

Recurso Tributário nº 222/2019

Recorrente: Bertha Stecker Rezende

Relator: Conselheiro Evandro Censi

RELATÓRIO

1 - Trata-se de Recurso interposto por **Bertha Stecker Rezende**, Pessoa Física, inscrita no CPF 008.834.749-48, residente e domiciliada na Rua Delfim Mário de Pádua Peixoto, 350, apto 102, torre 6, Bairro Praia Brava, Itajaí-SC, protocolado na data de 25/10/2019, contra os seguintes Termos:

- Procedimento Fiscal 010/2019 (fls 33-68) ;
- Auto de Infração nº 047/2019 no valor total de R\$ 12.096,87 (fl 69-80);

2 – O processo Administrativo iniciou-se em 03/09/2018, quando a Secretaria da Fazenda recebeu ofício (fl 02) da 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Balneário Camboriú, a fim de obter informações quanto ao recolhimento de ISSQN por parte da empresa Seara & Ferrari empreiteira de Mão de Obra (CNPJ 10.741.542/0001-79) acerca de uma obra realizada na Rua 3750, 117, entre os meses de agosto de 2015 a dezembro de 2015. Informações estas com o propósito de instruir a Notícia de Fato nº 01.2018.00019925-1.

3 – Em consulta ao Banco de dados, os Agentes Fiscais Tributários não encontraram nenhum recolhimento em nome da empresa já citada.

4 - Em seguida a 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Balneário Camboriú, solicita que seja instaurado o devido procedimento administrativo tendente a reconhecer o fato

gerador da obrigação ISSQN, determinando os demais trâmites para o efetivo lançamento com fulcro no art 142 do CTN.

5 – Em fl 14, encontra-se cópia da Denúncia feita a 2ª Promotoria de Justiça da Comarca de Balneário Camboriú, pela Recorrente em data de 08/08/2018, onde a mesma denuncia a não emissão de notas fiscais pela empresa contratada para execução dos serviços de construção e reforma de sua residência.

6 – Em fls 16 a 19 encontra-se o contrato de prestação de serviços assinado entre a Recorrente e a referida empresa.

7- em 24/04/2019 a Recorrente foi notificada do Procedimento Fiscal 010/2019, em que figura como contribuinte na qualidade de Substituto Tributário. No Termo de Início de Fiscalização são solicitados, dentre outros documentos, as Notas fiscais de prestação de Serviço.

8 – Em 08/05/2019 a Recorrente apresenta Comprovante de Residência com endereço de Itajaí-SC, Contrato de Prestação de Serviços com a Empresa Seara & Ferrari empreiteira de Mão de Obra, comprovantes de transferência Bancária ao Favorecido Maria Lydia Espindola e Petição instruída por procurador (fls34-55)

9 – em 12/08/2019 a Recorrente foi notificada do Auto de Infração 047/2019 com valor Total, incluindo multas, Juros e Correção Monetária, o valor de R\$ 12.096,87.

10 – A recorrente interpôs Recurso a Primeira Instância em 20/08/2019 e novamente em 21/08/2019, corrigindo erro de endereçamento (fls 86-111)

11- Remetido os autos aos Agentes Tributários que emitiram o respectivo auto de infração, emitiram Parecer 250/2019 entendendo pela “**impossibilidade do deferimento do requerido pelo impugnante.**”(fls 31-42), com data de 17/09/2019.

12 – Após, em 24/09/2019, o Secretário da Fazenda emite decisão Numero 5385/2019, acatando integralmente o conteúdo do parecer 250/2019 e concluindo pela improcedência da defesa, motivo pelo qual indefere o requerimento, mantida a referida peça fiscal(fl 124)

13 - Em 10/10/2019, a Recorrente é cientificada via A.R. da referida decisão, por meio da Intimação 7524/2019 emitida pelo Diretor de Arrecadação e Tributos.

15 – Por fim, em 25/10/2019 a Recorrente propôs o Presente Recurso. (fls 126-147)

É o Relatório

VOTO.

16 - Presente os pressupostos de admissibilidade, conheço do Recurso.

17 - Analisando o presente Recurso Tributário de nº 222/2019, tem-se que a Recorrente requer os pedidos abaixo transcritos:

5. Ante o exposto, requer-se o recebimento e provimento do presente Recurso Voluntario, reconhecendo-se a nulidade do auto de infração ante a ausência de requisito obrigatório contido no art. 38, inc. III, do Código Tributário de Balneario Camboriu (Lei 223/73) ; bem assim o reconhecimento de nulidade da Decisão recorrida ante a ausência de motivação (art 2, caput, da Lei 9.784/99) além da ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e julgador acusador natural ante a flagrante ilegalidade de adoção de parecer defensivo do Ato Fiscal pelo Julgador com manifesta imparcialidade.

5.1 Caso superadas as questões preliminares, no mérito, requer-se o reconhecimento da inexistência de Responsabilidade Tributária ante a violação do art. 6º, § 2º, II, da LC 116/03 e do art 8º, § 2º, I da Lei Municipal n-º 2326/2004; bem assim o reconhecimento da Responsabilidade Subsidiaria com aplicapao do art. 8º § 3º. Da Lei 2326/2004.

5.2 Requer-se, outrossim, o reconhecimento de *error in procedendum* quanto a base de Cálculo lançada e ausência de Termo de Arbitramento, ou, subsidiariamente, que sejam feitas as devidas deduções da base de cálculo para que contemple apenas os valores correspondentes ao efetivamente cumprido do contrato, bem como descontado o total de materiais envolvidos na obra.

5.3 Por fim, pugnando-se pela suspensão da exigibilidade dos débitos, na forma do art 151, II do CTN, e sucessivamente, a reforma da r.Decisão para que seja declarada a integral nulidade do Auto de Infração nº 047/2019, pelos motivos supra expostos.

