

Acórdão nº 17.869

Sessão do dia 09 de dezembro de 2021.

Publicado no D.O. Rio de 19/01/2022

RECURSO VOLUNTÁRIO Nº 16.948

Recorrente: **ELEVADORES OTIS LTDA.**

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

Relator: Conselheiro **RAFAEL GASPAR RODRIGUES**

Representante da Fazenda: **SIDNEY LEONARDO SILVA**

**ISS – PROCESSO – PRELIMINAR – NULIDADE
– CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA**

Não constitui cerceamento do direito de defesa o indeferimento justificado de pedido de perícia por parte da autoridade julgadora. Inteligência da Súmula Administrativa 03. Preliminar rejeitada. Decisão unânime.

ISS – PEDIDO DE DILIGÊNCIA OU PERÍCIA

Indefere-se o pedido de diligência ou perícia quando não houver nos autos elementos que o justifiquem.

**ISS – SERVIÇOS DE CONSERTO,
RESTAURAÇÃO, MANUTENÇÃO E
CONSERVAÇÃO DE ELEVADORES – FATO
GERADOR**

O fato gerador do Imposto Sobre Serviços é a prestação onerosa de serviços, independentemente da efetiva quitação do preço pelo tomador. Inteligência do art. 44 da Lei nº 691/1984.

Recurso Voluntário improvido. Decisão unânime.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

Acórdão nº 17.869

RELATÓRIO

Adoto o relatório da Representação da Fazenda, de fls. 329/331, que passa a fazer parte integrante do presente.

“ELEVADORES OTIS LTDA., empresa já devidamente qualificada, inconformada com a decisão de 04/09/2014, da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários, às fls. 188/201, a qual julgou improcedente a impugnação ao lançamento consignado no Auto de Infração nº 104.492, de 19/08/2005, vem a esta E. Corte apresentar suas razões de recurso.

Pedimos vênia para reproduzir trechos do bem posto relato do Fiscal de Rendas autuante (fls. 157 e ss.), vez que retrata com fidelidade e de forma sintética os fatos até então ocorridos, sem que se perca o exato sentido deles. À guisa de introdução, assim é iniciada a fala:

Versa o presente auto de infração sobre o descumprimento da obrigação principal, consistindo de duas ocorrências:

a) recolhimento insuficiente do ISS incidente sobre serviços de conserto, restauração, manutenção e conservação de elevadores e escadas rolantes, no período de janeiro de 2001 a julho de 2005; e,

b) falta de recolhimento dos encargos moratórios decorrentes do pagamento espontâneo intempestivo do ISS, relativo ao mês-competência setembro/2004.

2. Caracteriza-se a primeira pelo descumprimento da exigência do item 6 dos termos do Regime Especial para emissão de Nota Fiscal Fatura de Serviços, com impressão a laser, deferido no Processo nº 04/352163/2000, eis que a interessada deduziu da base de cálculo valores escriturados sob o título de notas fiscais canceladas fora do período, deixando de reunir todas as vias destas, as quais, segundo se apurou, não se acham sob sua guarda.

3. Decorre a segunda ocorrência do descumprimento do preceito legal que a obriga ao pagamento do ISS até o terceiro dia útil do mês imediatamente seguinte ao de sua apuração, em razão de o faturamento situar-se, no exercício anterior (e nos demais), acima do parâmetro a que se refere o art. 1º do Decreto nº 17149, de 17.11.1998: apenas em 07/10/2004 ocorreu o pagamento relativo ao mês competência setembro/2004.

Acórdão nº 17.869

4. Com vistas à instrução processual, juntou-se cópia do inteiro teor do Processo nº 04/352163/2000, no bojo do qual consta o ato concessivo do Regime Especial para emissão de documentos fiscais, a laser, a par das prescrições de inafastável observância a cargo da interessada. (fls. 78/133)

5. Mencione-se ainda que, além do Estabelecimento cujos serviços são objeto deste processo, a interessada possui dois outros contemporaneamente fiscalizados: o da filial BARRA (inscrição nº 281798-5) e o da filial NORTE (inscrição nº 28810-1).

