



Comarca de Bento Gonçalves
Regime de Exceção - Fazenda Pública
Av. Presidente Costa e Silva, 315

Processo nº: 005/1.18.0007733-1 (CNJ:.0015482-84.2018.8.21.0005)
Natureza: Embargos à Execução
Embargante: Hotel Dall Onder Ltda
Embargado: Município de Bento Gonçalves
Juiz Prolator: Juíza de Direito - Dra. Carina Paula Chini Falcão
Data: 10/03/2020

Vistos.

HOTEL DALL ONDER LTDA opôs embargos à execução promovida pelo MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES, ambos já qualificados nos autos. Alegou a ilicitude do auto de lançamento, pois foi exigido o “desagrupamento” de receitas a partir de novembro de 2015, quando o próprio sistema do embargado conta com tais informações, e porque os serviços de hospedagem, alimentação, gorjetas e outros integram o mesmo serviço, sofrendo a mesma tributação de ISS. Referiu que, embora tenha havido mudança no registro contábil das receitas, não houve “ferimento” à legislação pertinente. Alegou a abusividade da multa por descumprimento de obrigação acessória. Foi desconsiderada a queda das receitas com hóspedes no ano de 2016, bem como os adiantamentos de hospedagem por clientes, que somente vão gerar receita no ano seguinte. Alegou a ausência de previsão legal para a separação de rubricas de receitas. Aduziu o grande volume



de informações contábeis e que não pode ser prejudicada pela falta de estrutura da fiscalização para analisá-las. Impugnou a metodologia de arbitramento, não sendo cabível a majoração da base de cálculo em 16,97%. Invocou o disposto no art. 314 da LCM 183/13. Afirmou que o auto de lançamento tem caráter subjetivo e está baseado em suposições do auditor fiscal. Postulou a concessão de efeito suspensivo. Pediu a procedência dos embargos para invalidar a cobrança oriunda do auto de lançamento de ISS nº 3505. Juntou documentos.

Recebidos os embargos e atribuído efeito suspensivo à execução fiscal (f.435).

O embargado apresentou impugnação às fls. 436/439, oportunidade em que asseverou que o agrupamento de diversos serviços em uma única rubrica ofende a Lei Municipal 7131/2010, que trata da nota fiscal eletrônica o que justificou o lançamento por arbitramento. Frisou que é do contribuinte o ônus de comprovar o equívoco em e relação ao valor atribuído. Requereu a improcedência da ação incidental. Juntou documentos.

Réplica às fls. 422 e ss.

Instadas as partes acerca do interesse na produção de provas (f.465), as partes não pediram a produção de outras provas (fls. 466 e 468).

Convertido o julgamento em diligência, a fim de que o embargante juntasse cópias legíveis dos documentos das fls.



91,914/95,100 e 102 (fl. 469).

Juntados os documentos (fls. 473/477), foi o embargado intimado, manifestando ciência (fl.478-v).

Vieram conclusos para decisão.

Relatado.

DECIDO.

E, de imediato, adianto às partes que não assiste razão ao embargante.

A irresignação da embargante com o auto de lançamento objeto da execução fiscal diz respeito ao arbitramento de ISS por serviços de hospedagem, que desencadeou a cobrança do valor de R\$ 97.460,56, conforme auto de lançamento nº 3505.

Argumenta a embargante, em síntese, que é do ente fiscal a obrigação de aferir o imposto, que inexiste previsão legal para o “desagrupamento” de receitas de serviços, que a majoração da base de cálculo era aleatória, que o auto de lançamento está eivado de suposições, que não foi considerado a queda de receitas, e que não é possível arbitrar o valor das diárias com base em outros estabelecimentos (“terceiros”).

De pronto, insta salientar que o aludido “desagrupamento” de serviços na escrita contábil para fins de apuração de ISS efetivamente tem previsão legal, ao contrário do afirmado pelo embargado. Tal previsão diz respeito à lista anexa de serviços da LC 116/03 e da LCM 183/13, que preveem diversos



subitens passíveis de aferição para cálculo do imposto. Da mesma forma, o art. 7º, § 2º, do Decreto Municipal 7131/2010, que exige a emissão de nota fiscal para cada item ou subitem em separado.

No caso, o próprio embargado admite ter “agrupado” tais subitens em uma única rubrica, com a finalidade de “adequar” a sua escrita contábil.

Contudo, esse procedimento não encontra amparo na legislação federal e municipal aplicável ao ISS, e, somado ao fato de a apuração do valor devido depender da apuração de uma vasta quantidade de documentos, restou legitimado o arbitramento do tributo devido.

Quanto ao arbitramento da base de cálculo do imposto em 16,97%, tal percentual não é aleatório ou subjetivo, como se afirma na inicial.

Conforme se verifica das fls.202/207 (decisão que indeferiu o recurso administrativo), essa base foi arbitrada considerando a média de recolhimento de outros estabelecimentos similares, cujos dados estavam em seu sistema de arrecadação de tributos, sendo plausível a justificativa do auditor-fiscal, no sentido de os nomes desses estabelecimentos não foram informados, para preservar a concorrência e o sigilo fiscal.

Não obstante, o processo administrativo apontou irregularidades no que se refere à proporcionalidade entre a taxa mensal de ocupação e a diária média cobrada.