18 - Analisamos o item 5 do presente Recurso, que é o primeiro pedido da Recorrente, mais precisamente a primeira parte::

5. Ante o exposto, requer-se o recebimento e provimento do presente Recurso Voluntario, reconhecendo-se a nulidade do auto de infração

ante a ausência de requisito obrigatório contido no art. 38, inc. III, do Código Tributário de Balneario Camboriu (Lei 223/73);

19 - Nos dispositivos citados pela Recorrente, temos que:

SEÇÃO I

DO AUTO DE INFRAÇÃO

Art. 38 - O auto de infração, lavrado com precisão e clareza, sem entrelinhas, emendas ou rasuras, deverá:

I - mencionar o local, o dia e a hora da lavratura;

II - referir o nome do infrator e das testemunhas, se houver;

III - descrever o fato que constitui a infração e as circunstâncias pertinentes, indicar o dispositivo legal ou regulamento violado e fazer referências ao termo de fiscalização, em que se consignou a infração, quando for o caso;

IV - conter a intimação ao infrator para pagar os tributos, e multas devidos ou apresentar defesa e provas nos prazos previstos.

§ 1º - As omissões ou incorreções do auto não acarretarão nulidade, quando do processo constarem elementos suficientes para a determinação da infração e do infrator.

§ 2º - A assinatura não constitui formalidade essencial à validade do auto, não implica em confissão, nem a recusa agravar a pena.

§ 3º - Se o infrator, ou quem o represente, não puder ou não quiser assinar o auto, far-se-á menção dessa circunstância.(grifo meu)

20 - Na mesma linha, tem-se a Lei 1368/94 específica para os Procedimentos Fiscalizatórios neste município, que em seu art 2º, estabelece os requisitos ao Auto de Infração:

Lei 1368/94

Art. 2º . Verificando-se a infração a dispositivo da legislação municipal, que importe ou não em evasão de receita fiscal, lavrar-se-á Auto de Infração, que conterà: (Redação dada pela Lei nº 3310/2011)

I - local, data e hora da lavratura;

II - nome e endereço do infrator com a respectiva inscrição cadastral quando houver;

III - descrição sumaria do fato que constitui a infração e as circunstâncias pertinentes; a capitulação do dispositivo legal violado e do que lhe comine penalidade, assim como referência ao termo de apuração de fiscalização, quando for o caso;

IV - os valores dos tributos, multas e demais acréscimos legais devidos, a intimação do infrator para o pagamento do montante no prazo de 15 (quinze) dias e a informação de que em igual prazo cabe a apresentação de defesa e provas que entender necessárias a reforma ou cancelamento do auto; (Redação dada pela Lei nº 3179/2010)

V - a advertência de que qualquer alteração no endereço fiscal do infrator após a instauração de Processo Administrativo Fiscal deverá ser comunicada por escrito ao Fisco Municipal, sob pena de serem considerados válidos os respectivos atos de cientificação frustrados por desatualização de endereço. (Redação acrescida pela Lei nº 1952/2000)

...

§ 2º - As omissões ou incorreções do auto de infração não o invalidam quando do processo constem elementos suficientes a determinação da infração do infrator. (grifo meu)

21 - Para verificar se todos os requisitos haviam sido preenchidos, analisei ponto a ponto no Auto de Infração,(fls 75) como segue:

I - local, data e hora da lavratura;

Local: Consta endereço da obra rua 3750, nº 117, apto 501, em Balneario Camboriu.

Data: 05/08/2019

Hora: 08:56

II - nome e endereço do infrator com a respectiva inscrição cadastral quando houver;

Nome: Bertha Steckert Rezende

Endereço: Rua Delfim Mario de Pádua Peixoto, nº 350 – ap 102. Torre 6, praia brava, Itajai.

Inscrição Municipal: XX,

III - descrição sumaria do fato que constitui a infração e as circunstâncias pertinentes; a capitulação do dispositivo legal violado e do que lhe comine penalidade, assim como referência ao termo de apuração de fiscalização, quando for o caso;

Descrição do fato: Consta detalhamento do fato no campo “Descrição” do Auto de Infração

Capitulação do Dispositivo Legal: Consta a capitulação do dispositivo Legal no Campo “Atividade”

Referência ao Termo de Apuração de Fiscalização: Consta o “PROCEDIMENTO FISCAL 010/2019” como título, junto com o Título do documento “AUTO DE INFRAÇÃO 047/2019”

IV - os valores dos tributos, multas e demais acréscimos legais devidos, a intimação do infrator para o pagamento do montante no prazo de 15 (quinze) dias e a informação de que em igual prazo cabe a apresentação de defesa e provas que entender necessárias a reforma ou cancelamento do auto; (Redação dada pela Lei nº 3179/2010)

os valores dos tributos, multas e demais acréscimos legais devidos: contam no campo “Demonstrativo”, que contemplam “Exercício, Base de Cálculo, ISS devido, A/Monetária, Juros, Multa, Total.”

a intimação do infrator para o pagamento do montante no prazo de 15 (quinze) dias e a informação de que em igual prazo cabe a apresentação de defesa a intimação do infrator para o pagamento do montante no prazo de 15 (quinze) dias e a informação de que em igual prazo cabe a apresentação de defesa e provas que entender necessárias a reforma ou cancelamento do auto:

Constam todas essas Informações no Campo “Intimação”

V - a advertência de que qualquer alteração no endereço fiscal do infrator após a instauração de Processo Administrativo Fiscal deverá ser comunicada por escrito ao Fisco Municipal, sob pena de serem considerados válidos os respectivos atos de cientificação frustrados por desatualização de endereço. (Redação acrescida pela Lei nº 1952/2000)

Consta na frase final do campo “intimação”

22 - Além disso, o art 2º, § 2º da Lei 1368/94, prevê que as omissões ou incorreções, não invalidam o Auto de Infração, quando houver elementos suficientes para determinar o infrator e a infração:

§ 2º - As omissões ou incorreções do auto de infração não o invalidam quando do processo constem elementos suficientes a determinação da infração do infrator.(grifo meu)

23 - Logo, neste contexto entendo que não há nada que se observe, quanto a falta de requisitos formais no Auto de Infração 047/2019.