Ao cuidar da impugnação, assim são narrados os fatos pelo autuante:

6. Insurge-se, todavia, a interessada contra a exigência fiscal fazendo-o sob as alegações seguintes, sintetizáveis em duas partes:

a) ocupa-se inicialmente do relato dos procedimentos usuais para o cancelamento da fatura (documento fiscal) em momento posterior a sua emissão, descrevendo motivos que, em sua ótica, o justificam, para afirmar, em conclusão, que nesses casos ausente o fato gerador, por conseguinte, inexistente a obrigação tributária; (fls. 14 a 32)

b) na segunda parte, aduz que "entende (...) que se trata de caso de exclusão de valores da base de cálculo e não simples compensação", passando, no entanto, em seguida, a discorrer sobre o instituto civil da compensação, por ela sustentado como oponível ao Fisco, face ao disposto no art. 374 do Código Civil (Lei nº 10406/2002), que considera vigente; (fl. 39 e seguintes)

c) requer, ao final, seja julgado improcedente e insubsistente o lançamento consubstanciado no Auto de Infração.

O autuante opina pela improcedência da peça impugnatória, no que é seguido pela instância recorrida, que, além de se socorrer da manifestação acima reproduzida, menciona diversos dispositivos do Regulamento do ISS que apontam pela impossibilidade de aceitação do cancelamento dos documentos fiscais, como motivo para a procedência do pedido impugnatório, vez que há necessidade de cumprimento de uma série de requisitos não observados pela empresa então Impugnante.

Deixamos de referir com maior pormenorização aos pontos focados pela decisão recorrida em face de que em segunda instância a autuada investiu em motivação absolutamente diversa da então apresentada à instância *a quo* para o desejado fim de ver o cancelamento da autuação.

Basta ver que, logo no princípio, a peça recursal tem o seguinte tom:

Acórdão nº 17.869

De início, vale afastar, por completo, as alegações veiculadas na r. decisão de que a natureza mista dos contratos determina que sejam emitidas cobranças e notas fiscais separadas, cada uma dentro do seu escopo: uma nota fiscal de serviços para a mão de obra/serviço e, uma nota fiscal de venda de mercadorias para o material/peças aplicado nos serviços.

A seguir, a Recorrente descreve a natureza das contratações que pactua com os seus contratantes. São de duas espécies. Na primeira delas, a aquisição das peças necessárias à manutenção dos equipamentos fica a cargo do cliente. Na outra modalidade, que possui valor mensal maior, a substituição de peças e partes é ônus da contratada.

Em apertada síntese, a pretensão da Recorrente, ao longo de sua defesa nesta instância, nesta parte inicial, é tentar convencer que há natureza mista na contratação, pelo menos em parte delas, razão pela qual não seria de se manter a autuação por insuficiência de recolhimento do tributo, o qual, evidentemente, não há de incidir sobre parcelas representativas de peças — mercadorias, portanto —, sujeitas ao ICMS, cujo sujeito ativo é o ente federativo estadual onde situada.

Não obstante o abraçar dessa nova tese, a Recorrente não deixa de lembrar as primeiras razões, as que desenvolvera na etapa processual anterior, pelas quais crê deva ser cancelada a exação: haveria cancelamento de notas fiscais, não considerado pelo autuante, como já analisado pela instância recorrida.

Cabe uma breve observação quanto ao segundo item da autuação.

Em que pese não ter sido especificamente impugnado, razão pela qual o parecerista de primeira instância promoveu pela cobrança em separado do respectivo crédito, com base no art. 82 do Decreto nº 14.602/1996, a proposta restou desacolhida pela autoridade julgadora, a qual veio a considerar ter a impugnação envolvido a totalidade do auto.

Em face da negativa ao pedido de produção de prova pericial, alega a Recorrente ter sido violado o princípio da ampla defesa e do contraditório, mas não veio a requerer a nulidade do *decisum*; apenas reitera o pedido nesta atual fase processual.

A final, requer seja conhecido e provido o recurso, com vistas à reforma da decisão recorrida e conseqüente cancelamento da Notificação Fiscal – Auto de Infração que lhe foram impostos.”

A Representação da Fazenda requereu a rejeição da preliminar de nulidade da decisão recorrida, suscitada pelo Contribuinte e, no mérito, opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

Acórdão nº 17.869

VOTO

Trata-se de Recurso Voluntário interposto por Elevadores Otis LTDA. em face de decisão da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários (FP/SUBEX/REC-RIO/CRJ) que julgou improcedente a impugnação ao Auto de Infração nº 104.492. O ato administrativo citado possui dois itens: o primeiro refere-se à insuficiência de pagamento e o segundo reporta-se à falta de pagamento de encargos moratórios decorrentes de pagamento espontâneo. A insuficiência de pagamento decorre de deduções da base de cálculo realizadas pelo contribuinte de notas fiscais que teriam sido canceladas fora do período.

