



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTE

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

TIAF 1587/2017

Processo Administrativo Tributário nº 115/2017

Termo circunstanciado nº 3544/2017

Auto de Infração/lançamento/notificação 5924/2019

Auto de Infração com imposição de Multa nº 5945/2019

PUBLICADO NO D.O.M.

EDIÇÃO DO DIA

06/10/2020

Recorrente: REFEIÇÕES NATURA LTDA

Recorrido: Município de Ponta Grossa – PR

Relator: Peter Emanuel Pinto

EMENTA

ISSQN. COMPROVAÇÃO DA RETENÇÃO PELO TOMADOR. RECIBO DE RETENÇÃO EMITIDO PELO TOMADOR. CONTRATOS DE MÚTUO. COMPROVAÇÃO DO MÚTUO. ARBITRAMENTO DE VALORES EM LANÇAMENTO DE OFÍCIO.

1. Para os tributos que são lançados por homologação, quando o sujeito passivo declara e não recolhe ou recolhe parcialmente o valor que deveria ser pago antecipadamente, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150, §4º, do CTN, em que a Fazenda Pública teria o prazo de cinco anos para homologar o pagamento antecipado que não existiu ou o parcial. Assim, o prazo decadencial previsto no art. 150, §4º, do CTN teria sua aplicação para os casos em que houve o lançamento pelo sujeito passivo, mas não houve o pagamento antecipado integral ou parcial do tributo. Nesta situação, a Fazenda simplesmente reclamaria o valor integral ou parcial não recolhido, mas já declarado pelo sujeito passivo.
2. Em outra situação, a de que o sujeito passivo não teria realizado o lançamento por homologação, ou seja, constituído o crédito tributário perante o Fisco, aplicar-se-ia a obrigatoriedade da Fazenda de constituir esse crédito através do lançamento de ofício, nos termos do art. 149, do CTN, face a ausência do lançamento por homologação que deveria ter sido realizado pelo sujeito passivo. Para esta situação, aplica-se o art. 173 do CTN, pois não há crédito tributário constituído e, muito menos, pagamento antecipado a ser homologado. Portanto, discute-se a constituição do crédito tributário que não foi realizada pelo contribuinte e que deverá ser feita pela fazenda pública de ofício.
3. Itens 17.11 da LC 116/2003 e 17.10 da Lei 7.500/2004 – organização de festas e recepções; bufê (exceto o fornecimento de alimentação e bebidas, que fica sujeito ao ICMS);
4. A CRFB/1988 limita a competência das autoridades tributantes, referente ao ISSQN e ICMS, estabelecendo que os campos materiais do ISSQN deverão estar definidos em sua lista de serviços, enquanto o ICMS incidirá sobre operações de circulação de mercadorias com serviços não compreendidos na lista do imposto municipal.
5. O significado do termo bufê, trazido nos itens 17.11 e 17.10, quando atrelado à realização de eventos, festas e recepções, compõe o campo material do ISSQN. Por outro lado, quando atrelado ao fornecimento de bebidas e alimentação já estaria no campo material do ICMS.
6. O fornecimento de alimentação e bebidas por restaurante, em estabelecimento da empresa contratante, quando não se tratar de evento, festas ou recepção, é campo material do ICMS, afastando-se a competência do Município na cobrança do ISSQN;
7. Ao servir alimentos e bebidas em estabelecimento de empresas contratantes, sem se caracterizar a realização de evento, festa ou recepção, a recorrente executa a atividade de um estabelecimento similar a um restaurante. Isso faz com que sua atividade seja hipótese de incidência do ICMS, em detrimento do ISSQN.
8. Recurso voluntário julgado procedente.

4


Peter Emanuel Pinto
Advogado e Professor
OAB/PR 51.541



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

1 RELATÓRIO

Trata-se de recurso voluntário interposto pelo contribuinte em 04.12.2019 (processo 3380153/2019), após ser intimado da r. decisão administrativa em 05.11.2019, em que busca a extinção de crédito tributário do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), referente ao período de 2013 a 2016, no valor de R\$ 149.225,83 (fls. 02/19 – processo 3380153/2019).


Em suas alegações, defendeu preliminarmente a inexigibilidade de depósito recursal para a garantia de propositura de Recurso Voluntário a este i. Conselho de Contribuintes Municipal, nos termos da Súmula Vinculante nº 21 do STF.

Nas razões de reforma da r. decisão administrativa singular, apresentou tese no sentido de que inexistente relação jurídica tributária entre a recorrente e o Município de Ponta Grossa, quanto a realização de fatos geradores do ISSQN. Narra que a empresa foi contratada para assumir o restaurante de sua contratante, para fornecer refeições a seus empregados. Que esta atividade não se enquadraria no item 17.11 da LC 116/2003 e do item 17.10 da Lei Municipal 7.500/2004, pois em momento algum prestou serviços de Buffet na forma como classifica esses dispositivos.

Destaca que *“em momento algum os contratos preveem a prestação de serviços de coordenação de festas ou recepções, com a responsabilidade de organizar o local do evento, preparar a decoração, os enfeites de mesa e do salão, oferecer mobiliário, alocar pessoal de segurança, de cozinha, de atendimento e de manobrista. A atividade fim dos contratos firmados pela autuada é apenas o de fornecimento de refeições e bebidas, que em nada se confunde com o serviço de bufê”* (petição do recurso de folhas 06).

Também argumenta que a atividade exercida é de fornecimento de refeições e bebidas aos empregados das empresas que a contratam, o que caracterizaria fato gerador do Imposto Sobre Operações de Circulação de Mercadorias (ICMS), de competência do Estado do Paraná.

2


Peter Emanuel Pinto
Advogado e Professor
OAB/PR 51.541



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

Defende que com a incidência do ISSQN sobre situação que constitui fato gerador do ICMS haveria flagrante ocorrência de BITRIBUTAÇÃO, o que seria vedado pela Constituição Federal/88.

Em outro ponto, acusa que os autos de infração seriam nulos por ultrapassar o prazo de fiscalização tributária. Que o Fisco municipal teria ultrapassado o prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contatos a partir da intimação do recorrente sobre o TIAF, em 23.02.2017. Que o Município teria levado mais de um ano para concluir sua fiscalização.

Por último, fundamenta a nulidade da multa aplicada, em razão de que sendo a situação fato gerador do ICMS, não existiria suporte legal para sustentar a incidência da penalidade na seara do ISSQN. Em mesmo sentido, busca o reconhecimento da inconstitucionalidade da multa por afronta ao princípio do direito à propriedade privada e do não-confisco.

Já em suas contrarrazões (fls. 20/21 - processo 3380153/2019), o Fisco Municipal pediu a improcedência de todos os argumentos traçados pelo recorrente e a manutenção dos autos de infração por seus próprios termos.

É o relatório, passa-se a proferir o Voto.