Já quanto ao pedido de:

“bem assim o reconhecimento de nulidade da Decisão recorrida ante a ausência de motivação (art 2, caput, da Lei 9.784/99) além da ofensa aos princípios do contraditório, ampla defesa, devido processo legal e julgador acusador natural ante a flagrante ilegalidade de adoção de parecer defensivo do Ato Fiscal pelo Julgador com manifesta imparcialidade.”

24 - Neste ponto, a Recorrente alega que ausência de motivação e cita o Art 2º da **Lei 9.784/99, Lei esta que se destina para fins de Processos administrativos em órgão públicos federais**, o que não é o caso, pois trata-se de um processo Fiscalizatório no âmbito Municipal.

[LEI Nº 9.784 , DE 29 DE JANEIRO DE 1999.](#)

Regula o processo administrativo no
âmbito da Administração Pública Federal.

Mas, quanto a função da autoridade Julgadora de Primeira Instancia, tem-se o art. 12 da lei 1368/94 em que determina:

Art. 12 - Recebida a defesa, concluídas as diligencias, quando for o caso, a autoridade julgadora de primeira instância dará vistas dos autos ao autuante, para a devida manifestação no prazo de 20 (vinte) dias.

Parágrafo 1º - Devolvidos os autos, a autoridade julgadora de primeira instância, preferirá a decisão no prazo de 10 (dez) dias, pronunciando-se sobre a procedência ou improcedência da defesa, e fixando prazo de 10 (dez) dias para pagamento do valor devido, quando for o caso.

26 - Este dispositivo determina que a autoridade julgadora de 1ª instância se pronuncie pela **procedência ou improcedência** da defesa, o que a autoridade assim o fez, conforme se observa na fl 124 deste processo.

27 - Passo agora, a analisar os requerimentos dos item 5.1 do presente Recurso:

“5.1 Caso superadas as questões preliminares, no mérito, requer-se o reconhecimento da inexistência de Responsabilidade Tributária ante a violação do art. 6º, § 2º, II, da LC 116/03 e do art 8º, § 2º, I da Lei Municipal n-º 2326/2004; bem assim o reconhecimento da Responsabilidade Subsidiária com aplicação do art. 8 § 3º. Da Lei 2326/2004.”

28 - Com relação a inexistência de Responsabilidade Tributária, por violação do art 6º, § 2º, II, da LC 116/03, entendo que o Município tem autoridade para atribuir responsabilidade a terceira pessoa, como podemos observar no caput do referido art 6º,

LC 116/2003

...

Art. 6º Os Municípios e o Distrito Federal, mediante lei, poderão atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação, inclusive no que se refere à multa e aos acréscimos legais.

§ 1º Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte.

§ 2º Sem prejuízo do disposto no **caput** e no § 1º deste artigo, são responsáveis: [\(Vide Lei Complementar nº 123, de 2006\).](#)

...

II – a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da lista anexa.(grifo meu)

29 - Assim, de acordo com a LC 116/2003, a lei 2326/2004 deste município atribuiu o Responsável por Substituição Tributária a **pessoa física tomadora do Serviço ou Intermediária**, como se observa a seguir:

LEI Nº 2326, DE 26 DE JANEIRO DE 2004.

DISPÕE SOBRE AS NORMAS RELATIVAS AO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA - ISSQN, ALTERA A LEI Nº 223/1973 QUE INSTITUI O CÓDIGO TRIBUTÁRIO MUNICIPAL E DÁ OUTRAS PROVIDÊNCIAS.

SUBSEÇÃO II

RESPONSÁVEL

SETOR I

RESPONSÁVEL POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA

Art. 8º São responsáveis, por substituição tributária, pelo pagamento do imposto devido e acréscimos legais:

I - o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;

II - a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária:

II - a pessoa física e a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária. (Redação dada pela Lei nº 3477/2012)

a) de serviço prestado por contribuinte que não esteja regularmente cadastrado como contribuinte do Município ou não tenha emitido nota fiscal de prestação de serviço;

b) **dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da Lista de Serviços.**

...

30 - Logo, temos que no caso de um **tomador** de Serviço ser **Pessoa Física**, fica este responsável pela **retenção e recolhimento do ISSQN** devido na operação.

31 - Já quanto ao segundo fundamento deste pedido,

“bem assim o reconhecimento da Responsabilidade Subsidiária com aplicação do art. 8º § 3º. Da Lei 2326/2004”,

32 - A legislação municipal citada acima dispõe que:

§ 3º A responsabilidade a que se refere este artigo **somente será elidida nos seguintes casos:**

I - **quando o prestador dos serviços, agindo com o propósito de impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou de evitar ou diferir o seu pagamento, prestar informações falsas ao responsável induzindo-o a erro na apuração do imposto devido;**

II - na concessão de medida liminar ou tutela antecipada, em qualquer espécie de ação judicial.

§ 4º Para viabilizar o pagamento do imposto, a pessoa física responsável por substituição tributária, tomadora dos serviços descritos nos itens 7.02 e 7.05 da lista anexa, deverá **declarar mensalmente as Notas Fiscais referentes a substituição tributária realizada,** por meio do sistema de Declaração Informatizada do Prestador de Serviços - DIPS. (Redação acrescida pela Lei nº 3477/2012)

33 - Este ponto merece atenção especial dos nobres Conselheiros, pois entendo que **ao não emitir as Notas Fiscais referentes aos Serviços Prestados**, a Pessoa Física, teria sido **induzida ao erro**, estando elidida de sua responsabilidade por força do disposto no Inc. I acima citado.