Preliminarmente, contudo, como bem apontado pela Representação da Fazenda, parece razoável analisar os argumentos na linha do cerceamento do direito de defesa, devido à negativa de realização de perícia, assim como o subsequente pedido de produção de prova pericial no presente momento. E, nesse âmbito, parece claro não assistir qualquer razão ao contribuinte.

Ora, a autoridade recorrida pronunciou-se especificamente sobre o pleito de realização de perícia, entendendo-o descabido devido ao fato de que os documentos que instruíam a produção dessa prova não haviam sido, até aquele momento, apresentados – como jamais o foram –, em gritante afronta à previsão do então vigente art. 80 do Decreto nº 14.602/1996¹.

Incide na hipótese a Súmula Administrativa nº 3, aprovada pela Portaria CCM nº 1/2019, que prevê que *“Não ocorre cerceamento do direito de defesa quando a autoridade julgadora indefere, justificadamente, pedido de perícia, com base no art. 37 do Decreto nº 14.602/1996”*.

À luz dos motivos acima expostos, acompanhando a embasada manifestação da Representação da Fazenda, voto pelo NÃO ACOLHIMENTO da preliminar de nulidade da decisão recorrida.

No mérito, há que se discutir, inicialmente o pedido de realização de perícia nesse momento. Pois bem, os mesmos motivos já expostos pelo Sr. Coordenador da CRJ, por ocasião do julgamento da impugnação, parecem ainda subsistentes – até porque merece fé (não só por sua fé pública, mas principalmente por se coadunar com o restante do conjunto probatório) a declaração do Fiscal de Rendas autuante à fl. 129, dando conta de que a supervisora administrativa lhe informou que a sociedade não possuía os originais dos documentos fiscais porquanto os tomadores não os devolviam. Descabida, portanto, a realização de perícia.

¹ Art. 80. A impugnação do interessado deverá ser apresentada, por escrito, à repartição por onde tramitar o processo, já instruída com os documentos em que se fundamentar, nos prazos fixados no art. 27 e sustará a cobrança do crédito até decisão administrativa final.
Parágrafo único. Durante o prazo de impugnação, o processo permanecerá no órgão lançador, onde o interessado ou seu representante dele poderá ter vista, sendo, no entanto, vedada a retirada dos autos.

Acórdão nº 17.869

Na sequência, percebe-se que argumenta o contribuinte, de forma inédita, que os abatimentos em sua base de cálculo seriam decorrentes de valores sujeitos ao ICMS, já que relativos a partes e peças empregados nos serviços por ela prestados. Tais argumentos não parecem condizentes com a realidade.

Veja-se, a uma, que, o emprego de partes e peças na execução dos serviços é efetivamente comum no desenvolvimento das atividades da Recorrente – tanto é que expressamente previsto no item 69 da lista anexa ao Decreto-Lei nº 406/1968, com a redação da LC nº 56/1987, e no item 14.01 da lista anexa à LC nº 116/2003. Uma vez que sujeitos, contudo, ao ICMS, o fornecimento dessas partes e peças pela Recorrente deverá dar azo à emissão da competente nota fiscal de venda de mercadoria, autorizada pelo Estado do Rio de Janeiro, no caso dos estabelecimentos aqui situados. Custa a crer que sociedade do porte da Elevadores Otis LTDA desconhecesse tão singela regra, cobrando mercadorias e serviços pelo mesmo documento fiscal.

A duas, percebe-se que o relato do Fiscal de Rendas autuante em sua informação fundamentada (fls. 158-161) parece absolutamente coerente com o restante dos indícios presentes nesses autos. Em suas palavras:

Nesse estabelecimento da interessada (filial Centro), que foi o primeiro dos três existentes no Município a ter a situação fiscal examinada, as alegações da supervisora administrativa foram: a) que o banco arrecadador informava em meio magnético os pagamentos ocorridos, permitindo concluir, a partir daí, que quanto aos demais tomadores não houvera quitação dos valores pelos serviços prestados; b) que a Matriz decidia quanto aos cancelamentos, deles dando ciência à filial mediante relatórios extraídos do sistema informatizado; **e c) que inexistiam os originais dos documentos fiscais, porquanto os tomadores não os devolviam.** (Os grifos não são do original).

