

SECRETARIA DE FINANÇAS
CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL - CAF
PROCESSO/NOTIFICAÇÃO Nº 07.50347.5.15
RECORRENTE: BIOVAP SERVIÇOS LTDA
Rua Francisco Leopoldino, 256 –
Várzea – Recife/PE
Inscrição municipal nº 403.022-2
ADVOGADOS: ARTHUR REINALDO MAIA ALVES
NETO E OUTROS
RECORRIDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO
FISCAL-CAF- JULGADORA 1ª
INSTÂNCIA – ALCIONE MARIA
ARAÚJO DONIDA
RELATOR: JULGADOR: ANTONIO CARLOS
FERREIRA DE SOUZA JÚNIOR

ACÓRDÃO Nº 186/2017

- EMENTA:
- 1- ISS - NOTIFICAÇÃO FISCAL - FALTA DE RECOLHIMENTO – RECURSO VOLUNTÁRIO – NULIDADE – INOCORRÊNCIA – LANÇAMENTO PARA PREVENIR A DECADÊNCIA – POSSIBILIDADE – MULTA DE OFÍCIO - IMPROCEDÊNCIA.
 - 2- A discussão sobre o local da prestação do serviço foi submetida ao Poder Judiciário. Logo, há clara concomitância seara administrativa e judicial, o que atrai a incidência do comando previsto no art. 70, inciso IV, do Decreto nº 28.021/2014. Matéria não conhecida.
 - 3- Da análise dos documentos juntados, não há dúvidas de que a base de cálculo utilizada pela autoridade fiscal foi composta exclusivamente pelas notas fiscais eletrônicas emitidas pela própria Contribuinte. Preliminar de nulidade rejeitada.

Continuação do Acórdão nº 186/2017

- 4- O prazo decadencial (art. 173 do CTN) para constituição do crédito tributário não se sujeita a suspensão, o que obriga constituição o crédito tributário, por meio do lançamento de ofício, para prevenir a decadência. Precedentes do Superior Tribunal de Justiça.
- 5- Estando o crédito tributário inexigível (suspensão de exigibilidade), não há o que se falar em ausência de recolhimento, motivo pelo qual a multa punitiva não pode incidir.

Vistos, relatados, examinados e discutidos os presentes Autos, ACORDAM os Membros do Conselho Administrativo Fiscal, à unanimidade, na conformidade do voto do Relator e das notas constantes da Ata de Julgamento, em dar parcial provimento ao recurso voluntário, reformando parcialmente a decisão de Primeira Instância no sentido de julgar improcedente a imposição de multa de ofício.

C.A.F. Em 06 de dezembro de 2017.

Antonio Carlos F. de Souza Júnior – RELATOR

João Gomes da Silva Júnior

Carlos Augusto C. de Carvalho

Maria Eduarda Alencar Câmara Simões

SECRETARIA DE FINANÇAS
CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL - CAF
PROCESSO/NOTIFICAÇÃO FISCAL Nº 07.50347.5.15
RECORRENTE: BIOVAP SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO
FISCAL – JULGADOR 1ª INSTÂNCIA –
ALCIONE DONIDA
RELATOR: JULGADOR: ANTONIO CARLOS F. DE
SOUZA JÚNIOR

RELATÓRIO

Trata-se de Notificação Fiscal lavrada em desfavor do contribuinte **BIOVAP SERVIÇOS LTDA.** referente ao ISS Próprio incidente sobre as receitas de prestação de serviços do período de janeiro de 2010 a dezembro de 2012 (fls. 03-09).

A ciência da notificação ocorreu em 19/06/2015, por meio de recebimento pessoal pelo representante da pessoa jurídica (fl. 03).

No Termo Final de Fiscalização (fls. 06-07), o ATM relata que a Contribuinte recolheu a menor o ISS Próprio no período de janeiro de 2010 a dezembro de 2013. Porém, por questões internas atinentes à possibilidade de ingresso no Programa de Parcelamento Incentivado – PPI, foram lavradas duas notificações (07.50346.9.15 e 07.50347.5.15)

A Notificação Fiscal nº 07.50346.9.15 constituiu o ISS Próprio referente ao período de janeiro de 2010 a dezembro de 2012 (discutida no presente processo). Já a Notificação Fiscal nº 07.50347.5.15 englobou o período de janeiro de 2013 a dezembro de 2013.