3

Peter Emanuel Pinto
Advogado e Professor
OAB/PR 51.541



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUENTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

VOTO DO RELATOR

1. REQUISITOS DE ADMISSIBILIDADE DO RECURSO

O artigo 34 do Decreto 15.538/2019, estabelece que o recurso voluntário será interposto ao Conselho de Contribuintes no prazo de 30 (trinta) dias contados da ciência da decisão. No caso dos autos, o contribuinte foi intimado da r. decisão administrativa em 05.11.2019 e o recurso voluntário interposto em 04.12.2019 (processo 3380153/2019), sendo, portanto, tempestivo.

O artigo 48, do Decreto 15.538/2019, ensina que o sujeito passivo poderá interpor o recurso por si, por seu representante legal ou por procurador. No caso dos autos, referente a legitimidade da parte, houve a interposição de recurso pelo próprio sujeito passivo, sendo ele pessoa jurídica dotada de capacidade para figurar no polo passivo desta ação e de capacidade tributária passiva, nos termos do art. 126, inciso II e III do CTN. Portanto, a parte recorrente possui legitimidade para o presente recurso.

Também, o artigo 15, da Lei 13.105/2018 (Lei que institui o Conselho de Contribuintes do Município de Ponta Grossa – CCMPG) estabelece que o recurso deverá conter a qualificação do contribuinte, os fundamentos de fato, de direito e o pedido de nova decisão. Verifica-se nos autos que o recurso preenche tais requisitos, com a identificação da parte, os fundamentos de fato, de direito e o pedido para nova decisão.

Por último, o recurso apresenta de forma organizada a identificação das partes, a fundamentação legal, o endereço para notificações, a descrição dos fatos e os pedidos, não existindo qualquer ponto que o desabone formalmente.

Portanto, o recurso satisfaz seus requisitos de admissibilidade.

4

Peter Emanuel Pinto
Advogado e Professor
OAB/PR 51.541



2. DA DECADÊNCIA – MATÉRIA QUE PODE SER JULGADA DE OFÍCIO

Sobre a decadência do direito da Fazenda Pública constituir o crédito tributário, o Superior Tribunal de Justiça fixou o entendimento de que:

A decadência do direito de constituir o crédito tributário é regida pelo art. 150, § 4º, do CTN, quando se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação e o contribuinte realiza o respectivo pagamento parcial antecipado, sem que se constate a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. À luz do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, ele não ocorre, inexistindo declaração prévia do débito¹.

Do excerto acima pode-se extrair que para os tributos que são lançados por homologação, quando o sujeito passivo declara e não recolhe ou recolhe parcialmente o valor que deveria ser pago antecipadamente, aplica-se o prazo decadencial previsto no art. 150, §4º, do CTN, em que a Fazenda Pública teria o prazo de cinco anos para homologar o pagamento antecipado que não existiu ou o parcial. Assim, o prazo decadencial previsto no art. 150, §4º, do CTN teria sua aplicação para os casos em que houve o lançamento pelo sujeito passivo, mas não houve o pagamento antecipado integral ou parcial do tributo. Nesta situação, a Fazenda simplesmente reclamaria o valor integral ou parcial não recolhido, mas já declarado pelo sujeito passivo.

¹ PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. PEDIDO DE EFEITO SUSPENSIVO FORMULADO NAS RAZÕES DO RECURSO ESPECIAL. NÃO CONHECIMENTO. OFENSA AO ART. 535 DO CPC/1973 NÃO CONFIGURADA. DECADÊNCIA. ISS. TRIBUTO SUJEITO A LANÇAMENTO POR HOMOLOGAÇÃO. AUSÊNCIA DE PAGAMENTO ANTECIPADO. ALEGAÇÃO EM SENTIDO CONTRÁRIO. NECESSIDADE DE REEXAME DE FATOS E PROVAS. INCIDÊNCIA DA SÚMULA 7/STJ. EXCEÇÃO DE PRÉ-EXECUTIVIDADE.

NECESSIDADE DE DILAÇÃO PROBATÓRIA. REFORMA DESSA CONCLUSÃO. SÚMULA 7/STJ.

1. Não cabe apreciação, pelo STJ, do pedido de efeito suspensivo a Recurso Especial feito nas próprias razões do recurso. A Ação Cautelar é o meio adequado para requerer efeito suspensivo da decisão impugnada. 2. A solução integral da controvérsia, com fundamento suficiente, não caracteriza ofensa ao art. 535 do CPC/1973.

3. A decadência do direito de constituir o crédito tributário é regida pelo art. 150, § 4º, do CTN, quando se trata de tributo sujeito a lançamento por homologação e o contribuinte realiza o respectivo pagamento parcial antecipado, sem que se constate a ocorrência de dolo, fraude ou simulação. À luz do art. 173, I, do CTN, o prazo decadencial tem início no primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento de ofício poderia ter sido realizado, nos casos em que a lei não prevê o pagamento antecipado da exação ou quando, a despeito da previsão legal, ele não ocorre, inexistindo declaração prévia do débito. 4. O Tribunal de origem se pronunciou nos seguintes moldes acerca da decadência: "Assim, temos que: a) o lançamento do tributo foi efetivado em dezembro de 2002;

b) houve recolhimentos parciais de ISS no período, fato que seria determinante da aplicação do disposto no artigo 150, § 4º, do CTN. Contudo, não é o que ocorre no caso pois, além dos recolhimentos terem sido efetuados somente nos meses de fevereiro, junho e novembro de 1997 e em janeiro de 1998, a própria agravante afirma que estes, embora recolhidos sob o mesmo código de receita em que lançados os tributos ora cobrados, se referem a cobrança de entrada obrigatória em eventos específicos, possuindo fato gerador diverso daquele apurado pela Municipalidade e objeto da execução fiscal, nada tendo a ver com o ISS gerado pela exigência de consumação mínima pelo estabelecimento (fl.23). Daí se conclui que trata a espécie de ISS não recolhido, o que atrai a aplicação do artigo 173, inciso I, do CTN, ao contrário do pretendido pela agravante" (fls. 1.265-1.266, e-STJ). Decidir de forma contrária ao que ficou expressamente consignado no v. acórdão recorrido implica revolvimento do conjunto fático-probatório dos autos, o que é vedado pela Súmula 7 do STJ. 5. O Tribunal a quo dirimiu a controvérsia em perfeita sintonia com a orientação deste Superior Tribunal, no julgamento do REsp 1.104.900/ES, afetado à sistemática do art. 543-C do CPC (recursos repetitivos), de que a Exceção de Pré-Executividade se mostra inadequada se o incidente envolve questão que necessita de dilação probatória. Súmula 393/STJ.

6. Recurso Especial não conhecido. (REsp 1657349/SP, Rel. Ministro HERMAN BENJAMIN, SEGUNDA TURMA, julgado em 18/04/2017, DJe 02/05/2017)

5

Peter Emanuel Pinto
Advogado e Professor
OAB/PR 51.541



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

Em outra situação, a de que o sujeito passivo não teria realizado o lançamento por homologação, ou seja, constituído o crédito tributário perante o Fisco, aplicar-se-ia a obrigatoriedade da Fazenda de constituir esse crédito através do lançamento de ofício, nos termos do art. 149, do CTN, face a ausência do lançamento por homologação que deveria ter sido realizado pelo sujeito passivo. Para esta situação, aplica-se o art. 173 do CTN, pois não há crédito tributário constituído e, muito menos, pagamento antecipado a ser homologado. Portanto, discute-se a constituição do crédito tributário que não foi realizada pelo contribuinte e que deverá ser feita pela fazenda pública de ofício.