34 - E, também, se observarmos o § 4º, o mesmo estabelece como **condição para o efetivo pagamento da retenção, o Lançamento mensal das Notas Fiscais referentes**

a **Substituição Tributária**, logo, fica a pergunta: Se a pessoa física não tem em posse as Notas Fiscais, **como efetuar o pagamento, já que havia a necessidade do lançamento de tais Notas Fiscais na Declaração DIPS?**

35 - Frisa-se ainda que, consta nos autos, (fl 14), que a Própria Recorrente, Via Ministério Público, fez denúncia contra a Empresa **Seara Ferrari Empreiteira de Mão de Obra Ltda**, onde informa que **“A empresa supra-citada foi contratada para a execução de serviço de ampliação da residência da denunciante, em 12 de agosto de 2015, no entanto até hoje nunca emitiu nota fiscal, mesmo sendo solicitado várias vezes...”**

36 - Assim, entendo que a responsabilidade pelo pagamento do imposto devido, seja da empresa Seara Ferrari Empreiteira de Mão de Obra Ltda, por **induzir ao erro a Recorrente, ao não disponibilizar as devidas Notas Fiscais**. E ainda, ao não entrega de tais Notas Fiscais acaba por inviabilizar o pagamento do imposto, visto **não ter como gerar a guia sem a declaração mensal das Notas Fiscais na DIPS**, conforme prescreve o Art 8, §4º, da lei 2326/2004, se quer o valor da Base de cálculo, visto haver a contratação de serviços e materiais.

37 - Passamos agora ao item 5.2:

5.2 Requer-se, outrossim,, o reconhecimento de *error in procedendum* quanto a base de Cálculo lançada e ausência de Termo de Arbitramento o, ou, subsidiariamente, que sejam feitas as devidas deduções da base de cálculo para que contemple apenas os valores correspondentes ao efetivamente cumprido do contrato, bem como descontado o total de materiais envolvidos na obra.

38 - Quanto a dedução dos materiais sobre a base de cálculo do ISSQN, dispõe o Art 12, 4º, da Lei 2326/94, que:

SEÇÃO V

BASE DE CÁLCULO

Art. 12 A base de cálculo do imposto é o preço do serviço.

§ 1º Entende-se por preço do serviço a receita bruta a ele correspondente, sem nenhuma dedução, excetuados os descontos ou abatimentos concedidos independentemente de condição.

§ 2º Na falta de preço do serviço, ou não sendo ele desde logo conhecido, será adotado o preço corrente na praça do prestador.

§ 3º Quando os serviços descritos no subitem 3.04 da Lista de Serviços forem prestados no território de mais de um Município, a base de cálculo será proporcional, conforme o caso, à extensão da ferrovia, rodovia, dutos e condutos de qualquer natureza, cabos de qualquer natureza, ou ao número de postes, existentes no Município.

§ 4º Não se inclui na base de cálculo do imposto o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos subitens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa. (Vide regulamentação dada pelo Decreto nº 4166/2005 nº 4199/2005) (grifo meu).

39 - No mesmo Sentido, Dispõe o art 7º, § 2º,I da LC 116/03:

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

...

§ 2o Não se incluem na base de cálculo do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza:

I - o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa a esta Lei Complementar;

40 - Vejamos o que diz o TJ-RS

APELAÇÃO CÍVEL. RECURSO ADESIVO. DIREITO TRIBUTÁRIO. ISSQN. MATERIAIS EMPREGADOS NA CONSTRUÇÃO CIVIL. BASE DE

CÁLCULO. INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOBRE MATERIAL E EQUIPAMENTOS FORNECIDOS PELO PRESTADOR. IMPOSSIBILIDADE. **Cabível a dedução dos valores gastos com materiais da base de cálculo do imposto sobre serviços de qualquer natureza.** Inteligência do artigo 7º, § 2º, inciso I, da Lei Complementar nº. 116/2003. Precedentes jurisprudenciais (REExtra nº 603.497). Tendo em vista que só pode ser exigido o ISSQN sobre o serviço de mão de obra prestada - e não sobre os materiais/equipamentos utilizados fornecidos pelo prestador dos serviços -, devem ser consideradas unicamente as notas fiscais de aquisição de materiais e equipamentos, devidamente comprovadas pela empresa, a serem apuradas na fase de liquidação de sentença. À UNANIMIDADE, DERAM PARCIAL PROVIMENTO AO RECURSO. (Apelação Cível Nº 70071032429, Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Julgado em 26/10/2016).(grifo meu)

(TJ-RS - AC: 70071032429 RS, Relator: João Barcelos de Souza Junior, Data de Julgamento: 26/10/2016, Segunda Câmara Cível, Data de Publicação: Diário da Justiça do dia 07/11/2016)

41 - Como visto, deve-se abater , da Base de Cálculo do ISSQN, os valores dos materiais empregados na obra. Porém não foram entregues as Notas dos Produtos utilizado na Obra, mas no contrato de prestação de Serviços, na clausula 01(fl 43) Está disposto que a Contratada irá executar todos os serviços e **fornecimento de material conforme projeto arquitetônico.**

42 - Logo, para perfeito arbitramento do valor a ser pago a este município, **independente de a quem for atribuído a responsabilidade**, proponho que seja feita diligência, com o intuito de que a recorrente apresente o **projeto arquitetônico** para apuração do ISSQN

com a devida exclusão do Materiais empregados, ou, na dúvida que se aplique a regra disposta nos Arts 28 e 29 da lei 2326/2004, onde existe uma fórmula para apuração do ISSQN por substituição tributária, de forma presumida, como segue:

lei 2326/2004

...

Art. 28 O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, devido por substituição tributária, pelo tomador ou intermediário de serviços de construção civil, incluso nos itens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa, deverá ser recolhido durante a execução da obra, na forma do artigo 26 desta Lei.

