



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PODER EXECUTIVO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

PROCESSO CONTENCIOSO TRIBUTÁRIO: 567.466/2019

Impugnante: HERR ASSASSORIA E SISTEMAS LTDA ME

Objeto: CANCELAMENTO DO LANÇAMENTO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS – ISS.

DECISÃO

RELATÓRIO

Trata-se de decisão a ser exarada nos autos da impugnação em epígrafe, em que a impugnante opôs-se ao lançamento do Imposto Sobre Serviço – ISS, em face de sua atividade, representado pela Notificação de Lançamento de ISS nº 315193, de 28.08.2019, resultante do Processo de Fiscalização nº 085/20019.

Réplica da autoridade fiscal as fls. 29 a 39, pugnano pela manutenção do lançamento fiscal.

Não há depósito nos autos apto a desonerar o crédito tributário, nos termos dos arts. 152, da Lei Complementar LC 287/2018 e 21, do Dec. 1325/2018.

Analisado os autos, nos termos do art. 144 da LC 287/2018 (Código Tributário de Criciúma), não há diligências necessárias a serem realizadas.

FUNDAMENTAÇÃO

Intenta a impugnante a anulação da Notificação de ISS lançado em face da sua atividade, sob os seguintes argumentos:

- 1) Que a empresa está inscrita no Simples Nacional, portanto, deve ser tributada com a alíquota de 2%, porém a autoridade fiscal em sua ação fiscalizatória aplicou alíquotas de 3,50% a 4,55%;
- 2) Que está em início de atividade e como determina a Lei Complementar nº 123/2006, deve pagar a alíquota mínima (2%), de forma fixa, bem como esta não permite que legislador municipal estabeleça valores variáveis;



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PODER EXECUTIVO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA



3) Valores apurados desproporcionais e irrazoáveis, possuindo caráter de confisco;

4) Não há documentos nos autos que comprovem a prática de dolo, fraude ou simulação e a multa aplicada está em dissonância com o que determina a jurisprudência;

5) *Bis in idem* entre a multa moratória e os juros de mora, bem como indevida a correção monetária imposta sobre a multa aplicada.

Pois bem, passamos a decisão.

A impugnante alega que a exigência de ISS apurada na Ação fiscal nº 085/2019 é indevida eis que utilizou-se de alíquotas acima daquela permitida pela Lei Complementar nº 123/2006, de 2% e fixa, eis que inscrito no Simples Nacional e por ser empresa de pequeno porte, no início de suas atividades.

A impugnante não se insurge quanto ao enquadramento da sua atividade na lista de serviços, qual seja: item 1.01, da lista constante do art. 235, da Lei Complementar nº 287/2018 – Código Tributário Municipal (CTM).

A sua irrisignação diz respeito a alíquota utilizada pela autoridade fiscal, dita acima de 2%.

Por sua vez, a autoridade fiscal esclarece em réplica que a alíquota de 2% refere-se aos anos em que a impugnante não era inscrita no Simples Nacional, ou seja, aplica-se a alíquota prevista na lei municipal e que a alíquota flutuante, que vai de 2% a 5%, refere-se ao período em que a impugnante é inscrita no Simples.

De fato, a impugnante não traz em sua impugnação dispositivo legal que alega ser aplicável a mesma e que este determina a aplicação da alíquota de 2%.

Analisando a Lei Complementar nº 116/2003, as atividades que estão sujeitas a retenção por responsabilidade tributária, prevista no art. 21, § 4º, inc. II, são: 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. Assim, tem razão a autoridade fiscal quando afirma que na atividade da impugnante não opera a retenção, até porque esta sequer impugnou tal fato, sendo que restou apurado na fiscalização que a



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PODER EXECUTIVO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA



própria impugnante não emite notas fiscais com ISS sujeito a retenção na fonte, ou seja, o recolhimento deve ser feito pelo própria impugnante.

Portanto, tal argumento não serve para se considerar que a alíquota deveria ser só de 2%.

A autoridade fiscal afirma que, em sendo optante do Simples Nacional, a alíquota aplicada a impugnante pode ser 2% a 5%, com base na receita bruta acumulada nos 12 (doze) meses anteriores ao do período de apuração. Destaca-se que para os anos de 2015, 2016, 2017 e 2018, a alíquota utilizada foi aquela prevista na LC 123/2006 considerando as suas alterações em mês fiscalizado.