No caso dos autos, vislumbra-se que o crédito tributário decorrente do não pagamento do ISSQN não foi em tese devidamente constituído pelo sujeito passivo perante o Fisco Municipal, pois aquele entendia que sua atividade era campo material do ICMS e não do imposto municipal. Desta forma, a Fazenda Municipal teve que lançar seu crédito através do lançamento de ofício. Esta sequencia de fatos atrai a contagem do prazo decadencial pela sistemática do art. 173, inciso I, do CTN.

O art. 173 do CTN estabelece que o direito da Fazenda de constituir o crédito tributário decai após 5 (cinco) anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele que o lançamento poderia ter sido efetuado.

No caso dos autos, o crédito tributário referente ao ano-calendário de 2013, crédito mais antigo, teve o início do prazo decadencial em 01.01.2014, primeiro dia do exercício seguinte àquele em que deveria ter sido lançado. Após cinco anos, o prazo decadencial se esgotaria em 01.01.2019.

Levando-se em consideração esse prazo, tem-se que a notificação preliminar do contribuinte, referente ao lançamento de ofício para o crédito tributário, que tem como objeto o tributo, ocorreu em 11.04.2018 com a NOTIFICAÇÃO PRELIMINAR DE LANÇAMENTO DE TRIBUTOS nº 2545/2018 (fls. 101), não sendo o caso de ocorrência do prazo decadencial para o ano calendário de 2013 e, por conseguinte, para os demais anos calendários.



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

Em outro lado, a notificação do contribuinte, referente ao lançamento de ofício para o crédito tributário que tem como objeto a penalidade (multa), ocorreu somente com o Auto de Infração nº 5945/2019, na data de 07/06/2019 (fls. 332). Diante deste cenário, a constituição do crédito tributário referente a multa, para o ano calendário de 2013 estaria eivado de decadência (01.01.2014 a 01.01.2019).

Para os outros anos calendários a partir de 2014 (01.01.2015 a 01.01.2020), a penalidade não teria sofrido a incidência do prazo decadencial.

Portanto, a multa aplicada pelo não recolhimento do tributo para o ano calendário de 2013 foi fulminada pela decadência.

3. DA INEXISTÊNCIA DE RELAÇÃO JURÍDICO-TRIBUTÁRIA ENTRE SUJEITO PASSIVO E O MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA – FATO GERADOR QUE DÁ NASCIMENTO À OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA DO ICMS – COMPETÊNCIA DO ESTADO DO PARANÁ

Narra a recorrente que foi autuada pelo Município de Ponta Grossa, pelo fato descrito em Termo Circunstanciado nº 3544/2017 (fls. 89/100), o qual constou:

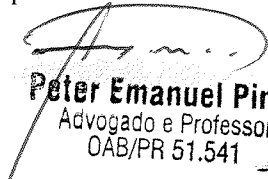
A atividade da empresa está prevista no item 17.10 da lista de serviços anexa a Lei 7.500/2004, com alíquota de 3% (Prestação de serviços de Bufê).

A empresa possui AIDF, para notas fiscais de prestação de serviços da sequência do nº 01 a 4.250, porém foi verificado junto à Gráfica que a sequência do nº 3501 a 3750 não foi confeccionada devido a ter sido autorizada duas AIDF no mesmo mês, onde foi cancelada uma e por esta razão houve um salto na numeração.

Foi constatada que a atividade da empresa é prestação de serviço de Bufê, porém destaca dois tipos de notas para mesma atividade.

Foram analisadas as notas fiscais de prestação de serviços modelo F-1, onde informa somente parte dos serviços prestados, gerando guia para recolhimento, as quais somente estão quitadas do período de Junho de 2012 até julho de 2015.

Notificamos os tomadores de serviços para apresentar os contratos e relação de pagamentos, onde constatou-se que o contribuinte emite nota de venda de mercadoria, sendo que o correto seria a prestação de serviço, haja vista que se trata de obrigação de fazer, ainda, sobre encomenda específica para a referida empresa, onde os insumos fazem parte do custo do serviço, sendo que a atividade fim é a prestação do serviço. Também, observa-se que a empresa destaca notas F-1


Peter Emanuel Pinto
Advogado e Professor
OAB/PR 51.541



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

para Curitiba e venda (DANFE) em P. Grossa, podendo configurar uma simulação fiscal, haja vista que sonega informação para ambas as cidades.

Após concluída a apuração das receitas do período e os valores devidos ao recolhimento do ISS, através das notas fiscais, livros, e das informações obtidas através dos tomadores dos serviços BUNGE ALIMENTOS AS, SGS AGRICULTURA E INDUSTRIA LTDA e ITALFOR MÁQUINAS AGRÍCOLAS, foram apuradas diferenças a recolher no período 2013, 2014, 2015 e 2016, conforme está demonstrado nas planilhas de cálculo em anexo ao termo circunstanciado.

Contudo, entende que sua atividade não se enquadra nos itens 17.11 da LC 116/2003 e 17.10 da Lei 7.500/2004, por não prestar serviços de Bufê, o que é campo material do ISSQN, mas se tratar de fornecimento de refeições e bebidas para os funcionários das empresas contratantes, o que é campo material do ICMS paranaense.

O ponto de discussão nestes autos reside sobre a análise de que a atividade econômica exercida pela empresa, a qual está descrita nos contratos celebrados pelos tomadores de serviços citados no termo circunstanciado, se encaixaria em situação que seria fato gerador do ISSQN ou do ICMS. Portanto, há a necessidade de análise da descrição dessa atividade para a correta tipificação do fato gerador e, conforme a legislação e entendimento jurisprudencial, em qual hipótese de incidência esse fato se subsumiria (ISSQN ou ICMS).

Na análise da atividade exercida pela recorrente, consta em seu contrato social (fls. 26), cláusula 4.01 e 4.02, que sua atividade empresarial consiste:

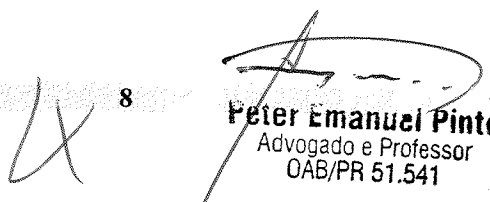
04.01 – Do Objeto social:

A sociedade tem como objeto social: o comércio de gêneros alimentícios e refeições prontas; a prestação de serviços no ramo de alimentação; a intermediação no comércio de alimentos e afins; o comércio de refrigerantes, de sanduíches quentes e frios, tortas, doces, salgados, chocolates, balas, sucos, cafés, chás, iogurtes e biscoitos.

04.02 – Da Atividade Econômica:

- Fornecimentos de alimentos preparados preponderantemente para empresas;
- Padaria e confeitaria com predominância de revenda;
- Comércio varejista de produtos alimentícios em geral;
- Comércio varejista de doces, balas, bombons e semelhantes;
- Comércio varejista de bebidas;
- Lanchonetes, casas de chá, de sucos e similares.

