentes: 1º) **DIMENSÃO CONSTRUÇÕES SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.** - 2º) **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS** e Recorridos: 1º) **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS** - 2º) **DIMENSÃO CONSTRUÇÕES SERVIÇOS E PARTICIPAÇÕES LTDA.**

Acorda o Conselho de Contribuintes:

1 – Por unanimidade, negar provimento ao recurso de ofício, nos termos do voto do Relator.

2 – Por unanimidade, rejeitar a preliminar, suscitada pelo Contribuinte, de nulidade do lançamento, por cerceamento do direito de defesa, nos termos do voto do Relator.

3 - No mérito, por unanimidade, dar provimento parcial ao recurso voluntário, nos termos do voto do Relator.

Ausente das votações o Conselheiro ANDRÉ LUIZ FARIA MIRANDA, substituído pelo Suplente DOMINGOS TRAVAGLIA.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 03 de dezembro de 2009.

DENISE CAMOLEZ
PRESIDENTE

ALFREDO LOPES DE SOUZA JUNIOR
CONSELHEIRO RELATOR