Em 17/07/2015, a Contribuinte apresentou impugnação administrativa (fls. 18-27), aduzindo, em síntese, o seguinte:

- a) a empresa possui sede no Município do Recife e atua na prestação de serviços descritos no item 14.01 da Lista de Serviços constante na Lei Complementar nº 116/2003;
- b) a sua atividade é de prestação de serviços de manutenção de caldeiras diretamente no parque industrial dos seus clientes localizados em Município diverso da sua sede;

- c) o art. 4º da Lei Complementar nº 116/2003 dispõe que o local da prestação de serviço consiste no local onde a atividade efetivamente é desenvolvida e cita precedentes do Superior Tribunal de Justiça. Portanto, o ISS não é devido ao Município do Recife;
- d) a declaração efetuada no período fiscalizado (Declaração de Serviços) ocorreu por cautela da contabilidade e para evitar penalidades;
- e) informa que ingressou ação ordinária com pedido de antecipação de tutela, tombada sob o nº 0036959-02.2012.8.17.0001 (fls.33-39), obtendo provimento judicial no sentido de suspender a exigibilidade do ISS incidente sobre os serviços prestados fora da sua sede;
- f) ressalta que a Notificação Fiscal consiste em um descumprimento da ordem judicial, motivo pelo qual o lançamento deve ser decretado nulo;
- g) por fim, esclarece que TECOREL COMBUSTÃO LTDA é a razão social anterior da Contribuinte, modificada por meio de alteração no contrato social (fls. 27-31);

A Julgadora de Primeira Instância, ao analisar a questão, entendeu que os serviços prestados pela Contribuinte (itens 14.01, 14.02 e 14.06) não se encontram no rol de exceções previstos no art. 114 do CTM, devendo incidir a regra geral que estabelece a sede da contribuinte como o local da prestação dos serviços.

Não obstante, em virtude da existência de decisão judicial, a Julgadora de Primeira Instância reconheceu a impossibilidade de cobrança, inscrição em dívida ativa e ajuizamento de execução fiscal, conforme pode ser observado na ementa a seguir transcrita (fls. 55-59):

 <p>PREFEITURA DA CIDADE DO RECIFE SECRETARIA DE FINANÇAS CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL PRIMEIRA INSTÂNCIA</p>	
JULGAMENTO Nº 1.15.00127.1	PROCESSO Nº 07.50346.9.15
EMENTA NOTIFICAÇÃO FISCAL – ISS PRÓPRIO - FALTA DE RECOLHIMENTO – RECEITA ESCRITURADA COM EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS - SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E REPARAÇÃO DE TANQUES, MÁQUINAS E EQUIPAMENTOS INDUSTRIAIS – PROCEDÊNCIA DA NOTIFICAÇÃO. 1. Ocorrido o fato gerador, é devido o ISS, que deve ser recolhido mensalmente, nos termos do art. 126, I, da lei 15.563/99. O recolhimento do imposto será efetuado nos órgãos arrecadadores, na forma definida pelo Poder Executivo. O recolhimento será mensal, nas datas fixadas pelo Secretário de Finanças, nas hipóteses dos artigos 115, 117-A, 119 e 120 da Lei 15.563/91 e quando se tratar do imposto sujeito ao desconto na fonte; 2. O serviço considera-se prestado e o imposto devido no local do estabelecimento prestador ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas na Lei Complementar 116/2003 e no art. 114, II, da lei 15.563/91; 3. A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial; 4. A suspensão da exigibilidade do crédito por si só, não tem o condão de impedir a atuação do fisco na ação do lançamento e nem poderá suspender ou interromper o prazo decadencial. Ela apenas proíbe o fisco de praticar algumas ações como a inscrição em dívida ativa, o ajuizamento de ação de execução fiscal e a penhora de bens. 5. Decisão que NÃO se submete ao reexame necessário pelo Conselho Administrativo Fiscal- 2ª instância, ex vi do art. 221 da Lei n.º 15.563/91 com redação dada pela lei nº 17.976/2014.	

Diante disso, em 05/04/2016, a Contribuinte apresentou recurso voluntário (fls.64-74) repisando os argumentos colacionados na impugnação, bem como arguindo preliminar de nulidade pelo fato de o demonstrativo do crédito tributário não conter explicação sobre a composição da base de cálculo do lançamento e requerendo a exclusão da multa de ofício lançada.

Em 15/04/2016, a Gerência Geral Tributária apresentou manifestação juntando relatório com a indicação de todas as notas fiscais que serviram para apuração da base de cálculo do ISS (fls. 81-151).