Com base nesse objeto social, a recorrente celebrou contrato de fornecimento de alimentação, com as empresas ITALFOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS


Peter Emanuel Pinto
Advogado e Professor
OAB/PR 51.541



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

AGRÍCOLAS LTDA (fls. 123/131), com BUNGE FERTILIZANTES S/A (fls. 105/112) e com SGS AGRICULTURA E INDÚSTRIA LTDA (fls. 113/122), os quais passam a ser analisados abaixo.

Em 01/10/2010, a recorrente celebrou contrato com a empresa BUNGE FERTILIZANTES S/A, pelo período de 01.10.2010 a 30.09.2011 (contrato renovado durante o período de 06/2012 a 28.02.2017 – fls. 47/48), em que tinha como objeto:

1. OBJETO

1.1 O objeto do presente contrato é o fornecimento de refeições, incluindo almoço, jantar, ceia, lance e café, pela FORNECEDORA aos empregados da COMPRADORA ou a quem esta indicar, no refeitório e cozinha industrial da COMPRADORA, na forma e condições estabelecidas neste contrato e conforme a Proposta Comercial datada de 25/08/2010 (Anexo I), que rubricada pelas partes integra o presente contrato.

1.2 Para o fornecimento de refeições objeto deste contrato, a COMPRADORA cederá em comodato à FORNECEDORA as instalações do refeitório e cozinha industrial acima referidos, enquanto vigorar este Contrato, conforme Cláusula 14 abaixo.

1.3 A FORNECEDORA fornecerá as refeições nos locais e horários previamente estabelecidos pela COMPRADORA, podendo contudo, a qualquer tempo, a programação sofrer alterações, a critério da COMPRADORA, sendo que estas alterações serão previamente notificadas à FORNECEDORA.

1.3.1. O fornecimento das refeições se fará em todos os dias da semana, inclusive sábados, domingos e feriados.

1.3.2. O atendimento prestado pela FORNECEDORA será de acordo com as necessidades da COMPRADORA, que poderá reduzi-los ou aumenta-los, segundo seu exclusivo critério.

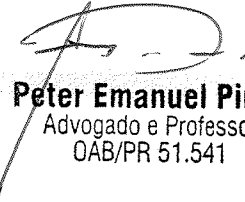
1.4. As refeições servidas no sistema de distribuição “self-service” e deverão conter as especificações, quantidades, gramagens e variedade estabelecidas no Anexo I.

1.5. A COMPRADORA se reserva no direito de solicitar à FORNECEDORA a extensão do atendimento a outras unidades, mediante prévio acordo entre as partes e revisão dos valores acordados neste instrumento.

1.6. Os serviços objeto do presente Contrato serão executados pelos empregados da FORNECEDORA, por ela devidamente registrados, nos termos da Consolidação das Leis do Trabalho – CLT.

Em 05.03.2012, a recorrente também celebrou contrato com a empresa SGS AGRICULTURA E INDÚSTRIA LTDA, para o período de 05.03.2012 a 05.03.2015, para o cumprimento do seguinte objeto:

9


Peter Emanuel Pinto
Advogado e Professor
OAB/PR 51.541



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

Cláusula Primeira – Objeto

- 1.1 Constitui objeto do presente contrato, o fornecimento de desjejum, refeições, lanches, ceias, bebidas e outros na área de alimentação aos colaboradores da CONTRATANTE no seu restaurante industrial, e às pessoas por aquela autorizada, de acordo com os padrões alimentares estabelecidos na CLÁUSULA SEGUNDA deste contrato.

Fornecimento contratado	Descrição da tarefa
Fornecimento de Refeições	Elaboração nas dependências da CONTRATANTE de forma exclusiva: de desjejum, refeições, lanches, ceias, bebidas e demais produtos na área de alimentação.

- 1.2 Para a execução do fornecimento contratado, a CONTRATADA se obriga a fornecer toda a mão-de-obra, materiais necessários e alimentos in-natura.
- 1.3 A elaboração da refeição destinada ao pessoal será efetuada nas dependências da CONTRATANTE, e em área definida e doravante denominada RESTAURANTE, que será cedida para a CONTRATADA sem qualquer ônus.
- 1.4 O recrutamento, seleção e contratação de empregados necessários à execução do fornecimento objeto deste contrato será de total e exclusiva responsabilidade da CONTRATADA, a qual se compromete a empregar apenas mão-de-obra qualificada.

Em 21.11.2011, a recorrente celebrou contrato com a empresa ITALFOR INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE MÁQUINAS AGRÍCOLAS LTDA, para o período de 21.11.2011 a 21.11.2014, no qual descreve o objeto do contrato da seguinte forma:

Cláusula Primeira – Objeto

- 1.1. Constitui objeto do presente contrato, o fornecimento de desjejum, refeições, lanches, ceias, bebidas e outros na área de alimentação aos colaboradores da CONTRATANTE no seu restaurante industrial, e às pessoas por aquela autorizada, de acordo com os padrões alimentares estabelecidos na CLÁUSULA SEGUNDA deste contrato.

Fornecimento contratado	Descrição da tarefa
Fornecimento de Refeições	Elaboração nas dependências da CONTRATANTE de forma exclusiva: de desjejum, refeições, lanches, ceias, bebidas e demais produtos na área de alimentação.

- 1.2. Para a execução do fornecimento contratado, a CONTRATADA se obriga a fornecer toda a mão-de-obra, materiais necessários e alimentos in-natura.



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

- 1.3. A elaboração da refeição destinada ao pessoal será efetuada nas dependências da CONTRATANTE, e em área definida e doravante denominada RESTAURANTE, que será cedida para a CONTRATADA sem qualquer ônus.
- 1.4. O recrutamento, seleção e contratação de empregados necessários à execução do fornecimento objeto deste contrato será de total e exclusiva responsabilidade da CONTRATADA, a qual se compromete a empregar apenas mão-de-obra qualificada.

Da análise dos contratos inclusos e acima identificados, extrai-se que a empresa recorrente assumiu obrigações de fornecer refeições e bebidas nos estabelecimentos das empresas contratantes, com a utilização de mão-de-obra própria, estoque e equipamentos, para os colaboradores das contratantes.

Essa descrição constitui a situação de fato necessária para o nascimento da obrigação tributária principal. Resta saber, se a subsunção do fato à norma ocorrerá como a hipótese de incidência do ISSQN ou ICMS. Assim, passa-se à análise da subsunção do fato à norma tributária.

A Constituição Federal de 1988 (CRFB/1988) distribuiu a competência aos Municípios e Distrito Federal para a instituição do Imposto Sobre Serviços e Qualquer Natureza (ISSQN), conforme redação contida em seus artigos 147 e 156:

Art. 147. Competem à União, em Território Federal, os impostos estaduais e, se o Território não for dividido em Municípios, cumulativamente, os impostos municipais; ao Distrito Federal cabem os impostos municipais.