Contudo, para os anos de 2014 e 2019, por não estar a impugnante inscrita no Simples Nacional, a alíquota aplicada foi de 2%.

Assim, cai por terra qualquer discussão em relação a esses anos, no que diz respeito a alíquota utilizada, eis que aplicada àquela entendida como correta pela impugnante.

Vejamos quanto a alíquota aplicada nos anos de 2015 a 2018.

No material denominado "Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN: Normas Gerais e Retenções, ministrado em curso pela Delegação de Prefeituras Municipais, de lavra da Prof^a Juliana Jochade Pereira, outubro/2019, POA/RS, págs. 48/49, encontramos a orientação para a tributação das microempresas optantes do Simples Nacional, vejamos:

A tributação do ISS das empresas optantes pelo Simples Nacional se dá om base na Lei Complementar nº 123/2006. A partir do momento da opção pelo sistema de tributação diferenciado, favorecido e unificado do Simples Nacional, as empresas passam a ser tributadas com base nesta lei e não mais conforme a legislação municipal, conforme se deu com a apuração realizada nos anos de 2015 a 2018.
(...)

O valor devido mensalmente pela Microempresa – ME e Empresa de Pequeno Porte – EPP, optante pelo Simples Nacional, será determinado mediante a aplicação das tabelas dos Anexos I a V da LC



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PODER EXECUTIVO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA



nº 123/2006 (redação dada pela LC nº 155/2016). A base de cálculo, neste caso, será a receita bruta auferida pela empresa. Para efeito da determinação da alíquota, será utilizada a receita bruta acumulada nos últimos 12 meses anteriores ao período de apuração.

10.2 NOVAS ALÍQUOTAS DO SIMPLES NACIONAL

A Lei Complementar nº 155, de 27 de outubro de 2016, recentemente alterou a Lei Complementar nº 123/2006. Dentre as principais alterações destacamos a forma de calcular o valor devido mensal pela ME ou EPP optante do Simples Nacional mediante a aplicação de alíquotas e o enquadramento das atividades nos Anexos da LC nº 123/2006.

Art. 18. O valor devido mensalmente pela microempresa ou empresa de pequeno porte optante pelo Simples Nacional será determinado mediante aplicação das **alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais** constantes das tabelas dos Anexos I a V desta Lei Complementar, sobre a base de cálculo de que trata o § 3º deste artigo, observado o disposto no § 15 do art. 3º.

§ 1º Para efeito de determinação da alíquota nominal, o sujeito passivo utilizará a receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao do período de apuração.

§ 1º A. A alíquota efetiva é o resultado de: $\frac{RBT12 \times Aliq-PD}{RBT 12}$, em que:

I - RBT12: receita bruta acumulada nos doze meses anteriores ao período de apuração;

II - Aliq: alíquota nominal constante dos Anexos I a V desta Lei Complementar;

III - PD: parcela a deduzir constante dos Anexos I a V desta Lei Complementar.

(...)

§ 2º Em caso de início de atividade, os valores de receita bruta acumulada constantes dos Anexos I a V desta Lei Complementar devem ser proporcionalizados ao número de meses de atividade no período.

Sendo assim, o valor devido mensalmente por empresas optantes pelo Simples Nacional, será determinado mediante a aplicação das alíquotas efetivas, calculadas a partir das alíquotas nominais, constantes dos Anexos I a V da LC nº 123/2006.

(...)



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PODER EXECUTIVO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA



Assim, constata-se claramente correta a conduta da autoridade fiscal, quando a afirma que no presente caso a alíquota aplicável no presente caso não será fixa de 2%.

Ocorre que quando a impugnante declarou a sua receita bruta, as alíquotas aplicadas pelo mesmo foram de 2%, também para esses anos (2015 a 2018) quando na verdade estas deveria ter sido estabelecidas na forma do art. 18, acima colacionado. Como amostra, constata-se a exemplificação apresentada pela autoridade fiscal quanto ao ano de 2017, em que prevaleceu uma alíquota de 3,84% e 3,50%, em conformidade com a receita bruta apresentada.