§ 1º Concluída a obra, o tomador dos serviços a que se refere o caput deste artigo deverá comprovar o recolhimento do Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza, correspondente ao Valor Mínimo Presumido, devido por substituição tributária, calculado com base na fórmula: $ATC \times CUB \times 32\% \times Alíquota = VMP$, onde:

ATC = área total construída em m²;

CUB = valor do custo unitário básico médio;

32% = valor estimado dos serviços tomados para a execução da obra;

Alíquota = alíquota vigente para os itens 7.02 e 7.05 da lista anexa.

VMP = Valor Mínimo Presumido

§ 2º A liberação do "habite-se" fica condicionada a comprovação do recolhimento do Valor Mínimo Presumido (VMP), referente ao imposto pelos serviços tomados na execução da obra, sem prejuízo das demais exigências legais.

§ 3º Recolhido o imposto na forma do § 1º deste artigo, será emitida, em até 10 (dez) dias, certidão em favor do contribuinte, atestando o recolhimento do Valor Mínimo Presumido (VMP).

§ 4º A emissão da certidão de recolhimento do Valor Mínimo Presumido (VMP) não impede que o Fisco municipal exija eventuais diferenças, e/ou valores ainda não considerados, referente ao Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza relacionadas a obra.

§ 5º O resultado correspondente ao Valor Mínimo Presumido (VMP), obtido com a fórmula disposta no § 1º deste artigo será multiplicado por 0,7 (zero vírgula sete) em caso de obras com cunho social, financiadas pelo programa "Minha Casa, Minha Vida", ou outro que venha a substituí-lo. (Redação dada pela Lei nº 3477/2012)

Art. 29 Por opção da pessoa física, o imposto devido por substituição tributária em razão do disposto no inciso II, alínea "b" do artigo 8º, será pago em cota única ou parceladamente, durante a execução da obra, observada a fórmula disposta no Art. 28, § 1º.

§ 1º A opção de recolhimento na forma deste artigo dispensa o contribuinte da declaração mensal das Notas fiscais referentes a substituição tributária realizada, por meio do sistema de Declaração Informatizada do Prestador de Serviços - DIPS.

§ 2º O pagamento da cota única ou da primeira parcela do imposto em questão deverá ocorrer antes da emissão do alvará de construção. (Redação dada pela Lei nº 3477/2012)

43 - Mesmo que a Recorrente **seja, ou não**, considerada a Responsável Tributária, que se proceda o cálculo correto do ISSQN devido, para tanto que seja utilizado o projeto arquitetônico, ou a Fórmula acima, a fim de se obter o valor correto do ISSQN, visto que a empresa não apresentou as devidas Notas fiscais, mas o contrato tem em seu valor total de R\$ 205.000,00, o fornecimento de mão de obra e material, conforme cláusula 03 item A)(fl 44).

44 - Quanto ao Item 5.3, último pedido da Requerente,

5.3 Por fim, pugnano-se pela suspensão da exigibilidade dos débitos, na forma do art 151, III do CTN, e sucessivamente, a reforma da r.Decisão para que seja declarada a integral nulidade do Auto de Infração nº 047/2019, pelos motivos supra expostos

45 - Dispõe o Art 151 do CTN

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

I - moratória;

II - o depósito do seu montante integral;

III - **as reclamações e os recursos, nos termos das leis reguladoras do processo tributário administrativo;**

46 - Na mesma linha, dispõe o art 9º da lei 1368/94

LEI Nº 1368/94

"INSTITUI NOVO PROCEDIMENTO FISCAL".

Art. 9º A apresentação de defesa ou recurso, enquanto não proferida a decisão respectiva, gerará efeito suspensivo da exigência pecuniária no que concerne a concessão de certidões e direitos, mas não interromperá a fluência de juros e atualização monetária.

47 - Logo, entendo pela suspensão da Exigibilidade do crédito Tributário, porém pela não interrupção para contagem e apuração de juros e atualização monetária.

48 - Para constar, em sede de direito, a Recorrente invoca o Art 8º, 2º, I, da lei 2326/2004, e apresenta uma fatura de Energia Elétrica com vencimento em 26/04/2019(data recente).

§ 2º O disposto no inciso II "b" não se aplica:

*I - quando o contratante ou intermediário **não estiver estabelecido ou domiciliado no Município;***

49 - Porém, à época do Fato Gerador, que foi a execução da obra(fl 43-46), assinado em 12/08/2015(fl 46) e prazo de duração de 120 dias(fl 44), no preâmbulo do Contrato de prestação de Serviços, consta como endereço Residencial o de Balneário Camboriú, e também, na Própria Denúncia ao MP(fl 14), a Recorrente afirma que a obra se deu em sua Residência, conforme segue denúncia:

“A empresa supra-citada foi contratada para a execução de serviço de ampliação da residência da denunciante, em 12 de agosto de 2015, no entanto até hoje nunca emitiu nota fiscal, mesmo sendo solicitado várias vezes...”(grifo meu)

50 - Portanto, frente a Dúvida quanto a real situação da Residência da Recorrente, à época da realização dos Serviços, entendo como sendo o endereço da residência o constante do Contrato de prestação de serviços (Balneário Camboriú), além da própria declaração da requerente, junto a denúncia ao MP, onde afirma que o endereço da obra é sua residência.

51 - Verifica-se que na fl 25, em Ofício 0024/2019/02PJ/BCA, datado de 25/03/2019, encontra-se resposta do Promotor de Justiça informando que “consta nos autos como endereço residencial, tão somente aquele constante do contrato, onde foi realizado o serviço, qual seja: Rua 3750, nº 117, Balneário Camboriú/SC”grifo meu

52 - Portanto, entendo este o endereço a ser considerado na época do fato gerador.