Art. 156. Compete aos Municípios instituir impostos sobre:

III - serviços de qualquer natureza, não compreendidos no art. 155, II, definidos em lei complementar.

§ 3º Em relação ao imposto previsto no inciso III do *caput* deste artigo, cabe à lei complementar:
I - fixar as suas alíquotas máximas e mínimas; (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 37, de 2002)

II - excluir da sua incidência exportações de serviços para o exterior. (Incluído pela Emenda Constitucional nº 3, de 1993)

III - regular a forma e as condições como isenções, incentivos e benefícios fiscais serão concedidos e revogados.

Em obediência ao dispositivo constitucional, a Lei Complementar 116/2003 trouxe a lista de situações que compreenderiam fatos geradores para o nascimento da obrigação



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

tributária principal do ISSQN. Dentre as várias situações, estabeleceu em seu item 17.11, que é fato gerador do ISSQN a **“organização de festas e recepções; bufê (exceto o fornecimento de alimentação e bebidas, que fica sujeito ao ICMS)”**.

Na sequência da hierarquia normativa, a Lei Municipal nº 7.500/2004, a qual trata da instituição do ISSQN no Município de Ponta Grossa, trouxe em seu item 17.10 o fato gerador do imposto, sendo a **“organização de festas e recepções; bufê (exceto o fornecimento de alimentação e bebidas, que fica sujeito ao ICMS)”**.

A lei que cuida do ISSQN é clara em excluir de sua competência situações que constituam fato gerador do imposto estadual ICMS que, no caso em comento, trata-se do fornecimento de alimentação e bebidas.

No que se refere ao ICMS, a CRFB/1988 distribuiu sua competência aos Estados e Distrito Federal, nos termos do art. 155, inciso II:

Art. 155. Compete aos Estados e ao Distrito Federal instituir impostos sobre:
(...)

II - operações relativas à circulação de mercadorias e sobre prestações de serviços de transporte interestadual e intermunicipal e de comunicação, ainda que as operações e as prestações se iniciem no exterior;
(...)

IX - incidirá também:
(...)

b) sobre o valor total da operação, quando mercadorias forem fornecidas com serviços não compreendidos na competência tributária dos Municípios;

Há, portanto, uma delimitação da competência das autoridades tributantes, referente a esses dois impostos, de que os campos materiais do ISSQN deverão estar definidos em sua lista de serviços, enquanto o ICMS, além dos campos expressos na CRFB/1988, incidirá sobre operações de circulação de mercadorias com serviços não compreendidos na lista do ISSQN.

A prestação de serviço de Buffet é hipótese de incidência do ISSQN. Por outro lado, o fornecimento de alimentação e bebidas será hipótese de incidência para o ICMS. Cabe aqui



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

então, entender a definição do serviço de Bufê e fornecimento de alimentação e bebidas, trazida pela jurisprudência pátria.

O i. Desembargador Eduardo Sarrão, do e. Tribunal de Justiça do Estado do Paraná (TJPR), quando do julgamento da Apelação Cível nº 0003248-19.2015.8.16.0004, com voto de sua relatoria, julgado em 05.02.2019, explicou tecnicamente o conceito de Buffet, previsto no item 17.11 da LC 116/2003, a título de incidência do ISSQN:

O mencionado item tem o seguinte teor:

17.11 – Organização de festas e recepções; bufê (exceto o fornecimento de alimentação e bebidas, que fica sujeito ao ICMS).

O serviço que é indicado no item transcrito refere-se à organização de festas e recepções, bufê, ou seja, está relacionada à atividade desempenhada por pessoa física ou jurídica consistente na preparação de uma festa ou recepção, a qual engloba a locação do espaço físico compatível com o número de convidados, a elaboração do cardápio, a organização da recepção e acomodação dos convidados, o preparo e o fornecimento de alimentação e bebidas (bufê), entre outras – é possível, por exemplo, a contratação de show artístico ou de banda musical para entreter os convidados. Trata-se de serviço prestado para a realização de um específico evento, tal como uma festa de casamento ou de formatura ou de aniversário de quinze (15) anos, entre outras. A respeito do serviço indicado no item 17.11 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, faz-se oportuna a transcrição de passagem da obra “Manual do ISS”, de lavra do Desembargador Sergio Pinto Martins:

O Decreto-lei n. 406/68 não previa a tributação dos serviços em comentário. O item 29 da lista determinada pelo Decreto-lei n. 839/69 tratava de “organização de festas buffet () exceto o fornecimento de alimentos e bebidas, que ficam sujeitos ao ICMS”.

O item 42 da lista de serviços determinada pela Lei Complementar n.56/87 previa a buffet tributação sobre “organização de festas e recepções: (exceto o fornecimento de alimentação e bebidas, que fica sujeito ao ICMS)”.

Organizar quer dizer pôs ordem, disciplinar, ordenar.

Festas são acontecimentos em que há diversão, comemoração, solenidade.

Em francês, buffet é o móvel guarda-louças, mas pode ser entendido extensivamente como a mesa arrumada com bebidas e comida a serem oferecidas às pessoas.

O buffet é o lugar em que são servidas bebidas e refeições e recepções para as pessoas, como para casamentos, festas etc.



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

O que se tributa neste item é apenas a organização das festas e recepções, e não a alimentação ou bebidas fornecidas, ou seja, é tributado o serviço. As mercadorias utilizadas ficam sujeitas exclusivamente ao ICMS.

As empresas que organizam as festas ou o buffet fornecem local e, quando necessário, os utensílios, como copos, talheres, pratos, mesas etc. Pode ser feita, no local, decoração ou ornamentação do salão. Nos buffets, existe, ainda, o fornecimento de garçons, sendo que tudo isso está incluído no preço do serviço a ser prestado.

Em alguns buffets há, ainda, o fornecimento de música, por meio mecânico ou por conjuntos. Não se trata, porém, de diversão pública, pois não é aberta ao público, apenas aos convidados, nem há cobrança individual de ingresso, mas de quem contratou os serviços do buffet.

Se a organizador do buffet loca certos apetrechos, não estará sendo tributada a atividade de locação de bens móveis, pois referidos apetrechos (talheres, copos, pratos) fazem parte da organização da festa ou serviços de buffet. (Editora Saraiva, 10ª Edição, 2017, pág. 353).

Característica do serviço indicado no item 17.11 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 é a de que ele é prestado a uma específica pessoa, que contrata a prestadora do serviço e a ela atribui a organização de uma festa ou recepção, bem como a montagem de um bufê, que dará a convidados específicos, ou seja, atividade que não se resume ao preparo e fornecimento de alimentos e bebidas.

Tal é o conceito de bufê. O seu significado está atrelado à realização de festas e recepções, o que compõe o campo material do ISSQN, nos termos explicados acima. Por outro lado, o fornecimento de bebidas e alimentação já estaria no campo material do ICMS.

Para o caso dos autos, nota-se da leitura dos documentos apontados neste voto que a recorrente foi **contratada para fornecer alimentos e bebidas**, dentro do estabelecimento das empresas contratantes. Da leitura dos contratos, não houve a exigência de que a recorrente organizasse festas e eventos. Também, não está previsto que a recorrente deveria montar estrutura de recepção, ornamentação, decoração do local, segurança e dispor de música para animação.