No dia 26/04/2016, o ATM também apresentou manifestação informando que os valores das receitas utilizadas como base de cálculo foram retirados do sistema de notas fiscais de serviço eletrônicas do Município do Recife (fl.152).

Em 28/04/2016, a Gerência de Tributos Mercantis, com base no art. 64 do Decreto nº 28.021/2014, apresentou a manifestação rebatendo os argumentos apresentados pela Contribuinte, especialmente a preliminar de nulidade e aplicabilidade da multa de ofício, prevista no art. 134, inciso VI, do CTM (fls. 157-158).

No dia 26/10/2018, o Conselheiro Leonardo Accioly da Silva proferiu despacho determinando o envio dos autos para Procuradoria da Fazenda Municipal para esclarecimentos sobre o andamento do processo nº 0036959-02.2012.8.17.0001 (fl.159).

Diante disso, a Procuradoria da Fazenda Municipal apresentou cota (fl. 161), informando que houve a interposição de agravo de instrumento contra decisão interlocutória, mas o recurso não foi provido.

Por fim, informo que o processo judicial em tela continua concluso para sentença, consoante pode ser observado na consulta efetuada ao sítio do Tribunal de Justiça do Estado de Pernambuco (fls.036 a 039 - CAF).

É o relatório.

C.A.F. Em 14 de março de 2017.

ANTONIO CARLOS F. DE SOUZA JÚNIOR
RELATOR

SECRETARIA DE FINANÇAS
CONSELHO ADMINISTRATIVO FISCAL - CAF
PROCESSO/NOTIFICAÇÃO FISCAL Nº 07.50347.5.15
RECORRENTE: BIOVAP SERVIÇOS LTDA.
RECORRIDO: CONSELHO ADMINISTRATIVO
FISCAL – JULGADOR 1ª INSTÂNCIA –
ALCIONE DONIDA
RELATOR: JULGADOR: ANTONIO CARLOS F. DE
SOUZA JÚNIOR

VOTO DO RELATOR

O Recurso Voluntário interposto pela Contribuinte é tempestivo, visto que a ciência da decisão ocorreu no 04/03/2016 (sexta-feira), iniciando o prazo no dia 07/03/2016, e recurso foi interposto no dia 05/04/2016. Também preenche os demais requisitos de admissibilidade, motivo pelo qual deve ser conhecido.

Passo a análise.

1. Local da prestação do serviço – não conhecimento – discussão na via judicial

Inicialmente, é importante destacar que a matéria atinente ao local da prestação de serviços para fins de incidência do ISS nos serviços de manutenção de caldeiras prestados diretamente no parque industrial dos seus clientes sequer pode ser analisada por este colegiado.

É que, conforme reconhecido pela própria Contribuinte e Julgadora de Primeira Instância, a matéria foi submetida ao Poder Judiciário, por meio do processo nº 0036959-02.2012.8.17.0001, em trâmite na 3ª Vara da Fazenda Pública da Capital (fls. 35-40).

Logo, há clara concomitância de parte da discussão na seara administrativa e judicial, o que atrai a incidência do comando previsto no art. 70, inciso IV, do Decreto nº 28.021/2014, *verbis*:

Art. 70. Põe fim ao contencioso administrativo tributário:

IV- o ingresso em juízo, em relação às partes em que houver identidade de matérias, antes de proferida ou de tornada irrecorrível a decisão administrativa;

Portanto, no tocante à discussão sobre o critério espacial para incidência do ISS, a matéria não deve ser conhecida em virtude da existência de discussão idêntica na seara judicial.

2. Nulidade da notificação de lançamento – inoportunidade

A Contribuinte alega que o lançamento é nulo, ante a ausência de informações relativas à origem da base de cálculo apurada, o que configuraria cerceamento do direito de defesa (fls.68-71)

Em resposta, a Gerência Geral Tributária apresentou manifestação juntando relatório com a indicação de todas as notas fiscais que serviram para apuração da base de cálculo do ISS.

Ademais, no dia 26/04/2016, o ATM também apresentou manifestação informando que os valores das receitas utilizadas como base de cálculo foram retirados do sistema de notas fiscais de serviço eletrônicas do Município do Recife (fl.152).

Da análise dos documentos juntados, não há dúvidas de que a base de cálculo utilizada pela autoridade fiscal foi composta exclusivamente pelas notas fiscais eletrônicas emitidas pela própria Contribuinte.