53 - Assim, diante de todo o exposto voto por **DAR PROVIMENTO** ao Recurso, por entender que a Recorrente com fundamento que a mesma **foi Induzida ao Erro**, quando o prestador de serviço não fez emissão das respectivas Notas Fiscais, assim elidindo a responsabilidade da Recorrente por força do disposto no art. 8º § 3º da Lei 2326/2004. Ademais o § 4º, do mesmo artigo, prescreve que para pagamento do imposto, sejam lançadas as devidas Notas Fiscais no programa DIPS.

54 - Assim entendo que o Responsável pelo pagamento do ISSQN a este município, seja o Substituído, ou seja, a empresa **Seara & Ferrari Empreiteira de Mão de Obra Ltda, CNPJ 10.741.542/0001-79**, e que apure-se o valor do ISS de forma presumida, disposta nos Arts 28 e 29 da lei 2326/2004, ante a falta de Notas Fiscais

55 - Ou, caso não entendam assim, e queiram votar em **DAR PROVIMENTO PARCIAL**, no sentido de que seja apurado o ISSQN deduzindo-se o valor dos materiais, onde para tanto, que seja feita diligência, com o intuito de que a recorrente apresente o **projeto arquitetônico** para que se possa apurar do ISSQN com a devida exclusão do Materiais empregados, ou, na dúvida que se aplique a regra disposta nos Arts. 28 e 29 da lei 2326/2004, onde existe uma fórmula para apuração do ISSQN por substituição tributária, de forma presumida.

56 - Já quando a “suspensão do crédito”, conforme voto acima, entendo pela suspensão da Exigibilidade do crédito Tributário, porém pela não interrupção para contagem e apuração de juros e atualização monetária.

É o voto.

Conselheiro Evandro Censi
Relator

Recurso Tributário n.º 222/2019

Redator do Voto Divergente: Conselheiro Daniel Brose Herzmann

RELATÓRIO

1. Por uma questão de economia processual, adoto o relatório contido no Voto do Ilustre Relator Conselheiro Evandro Censi.

2. É o relatório.

VOTO

3. Deixo de me pronunciar quanto aos pedidos relativos ao reconhecimento da nulidade do Auto de Infração 047/2019 sob o aspecto formal, pois já apreciados pelo Ilustre Relator, com o qual consinto no ponto. Nada obstante, peço licença para divergir da conclusão obtida no voto inaugural com relação ao aspecto material do ato impugnado. Explica-se:

4. O art. 6º, *caput*, da Lei Complementar n.º 116/2003 autoriza os municípios a atribuírem, por lei, a responsabilidade pelo recolhimento do ISS a terceira pessoa vinculada ao fato gerador da obrigação, tal como previsto no art. 128 do CTN.

5. Logo, a definição da figura do responsável tributário, no âmbito do ISS, pode ser efetivada por lei própria do ente tributante, desde que respeitadas as hipóteses de responsabilidade já previstas na lei nacional (LC n.º 116/2003), como por exemplo aquela contida no §2º do art. 6º, segundo o qual a pessoa jurídica tomadora, dentre outros, dos serviços constantes dos itens 7.02 e 7.05 da lista anexa à lei, é responsável pelo recolhimento do imposto devido em virtude dos serviços por ela tomados.

6. Em outras palavras, cabe ao município cumprir as regras autoaplicáveis de substituição tributária previstas no §2º do art. 6º e, se assim o quiser, instituir, mediante lei própria, outras hipóteses de responsabilidade aplicáveis no seu âmbito local, exatamente como fez este Município por meio do art. 8º da Lei Municipal n.º 2.326/2004, cujo inciso II atribui, também à pessoa natural tomadora de serviços, a condição de responsável tributário de ISS.

7. Portanto, não há que se falar em aplicabilidade da regra de substituição tributária exclusivamente às pessoas jurídicas, já que a lei nacional, ao instituir tal hipótese no §2º do art. 6º, o fez “sem prejuízo do disposto no *caput*”, ou seja, de forma não exaustiva.

8. Com efeito, a responsabilidade da Recorrente pelo recolhimento do imposto decorre do que dispõe o art. 8º, II, da Lei Municipal n.º 2.326/2004, abaixo transcrito:

“Art. 8º. São responsáveis, por substituição tributária, pelo pagamento do imposto devido e acréscimos legais:

(...)

II - a pessoa física e a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária:

- a) de serviço prestado por contribuinte que não esteja regularmente cadastrado como contribuinte do Município ou não tenha emitido nota fiscal de prestação de serviço;
- b) dos serviços descritos nos subitens 3.05, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.12, 7.16, 7.17, 7.19, 11.02, 17.05 e 17.10 da Lista de Serviços.”

9. No caso concreto, a incidência da regra prevista no dispositivo suprarreferido se justifica pelas duas hipóteses nele contidas, eis que: (a) é fato incontroverso nestes autos que não houve a emissão de notas fiscais pelo prestador (alínea “a”); (b) o serviço prestado se enquadra nos itens 7.02 e 7.05 da lei.

10. Constatada a aplicabilidade, no caso, da regra de substituição estabelecida na legislação municipal, passa-se à análise da ocorrência (ou não) das exceções legais suscitadas pela Recorrente.

11. Primeiramente, sustenta a Recorrente a incidência da exceção prevista no art. 8º, §2º, I, da Lei Municipal n.º 2.326/2004, sob o argumento de que não residiria no Município de Balneário Camboriú, conforme documentos juntados.

12. Penso ser inaplicável tal hipótese ao concreto. Isso porque, embora a Recorrente tenha trazido, em sede de defesa/recurso, documentos que evidenciam que possui residência no Município de Itajaí, o instrumento formalizador da relação contratual que deu origem ao fato gerador do imposto ora discutido (fls. 43/46) dá conta de que, à época da prática fato imponible, a Recorrente residia no imóvel em que executadas as obras, situado neste Município. Tal situação, se não for suficiente a derruir os argumentos da Autuada neste aspecto, no mínimo serve para demonstrar que esta possuía, ao tempo do fato gerador, mais de uma residência.