Assim, conforme visto, não houve nenhum arbitramento de valores! Portanto, não há nenhum valor desproporcional ou irrazoável, eis que a autoridade fiscal apenas seguiu a forma de apuração da alíquota prevista na lei complementar.

Quanto a alegação de fraude e redução da multa de 100%, defende a autoridade fiscal que não houve lançamentos fiscais para o ano de 2014, motivo pelo qual não se aplica ao presente caso o exposto no art. 150, § 4º do CTN:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

(...)

§ 4º Se a lei não fixar prazo a homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

Contudo, ressalta que devido ao fato da impugnante ter recolhido a menor, omitindo-se com relação ao restante do valor, devido é a aplicação do art. 78, inc. III do CTM, vejamos:

Art. 78 A falta de pagamento no prazo legal de tributo municipal, bem como de débitos de qualquer natureza para com a Fazenda Municipal,



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PODER EXECUTIVO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

sujeitará o contribuinte à multa de mora, a ser calculada sobre o valor do débito corrigido monetariamente:

I - de 0,083% (zero vírgula zero oitenta e três por cento) ao dia, até atingir o limite de 15%, quando recolhido espontaneamente ou decorrente de notificação de decisão administrativa;

II - de 3% (três por cento) ao mês, até atingir o limite de 30%, quando se referir a débitos lançados através de notificação fiscal, proveniente de evasão fiscal;

III - de 100% (cem por cento) quando se referir a débitos lançados através de notificação fiscal, proveniente de fraude e/ou omissão que visem à sonegação de tributos.

Como fundamento para tal manutenção, aduziu a autoridade fiscal:

“A conduta da empresa de consistentemente e reiteradamente declarar valores inferiores no sistema do Simples Nacional do que o valor de notas fiscais emitidas configura hipótese clara de omissão que visa sonegação de tributos. Na tabela da página 7, podemos ver que a partir do mês de março de 2016 a empresa passou a sempre declarar valores inferiores no sistema do Simples Nacional do que o montante emitido nas notas fiscais eletrônicas.

Indo além, percebemos que era declarado, em média, apenas 50% do valor emitido de notas fiscais. Como essa conduta foi praticada durante anos, bem como o fato de que até certo período a declaração era feita corretamente, fica evidente o comportamento doloso nessas declarações, com o intuito de sonegar parte da receita auferida. Não fica de forma alguma exposta, conforme afirmado no último parágrafo dessa seção pela impugnante, a ‘boa fé da contribuinte’” (fls. 34).

A planilha apresentada na réplica pela autoridade fiscal, as fls. 35, demonstram claramente os fatos apurados.

Não se aplicou no presente caso, por exemplo, a multa prevista no inciso II, de até 30% em caso de evasão fiscal, pois no presente caso, além da impugnante não ter utilizado a alíquota na forma determina pelo art. 18 da LC nº 123/2006, ainda sonegou informações em relação a base para o cálculo do tributo devido, ou seja informou apenas



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PODER EXECUTIVO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA



50% dos valores brutos de cada mês, o que de fato trata-se de uma conduta grave e como tal resta conforme a penalidade aplicada.

Importante destacar, em relação a alegação de confisco, que a multa punitiva somente será considerada desproporcional ou irrazoável se a mesma for acima de 100%, o que não se afigura no presente caso, vejamos:

Apelações Cíveis – Embargos à Execução - ICMS – Substituição tributária – Creditamento - Contra r. sentença que JULGOU PARCIALMENTE PROCEDENTES os embargos à execução, para o fim de: (i) determinar o recálculo do débito, com a redução da multa imposta no item II do auto de infração, fundada no art. 527, inciso I, alínea I, do RIMCS, de 150% para 100% sobre o valor do imposto devido e (ii) determinar a retificação do termo inicial de cômputo dos juros de mora para o dia 21 do mês subsequente ao da apuração de cada fato gerador – Pretensão da empresa apelante de total procedência da ação ou de nulidade da sentença – Pretensão do Estado de permanência da multa punitiva da 150% sobre o valor do débito, bem como o reconhecimento de correção do termo inicial dos juros de mora aplicados – Descabimento de ambos os apelos – Decisão escorreita – CDA que atende aos requisitos do artigo 202, do Código Tributário Nacional – Multa punitiva que não pode se caracterizar como confiscatória, acima de 100% do valor de crédito tributário, conforme entendimento do Supremo Tribunal Federal – Perícia contábil e demais provas nos autos a desautorizar a reforma da sentença – Empresa que não comprovou devidamente o acerto do valor do creditamento – Recursos desprovidos