Portanto, a preliminar de nulidade deve ser rejeitada, pois a base de cálculo foi aplicada com base nas notas emitidas pelo próprio Contribuinte, retiradas do sistema de notas fiscais de serviço eletrônicas do Município do Recife.

3. Lançamento para prevenir a decadência e multa de ofício

Como visto, em 28/08/2013, foi proferida, nos autos do processo nº 0036959-02.2012.8.17.0001, decisão judicial determinando a suspensão da exigibilidade do ISS cobrado quando os serviços forem prestados fora do território do Município do Recife.

Trata-se de hipótese de suspensão de exigibilidade prevista no inciso V do art. 151 do Código Tributário Nacional:

Art. 151. Suspendem a exigibilidade do crédito tributário:

V– a concessão de medida liminar ou de tutela antecipada, em outras espécies de ação judicial;

No entanto, ao contrário do instituto da prescrição, o prazo decadencial (art. 173 do CTN) para constituição do crédito tributário não se sujeita a suspensão, o que obriga a constituição do crédito tributário, por meio do lançamento de ofício, para prevenir a decadência.

Nesse sentido, é o entendimento do Superior Tribunal de Justiça:

PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÕES GENÉRICAS. SÚMULA 284/STF. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. PAGAMENTO ANTECIPADO. PRAZO DECADENCIAL. ART. 150, § 4º, DO CTN. SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE ÓBICE. DECADÊNCIA CONFIGURADA.

(...)

3. A suspensão da exigibilidade do crédito, apesar de impedir o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito. Precedentes: REsp 1129450/SP, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, DJe de 28.2.2011; AgRg no REsp 1183538/RJ, Rel. Min. Benedito Gonçalves, Primeira Turma, DJe de 24.8.2010; REsp 1168226/AL, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, DJe de 25.5.2010.

(REsp 1259346/SE, Rel. Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, SEGUNDA TURMA, julgado em 06/12/2011, DJe 13/12/2011)

TRIBUTÁRIO. EXECUÇÃO FISCAL. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE. CAUSAS SUSPENSIVAS DA EXIGIBILIDADE DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO. LIMINAR EM

MANDADO DE SEGURANÇA. LANÇAMENTO. AUSÊNCIA DE
ÓBICE. DECADÊNCIA.

1. A suspensão da exigibilidade do crédito tributário na via judicial impede o Fisco de praticar qualquer ato contra o contribuinte visando à cobrança de seu crédito, tais como inscrição em dívida, execução e penhora, mas não impossibilita a Fazenda de proceder à regular constituição do crédito tributário para prevenir a decadência do direito. Precedente: EREsp 572.603/PR, Rel. Min. Castro Meira, Primeira Seção, DJ 05/09/2005.
2. O lançamento do ISS referente aos meses de Janeiro a Setembro de 1991 somente ocorreu em 27 de junho de 2001. A liminar conferida em Mandado de Segurança, anteriormente impetrado pelo contribuinte, com a finalidade de ver reconhecida isenção quanto ao tributo não impede a fluência do prazo decadencial, apenas obstando a realização de atos de cobrança posteriores à constituição. Nesse sentido: REsp 1.140.956/SP, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 03/12/2010, julgado nos termos do artigo 543-C do Código de Processo Civil.
3. Recurso especial provido.

(REsp 1129450/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 17/02/2011, DJe 28/02/2011)

Note-se que, nestes casos, o crédito tributário já nasce com a sua exigibilidade suspensa, motivo pelo qual não há o que se falar em imposição de multa decorrência da ausência de pagamento.

Aliás, a situação fática aqui discutida sequer se amolda com a hipótese de incidência prevista no art. 134, inciso IV, do CTM:

Art. 134. Serão punidos com multas:

VI– de 40% (quarenta por cento) do valor do imposto não recolhido:

Como visto, a situação descrita na norma punitiva prevê um comportamento omissivo do contribuinte (ausência de recolhimento) diante de um crédito tributário exigível.

Assim, estando o crédito tributário inexigível (suspensão de exigibilidade) não há o que se falar em ausência de recolhimento, motivo pelo qual a multa punitiva não pode incidir.

Diante do exposto, dou parcial provimento ao Recurso Voluntário para afastar a incidência da multa de ofício aplicada, reformando parcialmente a decisão de Primeira Instância, permanecendo o restante do crédito tributário constituído com a exigibilidade suspensa até o desfecho do processo judicial.

É o voto.

C.A.F., em 06 de dezembro de 2017.

**ANTONIO CARLOS F. DE SOUZA JÚNIOR
RELATOR**