13. O fato é que a hipótese de exceção prevista no dispositivo legal suscitado pela Recorrente se aplica quando o contratante do serviço “não estiver estabelecido ou domiciliado no Município”, sendo menos importante, portanto, a situação da residência.

14. Nessa perspectiva, convém observar que, como é de conhecimento público, a Recorrente, desde antes da data em que celebrado o instrumento contratual de fls. 43/46 (12/08/2015), já exercia o cargo de Juíza Substituta na Comarca de Balneário Camboriú, fato este que, nos termos do art. 76 do Código Civil e do art. 127, I, do CTN, atrai o seu domicílio para o local que corresponde ao “centro habitual de sua atividade”, qual seja este Município, o que afasta a incidência da exceção invocada.

15. Além disso, ainda que demonstrado nos presentes autos que o domicílio da Recorrente corresponde a localidade distinta deste Município (o que não ocorreu), isto não seria suficiente para afastar a sua responsabilidade pelo recolhimento do imposto. É que a exceção prevista no art. 8º, §2º, I, da Lei Municipal n.º 2.326/2004 se aplica exclusivamente aos casos em que a substituição decorre da hipótese prevista na alínea “b” do inciso II do art. 8º, enquanto que, conforme já demonstrado, a responsabilidade da Recorrente, no presente contexto, decorre também da hipótese prevista na alínea “a”.

16. Em segundo lugar, defende a Recorrente o afastamento da regra de substituição tributária por força do que previsto no art. 8º, §3º, da Lei Municipal n.º 2.326/2004, segundo o qual a responsabilidade pelo recolhimento do imposto pelo tomador será elidida “quando o prestador dos serviços, agindo com o propósito de impedir ou retardar, total ou parcialmente, a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária principal, ou excluir ou modificar as suas características essenciais, de modo a reduzir o montante do imposto devido, ou de evitar ou diferir o seu pagamento, prestar informações falsas ao responsável induzindo-o a erro na apuração do imposto devido”.

17. Da análise do dispositivo supra, verifica-se que a legislação municipal admite o afastamento da responsabilidade do tomador nos casos em que este tenha cometido erro na apuração do imposto devido como consequência de informações falsas fornecidas pelo prestador. Trata-se do caso em que o sujeito passivo substituto tenha, em virtude de

informações distorcidas fornecidas dolosamente pelo prestador do serviço, apurado e recolhido aos cofres públicos valor inferior ao montante do imposto efetivamente devido. Em tal hipótese, demonstrada a culpa exclusiva do prestador quanto ao recolhimento a menor do imposto, somente deste poderá ser exigida a diferença.

18. No presente caso, contudo, sequer houve recolhimento parcial do imposto ou apuração equivocada do respectivo montante.

19. Ademais, inexistem provas de que o prestador do serviço tenha prestado à Recorrente informações falsas que tenham a induzido em erro na sua relação com o Fisco Municipal. Seria o caso, por exemplo, de o prestador ter-lhe fornecido declaração de que já teria efetuado o pagamento do imposto devido ou comprovante falso de recolhimento da exação.

20. Nada obstante, tem-se demonstrado apenas o fato de que a Recorrente efetuou o pagamento de parte do serviço contratado sem que o prestador tenha emitido as competentes notas fiscais.

21. Não se ignora o fato de que o prestador agiu de forma ilegal ao não emitir as notas fiscais de serviço em relação à parcela deste pelo qual foi devidamente remunerado. Tal ilegalidade, inclusive, é passível de penalização pelo descumprimento de obrigação acessória, nos termos da legislação municipal.

22. Entretanto, o simples fato de o prestador ter descumprido uma obrigação acessória (emissão de nota fiscal) não possui o condão de afastar a responsabilidade da tomadora, a quem competia, nos termos da lei, o efetivo recolhimento do tributo, cujo montante

deveria ter sido retido da contraprestação paga ao contratado, para fins de adimplemento da obrigação tributária.

23. E nem se diga que a ausência das notas fiscais impossibilitou a tomadora de efetuar o recolhimento do imposto, pois: (a) do ponto de vista contratual, a Recorrente sequer tinha obrigação de efetuar o pagamento do serviço antes que lhe fosse fornecido o competente documento fiscal, tendo assumido tal risco ao escolher remunerar o prestador que recusou a tanto; (b) havendo dúvidas no valor do imposto a recolher, a Recorrente poderia ter se valido do instituto da consignação em pagamento, depositando o valor correspondente à alíquota sobre o valor total do serviço, cabendo ao prestador eventual pleito futuro de restituição da parcela equivalente aos materiais.

24. Nesse contexto, discordo, com todo o respeito, das razões manifestadas pelo Ilustre Relator no voto inaugural, pois a situação ocorrida no presente caso (ausência de emissão de notas fiscais pelo prestador) não se enquadra na hipótese prevista no art. 8º, §3º, da Lei Municipal n.º 2.326/2004. Tal interpretação, a meu ver, se mostra inviável porque seria incoerente a mesma lei (mais especificamente o mesmo artigo) prever, como exceção à responsabilidade por substituição tributária, a própria hipótese que configura a aludida responsabilidade. Em outras palavras, como poderia o art. 8º, II, “a”, prever a responsabilidade tributária na hipótese em que o prestador não emite nota fiscal e, ao mesmo tempo, no §3º do mesmo artigo, admitir o afastamento de tal responsabilidade quando o prestador não emite nota fiscal?

25. Certamente não foi essa a intenção do legislador, mas sim, como já dito alhures, a de instituir certa “proteção” ao sujeito passivo que não efetua o recolhimento adequado do tributo por conta de informações falsas prestadas pelo prestador do serviço.