(TJ-SP - AC: 80005757320138260014 SP 8000575-73.2013.8.26.0014, Relator: Eduardo Gouvêa, Data de Julgamento: 16/09/2019, 7ª Câmara de Direito Público, Data de Publicação: 17/09/2019)

Ademais, conforme se constata-se da Notificação nº 315193, fls. 26, a multa somente foi aplicada sobre o valor da multa corrigido monetariamente (R\$ 85.102,40 + R\$ 5.330,43 = R\$ 90.432,83), e não sobre os juros de mora, motivo pelo qual não se configura efeito de confisco.

Por fim, em relação aos demais encargos exigidos sobre o valor devido, correção monetária e juros de multa, estes são previstos no CTM, nos arts. 76 e 77, conforme bem dito e colacionado pela autoridade fiscal, sendo que o primeiro serve para a



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PODER EXECUTIVO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA



recomposição do valor, não deixando que este defase em face da inflação e o segundo trata-se de penalidade pelo atraso no pagamento do débito tributário, ou seja, ambos possuem natureza jurídica diversa. Os juros de mora, conforme determinado pelo artigo citado, deve, pelo teto de lei, incidir sobre o valor corrigido, igualmente a multa tem esta determinação (art. 78).

Neste sentido é a jurisprudência de nossos tribunais:

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. JUROS DE MORA. TERMO INICIAL. COBRANÇA CUMULADA DE MULTA, CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS. POSSIBILIDADE. DEPÓSITO JUDICIAL DO DÉBITO. INCIDÊNCIA DE CORREÇÃO MONETÁRIA E JUROS DE MORA ATÉ O LEVANTAMENTO DA QUANTIA. **1. O termo inicial dos juros de mora e da correção monetária é assente no sentido de que tais consectários legais devam incidir sempre a partir do vencimento da dívida. 2. A cobrança simultânea da correção monetária, juros e multa, em executivos fiscais, além de autorizada pelo referido § 2º, do art. 2º da LEF, encontra-se albergada pela jurisprudência, tendo em vista que os dois institutos possuem natureza diversa (artigo 161 do CTN).** 3. O depósito do valor não corresponde ao pagamento, mas simples garantia do Juízo. Certo é, portanto, que o depósito do quantum exequendo para garantia do juízo, não exonera a executada de arcar com as diferenças referentes à correção monetária e aos juros moratórios posteriormente incidentes, pois, o depósito judicial não possui força liberatória enquanto a importância depositada não se tornar disponível ao credor.

(TJ-RO - APL: 00110663620108220002 RO 0011066-36.2010.822.0002, Relator: Desembargador Gilberto Barbosa, Data de Julgamento: 24/09/2013, 2ª Câmara Especial, Data de Publicação: Processo publicado no Diário Oficial em 03/10/2013.)

Trata-se a decisão acima do ano de 2013, portanto, não recente, eis que tal discussão não mais se faz nos tribunais, salvo, em relação a acumulação de outros índices de correção, tal como TR, IPCA, dentre outros, o que não é o caso dos presentes autos, não sendo necessário tecer maiores considerações.

Ademais, conforme bem dito pela autoridade fiscal, tratam-se de encargos previstos em normativo legal e como tal não pode deixar de aplicá-los.



MUNICÍPIO DE CRICIÚMA
PODER EXECUTIVO
AUTORIDADE JULGADORA DE PRIMEIRA INSTÂNCIA



DECISÃO

Assim, diante de todo o exposto, decido pela **improcedência da impugnação** oposta, mantendo hígido o lançamento de ISS, representado pela Notificação de ISS nº 315193/2019, decorrente do processo de fiscalização nº 085, constante dos presentes autos.

Notifique-se A impugnante do resultado desta decisão.

Após, escoado o prazo legal, disposto acima, sem manifestação da impugnante, archive-se os presentes autos.

Criciúma - SC, 04 de novembro de 2019.

Patrícia Tatiana Schmidt

Autoridade Julgadora de Primeira Instância
Procuradora do Município
OAB/SC 15.034 - Matr. 55.242