O que se extrai dos contratos e notas fiscais é o fornecimento de alimentação e bebidas para os colaboradores das empresas contratantes, no local dessas empresas. Tal situação não configura um evento, pois o contrato previa o fornecimento diário do que foi contratado. Basicamente, a recorrente montaria um pequeno restaurante dentro da empresa contratante para atender as pessoas que ali frequentasse, fosse funcionários e colaboradores.



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

Em caso análogo, a 3ª Câmara Cível do TJPR, fixou entendimento de que quando se tratar de fornecimento de alimentos e bebidas, a hipótese de incidência em questão será do ICMS. Conforme a ementa do julgado:

APELAÇÃO CÍVEL. TRIBUTÁRIO. ISS. AÇÃO ANULATÓRIA. EMPRESA. PREPARAÇÃO E FORNECIMENTO DE ALIMENTOS DA CULINÁRIA JAPONESA A CLIENTES DE RESTAURANTE. UTILIZAÇÃO DA ESTRUTURA DO RESTAURANTE. FORNECIMENTO DE ALIMENTOS APENAS AOS CLIENTES DO RESTAURANTE. AUTUAÇÃO PELA AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ISS. SERVIÇOS INDICADOS NO ITEM 17.11 DA LISTA ANEXA À LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. IMPOSSIBILIDADE. ATIVIDADE DESENVOLVIDA PELA EMPRESA AUTORA QUE NÃO SE ENQUADRA NO MENCIONADO ITEM. AUSÊNCIA DE PREPARO DE ALIMENTOS PARA SEREM SERVIDOS EM FESTAS E RECEPÇÕES, BUFÊ. DOCTRINA E JURISPRUDÊNCIA. RECURSO PROVIDO.

1. O serviço indicado no item 17.11 da Lista Anexa à Lei Complementar nº 116/2003 – organização de festas e recepções; bufê – é aquele prestado para determinada pessoa, que contrata os serviços de bufê para servir os seus convidados, não se confundindo, portanto, com a atividade daquela que, diariamente, prepara alimentos da culinária japonesa, valendo-se da cozinha do próprio restaurante, para serem consumidos pelos clientes deste.

2. O preparo de alimentos no interior de um restaurante, à medida que os clientes fazem os seus pedidos, não constitui serviço de bufê, previsto no item 17.11 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003.

3. Os autos de infração lavrados sob o pressuposto fático equivocado de que a empresa presta os serviços indicados no item 17.11 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003, quando, na realidade não presta tais serviços, são nulos.

4. Com o provimento do recurso de apelação, os honorários advocatícios devidos ao patrono da autora devem ser fixados com observância dos §§ 2º e 3º do art. 85 do Código de Processo Civil. RECURSO DE APELAÇÃO PROVIDO. VISTOS, relatados e discutidos estes autos de Apelação Cível nº 0003248-19.2015.8.16.0004, do Foro Central da Comarca da Região Metropolitana de Curitiba - 2ª Vara da Fazenda Pública, em que é apelante o e apelado Katsumi Comércio e Serviços de Buffet Ltda. Município de Curitiba. (TJPR - 3ª C.Cível - 0003248-19.2015.8.16.0004 - Curitiba - Rel.: Desembargador Eduardo Sarrão - J. 05.02.2019)

No caso acima, analisava-se a situação de uma pessoa jurídica que produzia pratos de comida japonesa e servia os clientes de um restaurante administrado por outra pessoa jurídica. A empresa que produzia e servia não era a mesma que a proprietária do restaurante, existindo entre elas uma parceria na exploração da atividade.

A empresa que produzia os pratos e os servia aos clientes da proprietária do restaurante havia sido autuada pelo não recolhimento do ISSQN, para o Município de Curitiba, sob o argumento de que estaria prestando serviços tipificados no item 17.11 da LC 116/2003, ou seja, serviços de Bufê.



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

A conclusão da 3ª Câmara Cível foi no sentido de que mesmo que o empresário forneça alimentos e bebidas em estabelecimento de outra pessoa jurídica, com o fornecimento de matéria prima, mão de obra e equipamentos, isso não caracterizaria o serviço de Buffet, mantendo-se o empresário como contribuinte do ICMS.

Nesse mesmo caminho, foi a Súmula 163 do STJ, a qual fixou que “o fornecimento de mercadorias com a simultânea prestação de serviços em bares, restaurantes e estabelecimentos similares constitui fato gerador do ICMS a incidir sobre o valor total da operação”.

Por certo que o fornecimento de alimentação e bebidas compreende uma atividade mista, que envolve operações de circulação de mercadorias e serviços. Contudo, essa situação não é suficiente para afastar a incidência do ICMS para o caso dos autos, pois o próprio item 17.11 da LC 116/2003 e item 17.10 da Lei 7.500/2004 afastam a incidência do ISSQN quando se tratar de fornecimento de alimentação e bebidas para estabelecimento similares a um restaurante.

Quando se tratar de atividade mista, mercadoria e serviços, o Superior Tribunal de Justiça já se posicionou no sentido de ser campo de incidência do ICMS quando tal serviço não consta na lista do ISSQN, conforme voto de lavra o i. ex-Ministro Luiz Fux:

CONSTITUCIONAL. TRIBUTÁRIO. DELIMITAÇÃO DA COMPETÊNCIA TRIBUTÁRIA ENTRE ESTADOS E MUNICÍPIOS. ICMS E ISS. OPERAÇÕES "MISTAS". CRITÉRIOS. SERVIÇOS DE ELABORAÇÃO DE ÓCULOS POR ENCOMENDA. ART. 155, § 2º, IX, B, CF. LC 116/03. 1. A ação declaratória em sede tributária pode ter como escopo a declaração de inexistência de relação jurídica que tenha por objeto determinado tributo. 2. O efeito prospectivo da decisão contínua submete-se ao princípio da legalidade ínsita na Súmula 239/STF, no sentido da coisa julgada temporal (a contrário sensu do Resp. 1.045978/RS e consoante o Resp. 638377/MG). À guisa de exemplo, verbis: PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ESPECIAL. AÇÃO RESCISÓRIA. VIOLAÇÃO A LITERAL DISPOSIÇÃO DE LEI (CPC, ART. 485, V). EFICÁCIA TEMPORAL DA COISA JULGADA. 1. A sentença, ao examinar os fenômenos de incidência e pronunciar juízos de certeza sobre as conseqüências jurídicas daí decorrentes, certificando, oficialmente, a existência, ou a inexistência, ou o modo de ser da relação jurídica, o faz levando em consideração as circunstâncias de fato e de direito (norma abstrata e suporte fático) que então foram apresentadas pelas partes. Por qualificar norma concreta, fazendo juízo sobre fatos já ocorridos, a sentença, em regra, opera sobre o passado, e não sobre o futuro. 2.