Exemplificativamente (fl. 204), nos meses de julho e agosto de 2016, houve uma expressiva ocupação, mas com um decréscimo desproporcional do valor da diária, contrariando assim a expectativa de que o valor médio da tarifa aumentasse.

Embora o embargado faça alusão a despesas de energia elétrica, destacando ainda o seu “modus operandi”, no sentido de prestar um serviço diferenciado a seus clientes, tal alegação apresenta um viés antieconômico, pois, conforme informações prestadas pelo próprio embargado, foram cobradas diárias muito baixas se considerada toda a gama de serviços oferecidos.

Conquanto seja correta a assertiva do embargado, de que incumbe ao fisco a tarefa de apurar o valor a ser pago pelo contribuinte, também não se pode perder de vista que o CTN prevê uma obrigação assessória de colaboração (art. 113, §2º), no sentido de fornecer os elementos para apuração do tributo.

No caso, restou demonstrado que foram fornecidos dados fiscais incongruentes, sendo o valor do imposto apurado conforme os dados que lhe foram repassados, não havendo que se falar em subjetivismo.

Vale dizer, o fato de o embargante não concordar com o valor apurado, não significa que a cobrança esteja destituída de suporte fático, ou que ele seja desarrazoado ou aleatório.

Por fim, destaco que milita em favor do embargado



presunção de veracidade no que tange ao arbitramento do tributo, impondo-se ao embargante o ônus de desconstituí-la.

Nesse sentido:

APELAÇÃO. DIREITO TRIBUTÁRIO. EMBARGOS À EXECUÇÃO FISCAL. ISS. SERVIÇOS BANCÁRIOS. CARÁTER CONFISCATÓRIO DA MULTA. INOVAÇÃO RECURSAL. NÃO CONHECIMENTO. A inovação da tese defensiva em recurso é vedada porque ofende as garantias do devido processo legal e do duplo grau de jurisdição. Caso em que a alegação de que a multa aplicada viola o princípio do não confisco constitui argumento novo, ensejando verdadeira inovação recursal. Recurso não conhecido no ponto. LISTA ANEXA AO DECRETO-LEI N. 406/68. TAXATIVIDADE. POSSIBILIDADE DE INTERPRETAÇÃO EXTENSIVA DE CADA ITEM. A reconhecida taxatividade da Lista Anexa ao Decreto-lei n. 406/68 não impede que se proceda à interpretação extensiva de cada um de seus itens, a fim de reconhecer a incidência de ISS aos serviços congêneres àqueles expressamente previstos. Súmula 424/STJ: "é legítima a incidência de ISS sobre os serviços bancários congêneres da lista anexa ao DL n. 406/1968 e à LC n. 56/1987." REsp 1111234/PR representativo da controvérsia. Precedentes do TJRS. PRESUNÇÃO DE LEGITIMIDADE DO LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. ÔNUS DA PROVA DO EMBARGANTE. O embargante é o responsável por trazer ao processo provas que demonstrem não ser adequado o arbitramento efetuado pelo Fisco, o qual goza de presunção de certeza e liquidez. Caso dos autos em que o embargante não se desincumbiu do seu ônus probatório. CERTIDÃO DE DÍVIDA ATIVA. NULIDADE. INOCORRÊNCIA. JUIZO DE IMPROCEDÊNCIA DOS EMBARGOS



MANTIDO. Não é nula a CDA que preenche os requisitos do art. 202 do CTN, discriminando corretamente o valor relativo ao tributo, seus acréscimos, dispositivos legais incidentes e a data de constituição do crédito. CDA com valores corretamente discriminados, permitindo a ampla defesa. Nenhuma nulidade deve ser decretada por mero formalismo. Ausência de prejuízo ao direito de defesa do contribuinte. Juízo de improcedência dos embargos que se impunha. RECURSO PARCIALMENTE CONHECIDO E, NESTA EXTENSÃO, DESPROVIDO. UNÂNIME.(Apelação Cível, Nº 70075900282, Vigésima Segunda Câmara Cível, Tribunal de Justiça do RS, Relator: Denise Oliveira Cezar, Julgado em: 25-01-2018)

O embargante, por sua vez, não se desincumbiu do ônus de afastar essa presunção, pois, embora tenha juntado farta documentação (notas fiscais), não há o devido concatenamento dela com suas alegações, de modo a conduzir à conclusão lógica de que a apuração foi equivocada.

ISSO POSTO, com amparo no art. 487, I, do CPC, **julgo IMPROCEDENTE** os embargos à execução promovidos por **HOTEL DALL ONDER LTDA** contra o **MUNICÍPIO DE BENTO GONÇALVES**.

Condeno o embargante ao pagamento das custas processuais e honorários de advogado em 10% do valor atualizado da causa, forte no que dispõe o art. 85, § 2º, do NCPC.

Com o trânsito, desapense-se os autos da execução com traslado de cópia da presente decisão, intimando-se o



exequente, naqueles autos, para dar andamento ao feito, em 05 dias, adequando o cálculo ao ora determinado, sob pena de arquivamento.

Após, archive-se com baixa.

Publique-se. Registre-se. Intimem-se.

Bento Gonçalves, 10 de março de 2020.

Carina Paula Chini Falcão,
Juíza de Direito