26. Por fim, com relação à base de cálculo utilizada pelo Fisco para fins de arbitramento do ISS devido, penso que o pleito formulado pela Recorrente merece acolhimento, porém tão somente no que diz respeito à tributação da parcela efetivamente executada/paga do contrato.

27. Quanto à pretendida dedução do valor relativo aos materiais empregados na execução dos serviços, o pedido é legítimo e encontra amparo no art. 12, §4º, da Lei Municipal n.º 2.326/2004, segundo o qual “não se inclui na base de cálculo do imposto o valor dos materiais fornecidos pelo prestador dos serviços previstos nos subitens 7.02 e 7.05 da lista de serviços anexa”.

28. Nada obstante, a informação quanto ao montante correspondente aos aludidos materiais compete ao sujeito passivo, de modo que, sem a devida demonstração, não é possível ao Fisco proceder à referida dedução da base de cálculo.

29. Observa-se, nesse ponto, que sequer os quantitativos que compõem o preço do contrato e/ou o respectivo projeto arquitetônico detalhado foram trazidos aos autos, tendo a Recorrente se limitado a pleitear apuração do imposto com o desconto do valor relativo aos materiais sem, contudo, demonstrá-lo ao Fisco Municipal.

30. Logo, apesar de concordar com a possibilidade legal de dedução do valor dos materiais, considero válido o Auto de Infração nesse ponto porque não efetuada a dedução única e exclusivamente em virtude da omissão da Recorrente quanto à comprovação do montante a ser deduzido.

31. Por outro lado, penso ter razão a Recorrente quanto à incidência do imposto somente sobre a parcela efetivamente executada/paga do serviço contratado. Isso porque, nos termos do art. 26, IV, da Lei Municipal n.º 2.326/2004, nas hipóteses de substituição tributária (como no caso), o imposto deve ser pago “até o dia 10 (dez) do mês seguinte ao de referência”.

32. Portanto, havendo parte do serviço ainda não executada ou paga, o valor correspondente não deve compor a base de cálculo do ISS.

33. Com efeito, da análise dos documentos constantes do presente Processo Administrativo e dos autos da Ação Judicial n.º 0303960-03.2018.8.24.0005, verifica-se que: (a) há divergência acerca da efetiva conclusão da parte final da obra; (b) é incontroverso o fato de que, dos R\$ 205.000,00 contratados, o valor efetivamente executado/pago é de R\$ 189.687,50 (fls. 47/52).

34. Assim, deve ser revisto o Auto de Infração n.º 047/2019 no que diz respeito à base de cálculo do imposto arbitrado, para fins de fazer incidir a exação somente sobre o montante efetivamente pago pela Recorrente a título de remuneração pelos serviços prestados em execução ao contrato de fls. 43/46.

35. Diante do exposto, com o devido respeito, divirjo da conclusão obtida pelo Ilustre Conselheiro Relator e, com base nas razões suprarreferidas, voto pelo conhecimento e parcial provimento do recurso, tão somente para reformar a decisão de primeira instância na parte relativa à composição da base de cálculo do imposto, a fim de que seja revisto o Auto de Infração n.º 047/2019 para fins de fazer incidir a exação somente sobre o montante efetivamente pago pela Recorrente a título de remuneração pelos serviços prestados em execução ao contrato de fls. 43/46.

É como voto.

Balneário Camboriú, 10 de novembro de 2019.

Daniel Brose Herzmann

Conselheiro Titular

Redator do Voto Divergente

Recurso Tributário nº 222/2019

Relator do Voto Vencedor: Conselheiro Daniel Brose Herzmann

ISS - PROCEDIMENTO FISCAL nº 010/2019 - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA - AUTO DE INFRAÇÃO Nº 047/2019 - LEI 2326/2004 - RECURSO INTERPOSTO - REQUISITOS FORMAIS DO AUTO DE INFRAÇÃO PREENCHIDOS - HIPÓTESES DE EXCEÇÃO À REGRA DE RESPONSABILIDADE TRIBUTÁRIA DO TOMADOR DO SERVIÇO NÃO VERIFICADAS - BASE DE CÁLCULO - IMPOSSIBILIDADE DE DEDUÇÃO DOS MATERIAIS - OMISSÃO DA RESPONSÁVEL QUANTO A INFORMAÇÕES ESSENCIAIS - INCIDÊNCIA DO IMPOSTO SOMENTE SOBRE A PARCELA DO SERVIÇO QUE FOI EFETIVAMENTE EXECUTADA E PAGA - PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO TÃO SOMENTE PARA MODIFICAR A BASE DE CÁLCULO DO IMPOSTO - RECURSO CONHECIDO E PROVIDO PARCIALMENTE.

Vistos, relatados e discutidos estes autos de Recurso Tributário nº 222/2019, em que é Recorrente Bertha Stecker Rezende, e Recorrida a Fazenda Municipal:

O Conselho de Contribuintes do Município de Balneário Camboriú decidiu, por maioria de votos, **DAR PARCIAL PROVIMENTO** ao Recurso tão somente para alteração da base de cálculo do imposto considerando apenas os valores correspondentes à parcela do contrato efetivamente executada e paga.

O julgamento, realizado no dia 09 de Janeiro de 2020, foi presidido pelo Conselheiro Francisco de Paula Ferreira Júnior, que não precisou votar, e dele participaram o Conselheiro Relator Evandro Censi, que votou pelo provimento do recurso, bem como o Conselheiro Daniel Brose Herzmann, prolatou voto divergente, pelo provimento parcial do recurso, tendo sido acompanhado pelos demais participantes, Conselheiros Charles Douglas Corrêa, Maria Helena C. Y. D. Cardoso, Lucas Diego Buttenbender e Marcelo Azevedo Santos.

Balneário Camboriú, 14 de janeiro de 2020.

Daniel Brose Herzmann
Relator do Voto Vencedor

Francisco de Paula Ferreira Junior
Presidente