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

Portanto, também quanto às relações jurídicas sucessivas, a regra é a de que as sentenças só têm força vinculante sobre as relações já efetivamente concretizadas, não atingindo as que poderão decorrer de fatos futuros, ainda que semelhantes. Elucidativa dessa linha de pensar é a Súmula 239/STF. (...) (REsp 638377/MG, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA TURMA, julgado em 03/03/2005, DJ 21/03/2005, p. 260) 3. A delimitação dos campos de competência tributária entre Estados e Municípios, relativamente à incidência de ICMS e de ISS, está disciplinada pela Carta Magna (art. 155, II, § 2º, IX, b e 156, III), bem como por normas infraconstitucionais (art. 2º, IV, da LC 87/96 e art. 1º, § 2º, da LC 116/03). Precedentes: STF, Primeira Turma, RE 144795, Rel. Min. Ilmar Galvão, DJ 12.11.93; STF, RE 129.877, Min. Marco Aurélio, DJ de 127.11.92. 4. **A Primeira Seção desta e. Corte firmou entendimento no sentido de que: (a) sobre operações "puras" de circulação de mercadoria e sobre os serviços previstos no inciso II, do art. 155 da CF (transporte interestadual e internacional e de comunicações) incide ICMS; (b) sobre as operações "puras" de prestação de serviços previstos na lista de que trata a LC 116/03 incide ISS; (c) e sobre operações mistas, incidirá o ISS sempre que o serviço agregado estiver compreendido na lista de que trata a LC 116/03 e incidirá ICMS sempre que o serviço agregado não estiver previsto na referida lista.** Precedente: REsp 1092206/SP, Rel. Ministro TEORI ALBINO ZAVASCKI, PRIMEIRA SEÇÃO, DJe 23/03/2009; AgRg no AgRg no REsp 1168488/SP, Rel. Ministro HUMBERTO MARTINS, DJe 29/04/2010). 5. *In casu*, conforme reconhecido pela própria recorrente, a atividade da autora, consistente na elaboração e comercialização de óculos de grau personalizados, sob prescrição médica, não está prevista na Lista de Serviços da Lei Complementar nº 116/03, o que implica reconhecer a incidência do ICMS, nos termos das fundamentações acima delineadas. 6. Recurso especial a que se nega provimento (STJ, REsp 1102838/RS, rel. Ministro LUIZ FUX, j. 14.12.2010).

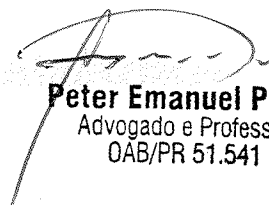
Também, em mesmo tribunal é o voto de lavra do i. Ministro João Otávio de

Noronha:

TRIBUTARIO. ICM. PREPARO E VENDA DE REFEIÇÕES EM ESCALA INDUSTRIAL. I - O ICM INCIDE SOBRE AS OPERAÇÕES QUE ENVOLVEM O FORNECIMENTO DE REFEIÇÕES PREPARADAS EM ESCALA INDUSTRIAL E VENDIDAS A EMPRESAS QUE AS OFERECEM A SEUS EMPREGADOS. PRECEDENTES DO STJ. II - OFENSA AO ART. 8., PAR. 2., DO DECRETO-LEI N. 406/68, COM A REDAÇÃO DADA PELO DECRETO-LEI N. 834, DE 1969, E AO ART. 97, IV, DO C.T.N. NÃO CARACTERIZADA. DISSÍDIO PRETORIANO NÃO CONFIGURADO. III - RECURSO ESPECIAL NÃO CONHECIDO. (STJ, REsp 31.443/SP, rel. Ministro ANTÔNIO DE PÁDUA RIBEIRO, j. 20.9.1993).

O ICMS incide sobre o fornecimento de alimentação e bebidas em bares, restaurantes e estabelecimentos congêneres, cuja base de cálculo compreende o valor total das operações realizadas, inclusive aquelas correspondentes à prestação de serviço (Precedentes do STJ: REsp 151.568/PE, Rel. Ministro Hélio Mosimann, Segunda Turma, julgado em 11.12.1997, DJ 02.02.1998; EREsp 112.187/PE, Rel. Ministro Garcia Vieira, Primeira Seção, julgado em 09.09.1998, DJ 13.10.1998; REsp 130.350/PE, Rel. Ministro Milton Luiz Pereira, Primeira Turma, julgado em 23.11.1999, DJ 28.02.2000; e REsp 246.688/PE, Rel. Ministro João Otávio de Noronha, Segunda Turma, julgado em 06.12.2005, DJ 06.03.2006). Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008 (STJ, REsp 1135534/PE, rel. Ministro LUIZ FUX, j. 9.12.2009).

17


Peter Emanuel Pinto
Advogado e Professor
OAB/PR 51.541



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUENTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

Esse referido entendimento também se repetiu no voto de lavra do i. Desembargador Pedro Manoel Abreu, do r. Tribunal de Justiça de Santa Catarina, quando do julgamento da apelação cível nº 2013.036223-0:

Apelação cível e reexame necessário. Embargos à execução fiscal. **Fornecimento de refeições para empresas**. Hipótese de incidência do ICMS. Exação do ISS indevida. Precedentes jurisprudenciais. Sentença mantida. Recurso e remessa desprovidos. **O fornecimento de refeições em bares, restaurantes e estabelecimentos similares, por não integrar a lista de serviços anexa ao DL 406/68 é fato gerador do ICMS que incide sobre o valor total da operação (DL 406/68, art. 8º, § 2º), a teor do verbete sumular n. 163 do Superior Tribunal de Justiça**. (TJSC, Apelação Cível n. 2013.036223-0, de Jaraguá do Sul, rel. Des. Pedro Manoel Abreu, Terceira Câmara de Direito Público, j. 06-08-2013).

Diante de todo o exposto, deve-se reconhecer que a atividade econômica exercida pela recorrente é de fornecimento de alimentação e bebidas, hipótese de incidência do ICMS.

Ao servir alimentos e bebidas em estabelecimento de empresas contratantes, sem se caracterizar serviços de Bufê, a recorrente executa a atividade de um estabelecimento similar a um restaurante. Isso faz com que sua atividade seja hipótese de incidência do ICMS, em detrimento do ISSQN.

Diante do exposto, a recorrente é contribuinte do ICMS e não do ISSQN, devendo seu recurso ser julgado procedente neste ponto.

4. BITRIBUTAÇÃO – NULIDADE DOS AUTOS DE INFRAÇÃO – NULIDADE DA MULTA – MULTA QUE OFENDE AOS PRINCÍPIOS CONSTITUCIONAIS DA PROPRIEDADE PRIVADA E DO NÃO-CONFISCO

Com o acatamento da tese principal e a procedência do recurso voluntário nesse sentido, as outras teses restaram prejudicadas.

Nos termos do entendimento do STJ:



PROCESSUAL CIVIL. EMBARGOS DE DECLARAÇÃO EM MANDADO DE SEGURANÇA ORIGINÁRIO. INDEFERIMENTO DA INICIAL. OMISSÃO, CONTRADIÇÃO, OBSCURIDADE, ERRO MATERIAL. AUSÊNCIA.