De fato, efetivamente se nota que a não apresentação dos documentos fiscais cancelados fora do período e, subsequentemente, deduzidos da base de cálculo, assim como a recusa em apresentar a escrita fiscal, conforme relatado pelo Fiscal de Rendas autuante, sugerem que a informação da supervisora administrativa está correta, ou seja, que o contribuinte deduziu da base de cálculo os valores relativos aos serviços inadimplidos pelos tomadores. Nem é preciso dizer que essa atitude não encontra respaldo na legislação tributária, já que o fato gerador do ISSQN, na inequívoca redação do art 1º, *caput*, da LC nº 116/2003², é a prestação dos serviços constantes na lista anexa àquele diploma – independentemente do pagamento. De forma ainda mais explícita, assim prevê o art. 44, *caput*, da Lei 691/1984:

² 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.

Acórdão nº 17.869

Art. 44. O contribuinte que exercer atividade tributável sobre o preço do serviço, **independentemente de recebê-lo**, fica obrigado ao pagamento do imposto, na forma e nos prazos fixados pelo Poder Executivo. (grifos nossos).

Insubsistente, assim, a argumentação de que os valores abatidos seriam originados em partes e peças empregados na prestação dos serviços.

Resta, por fim, analisar a afirmação da Recorrente de que teria havido mera compensação de valores recolhidos a título de ISS com valores indevidamente recolhidos em razão do cancelamento de notas fiscais.

Nesse ponto, vale notar que, como observado pela diligente Representação da Fazenda, a compensação de créditos tributários com créditos do sujeito passivo contra a Fazenda Municipal foi devidamente regulamentada pelo Decreto nº 12.090/1993, que traz extenso rol de procedimentos a serem seguidos para viabilizar a extinção do crédito por esse meio. Como parece claro, nada disso foi feito pela Recorrente.

E, em especial, como já discutido, a obrigação tributária mais singela para que se pudesse advogar o cancelamento de documentos fiscais – qual seja, a guarda de todas as vias do documento fiscal³ – foi reconhecidamente descumprida. Sendo assim, parece também indiscutivelmente improcedente seu último argumento.

Vale, por fim, destacar que caso praticamente idêntico ao presente, mas relativo a uma outra filial, foi objeto de recente apreciação por este egrégio Conselho de Contribuintes. Trata-se do Recurso Voluntário nº 16.942, de relatoria deste mesmo julgador, apreciado na sessão virtual de 06 de maio de 2021, que resultou no Acórdão nº 17.684, assim ementado, no que concerne ao mérito:

ISS – SERVIÇOS DE CONCERTO, RESTAURAÇÃO, MANUTENÇÃO E CONSERVAÇÃO DE ELEVADORES – FATO GERADOR – O fato gerador do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza é a prestação onerosa de serviços, independentemente da efetiva quitação do preço pelo tomador. Inteligência do art. 44 da Lei nº 691/1984. Recurso Voluntário improvido. Decisão unânime.

À luz das razões anteriormente aduzidas, no mérito, mais uma vez acompanhando a Representação da Fazenda, voto, inicialmente, pela negativa de realização de prova pericial, assim como pelo IMPROVIMENTO do Recurso Voluntário.

³ Em atendimento, assim, não só art. 185 do Regulamento do ISS (“Quando um documento fiscal for cancelado, conservar-se-ão, no talonário ou bloco encadernado, todas as suas vias, com declaração dos motivos que determinaram o cancelamento, e referência, se for o caso, ao novo documento emitido”), mas ao específica e expressamente previsto no regime especial deferido ao contribuinte (vide fls. 38-39).

Acórdão nº 17.869

A C Ó R D ã O

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

Acorda o Conselho de Contribuintes:

1) Por unanimidade, rejeitar a preliminar de nulidade da decisão recorrida, suscitada pelo Contribuinte, nos termos do voto do Relator; e

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

Ausentes das votações os Conselheiros DANIEL PEREIRA DA COSTA, HEVELYN BRICHI CARDOZO MALANCHINI e CARLA NASCIMENTO DE OLIVEIRA, os dois primeiros substituídos, respectivamente, pelos Conselheiros Suplentes DANIELA QUEIROZ ROCHA e EDUARDO GAZALE FÉO.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 13 de janeiro de 2022.

FERNANDO MIGUEZ BASTOS DA SILVA
PRESIDENTE

RAFAEL GASPAR RODRIGUES
CONSELHEIRO RELATOR