1. Os embargos de declaração, conforme dispõe o art. 1.022 do CPC, destinam-se a suprir omissão, afastar obscuridade, eliminar contradição ou corrigir erro material existente no julgado, o que não ocorre na hipótese em apreço.

2. **O julgador não está obrigado a responder a todas as questões suscitadas pelas partes, quando já tenha encontrado motivo suficiente para proferir a decisão. A prescrição trazida pelo art. 489 do CPC/2015 veio confirmar a jurisprudência já sedimentada pelo Colendo Superior Tribunal de Justiça, sendo dever do julgador apenas enfrentar as questões capazes de infirmar a conclusão adotada na decisão recorrida.**

3. No caso, entendeu-se pela ocorrência de litispendência entre o presente mandamus e a ação ordinária n. 0027812-80.2013.4.01.3400, com base em jurisprudência desta Corte Superior acerca da possibilidade de litispendência entre Mandado de Segurança e Ação Ordinária, na ocasião em que as ações intentadas objetivam, ao final, o mesmo resultado, ainda que o polo passivo seja constituído de pessoas distintas.

4. Percebe-se, pois, que o embargante maneja os presentes aclaratórios em virtude, tão somente, de seu inconformismo com a decisão ora atacada, não se divisando, na hipótese, quaisquer dos vícios previstos no art. 1.022 do Código de Processo Civil, a inquirir tal decisum.

5. Embargos de declaração rejeitados.

(EDcl no MS 21.315/DF, Rel. Ministra DIVA MALERBI (DESEMBARGADORA CONVOCADA TRF 3ª REGIÃO), PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 08/06/2016, DJe 15/06/2016)

Diante do exposto, deixo de analisar as demais teses levantadas pela recorrente por não surtirem efeitos diferentes do que já alcançado.

5. **DISPOSITIVO**

Ante o exposto, voto por reconhecer a decadência do crédito referente à multa aplicada pelo não recolhimento do tributo para o ano calendário de 2013. Para os outros anos calendários, voto pela PROCEDÊNCIA do pedido feito no recurso voluntário interposto, devendo ser extinto o crédito tributário cobrado no lançamento nº 5924/2019 e auto de infração nº 5945/2019, com o respectivo arquivamento dos autos administrativos.

Ponta Grossa, 19 de junho de 2020

PETER EMANUEL PINTO

Conselheiro

Conselho de Contribuintes do Município de Ponta Grossa-PR



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

VOTO VISTA

Processo Administrativo Tributário nº 115/2017

Recorrente: REFEIÇÕES NATURA LTDA

Relator: Peter Emanuel Pinto

Voto do Conselheiro Marcelo de Souza

RELATÓRIO

O pedido de vista foi realizado em face da dúvida existente em relação ao conceito de "serviço de bufê", para fins de incidência do Imposto Sobre Serviços.

Em que pese o assunto ter sido perfeitamente tratado pelo relator, há uma sombra que paira sobre o conceito do serviço descrito no item 17.10 da Lista de Serviços a que se refere a Lei Municipal 7500/2004.

Ocorre que há pouca literatura tratando do tema e somente uma pequena parcela dos autores buscou conceituar tal serviço, mesmo assim, sem posição definitiva. Um destes, foi o mestre Roberto Tauil, de cujo artigo extraio o seguinte:

“Abre-se aqui um parêntese para explicar que, em tais aspectos, estamos sufocados pela impertinência da lei brasileira, ao considerar as atividades de restaurantes, bares, lanchonetes e similares como venda de mercadoria e não de prestação de serviço. De nitidez cristalina o fato de que a relação jurídica que se instaura entre restaurante e cliente é de prestação de serviços. Tanto é que o preço praticado pelo restaurante é de escolha livre do restaurante, a pouco importar o custo de aquisição dos produtos, e a muito importar o status de refinamento do estabelecimento e a qualidade do preparo.

Ainda mantendo o parêntese aberto, muito curiosa foi a decisão do Supremo Tribunal Federal, datada de 1994, em manter o fornecimento de bebidas em restaurantes como fato gerador do ICMS, a oferecer como um dos motivos o fato de que os serviços tributáveis pelo ISS são exclusivamente aqueles constantes da lista de serviços e, assim, todos os demais sofreriam incidência do ICMS, conforme voto exarado pelo Ministro Marco Aurélio. Ou seja, acatasse o erro em função do cometimento de outro erro.

Diante de tal decisão, surge um resquício de perplexidade em relação às atividades de bufê, enquanto



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

mero fornecedor e preparador de comida. Se tal atividade se confunde com as de restaurante, por que bufê faz parte da lista de serviços do ISS? A única resposta possível é de que o legislador entendeu bufê como atividade sempre interligada aos serviços de organização de eventos, e não como atividade isolada. Ao contrário dessa suposição, os Municípios poderiam cobrar o ISS inclusive dos restaurantes quando estes exercem atividades de bufê, o que não é fato incomum. A propósito, o art. 1º, III, do Decreto-lei n. 406/68 estabeleceu que “o imposto sobre operações relativas à circulação de mercadorias tem como fato gerador: o fornecimento de alimentação, bebidas e outras mercadorias em restaurantes, bares, cafés e estabelecimentos similares”. Quando, então, o bufê não for executado em estabelecimento próprio, mas em local determinado pelo contratante, nada incabível seria a tributação pelo ISS, mesmo nos casos de restaurantes atuando como bufê. Assunto que merece outras reflexões².”

O fato é que, ainda que a decisão do STF de colocar os serviços prestados por bares e restaurantes sobre a redoma do ICMS tenha sido infeliz, *dura lex sed lex*.

Assim, considerando que os serviços prestados pela Recorrente se assemelham aos serviços prestados por um restaurante, afastando-se daquele serviço descrito no item 17.10 da Lista de Serviços, acompanho o voto do relator.

É o voto.

Marcelo de Souza
Conselheiro

Em 30/06/2020.

² TAUIL, Roberto Adolfo. **O ISS nos serviços de organização de eventos e bufê**. Maio de 2014. Disponível em <http://consultormunicipal.adv.br/artigo/tributos-municipais/o-iss-nos-servicos-de-organizacao-de-eventos-e-bufe/>. Acesso em 29/06/2020.



MUNICÍPIO DE PONTA GROSSA

CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Rua Visconde de Taunay, 950 – Ronda – CEP – 84051-000 – Ponta Grossa – Paraná – 042-3220-1000 Ramal 1310

ACÓRDÃO 016/2020

Diante do exposto, ACORDA o plenário da CCMPG, por unanimidade, pela PROCEDÊNCIA do recurso voluntário, nos termos do voto do relator.

Participaram do julgamento os Conselheiros Cláudio Grokoviski, Elaine Cristina Moreira Schnaider, Rubens Gomes, Marcelo de Souza, Marcio Henrique Martins de Rezende e Peter Emanuel Pinto. Esteve ausente o Conselheiro Juliano Kobellache e suplente

Ponta Grossa, 16 de julho de 2020

Cláudio Grokoviski
Presidente

Peter Emanuel Pinto
Relator

01/10/2020

Nathalia Ariane Andreasse

~~RFB~~ - 33.074.719-5

CPF 294.724-888-03

Nathalia