


Arquivo

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60.218/13	16/07/13		



Senhor Presidente e demais membros do Conselho de Contribuintes:

Trata-se de RECURSO de GETESB ESTUDOS E TECNOLOGIA DE SISTEMAS DE SANEAMENTO BÁSICO LTDA, inscrita no cadastro de contribuintes desta Secretaria sob o nº. 149.152-1 contra o Auto de infração nº 235/13(folha 215), lavrado em 26/06/2013. O Auto de Infração refere-se a Imposto sobre serviços próprio, no valor de R\$ 112.528,89 e compreende fatos geradores ocorridos no período de setembro a outubro de 2009.

A recorrente (folhas 226 a 242) alega que a sociedade foi constituída em 29/06/2009, e que os serviços objeto da autuação se deram em setembro e outubro daquele ano. Informa que somente em novembro de 2009 obteve autorização para emissão de notas fiscais, de modo que as notas fiscais dos meses de outubro e novembro teriam sido emitidas a partir daquele mês. Parte do ISS teria sido recolhida pela própria recorrente e outra pela tomadora dos serviços (Águas de Niterói S/A). Informa ainda que teria prestado diversos serviços (Assessoria e Consultoria em informática, Contabilidade e Planejamento e Organização), sujeitos a alíquotas diversas de 2%, 3% e 5%. Anexa notas fiscais, planilhas e outros documentos para comprovar suas alegações.

Nos fundamentos da decisão recorrida, o Ilmo. Subsecretário de Administração e Gestão Fazendária pondera que nas notas fiscais apresentadas (nº 29 a 56 e 57 a 84) inexistente qualquer indicação de que se refiram a serviços prestados nos meses de setembro e outubro. Da mesma forma, não haveria como concluir que a retenção feita por Águas de Niterói diz respeito ao lançamento em questão. E conclui apontando que no LAISS (Livro Registro de Apuração de ISS) não há registro de movimento econômico para os meses contemplados na autuação.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60.218/13	16/07/13		259 Mun. 228

A recorrente admite que as notas fiscais não menciona o período em que teriam sido prestados os serviços, contrapondo contudo o argumento de que haveria outros elementos que demonstrariam a veracidade de suas afirmações.

Conforme o relato do Auto de Infração, o fiscal se baseou nos registros do Livro Diário em confronto com a DIPJ (Declaração de Imposto de Renda). Ainda segundo a defesa, o Doc. 05 (DIPJ 2010) comprovaria que a recorrente iniciou suas atividades e percepção de receita em setembro de 2009, e que o valor ali informado coincidiria com o utilizado pelo fiscal. A assertiva poderia ser verificada examinando-se as fichas "18A", relativa ao terceiro e quarto trimestres de 2009, constantes da Declaração.

Ainda a fim de comprovar o período em que efetivamente se deu a prestação dos serviços, apresenta planilha contendo dados de guias de recolhimento de ISS retido pela contratante Águas de Niterói (fls. 233/234). Verifica-se que a data da emissão das notas fiscais foi 30/11/2009. Segundo a recorrente, tal fato ocorreu por equívoco da tomadora, vez que registrou como "nota fiscal" mero "recibo", já que a recorrente não estaria ainda autorizada a emitir notas fiscais na época. Segundo a defesa, seria possível verificar a conciliação entre os valores recebidos registrados no Livro Diário (Doc. 06, 07 e 09) e os recibos emitidos na época.

Os valores retidos pela tomadora constariam como recebidos pela Administração Municipal, mas não teriam sido vinculados pelo sistema a qualquer inscrição municipal ou nota fiscal que pudesse identificá-los. No entanto, de modo a permitir a identificação do pagamento, apresenta a recorrente (fl. 235) os valores dos pagamentos, que corresponderiam com exatidão àqueles referentes aos serviços por ela prestados.

O mesmo raciocínio se aplicaria ao ISS próprio. A recorrente procura demonstrar, mediante quadros explicativos, que todo tributo devido foi recolhido. Indica ainda outros serviços, relativos a subitens não inclusos no Auto de Infração e alíquotas diversas.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60.218/13	16/07/13		360

Alega também a inaplicabilidade do art. 79, inciso II do CTM, e ocorrência de violação à ampla defesa, ao contraditório e a legalidade. Segundo a defesa, mencionado dispositivo não consta da Base Legal do Auto de infração. Não poderia desta forma a autoridade julgadora pretender suprir uma falha cometida quando de sua lavratura. Em outras palavras, *“Os fundamentos lançados no Auto de Infração não podem ser alterados de acordo com as conveniências do julgador”* (fl. 239).

No entendimento da recorrente, o dispositivo em tela somente se aplicaria aos contribuintes que, podendo escriturar suas operações sem qualquer óbice, deixassem de fazê-lo. Como estava impossibilitada de emitir notas fiscais nos meses anteriores a novembro de 2009, sustenta que não poderia ser punido pela ausência de registro de suas operações.

Por fim, invoca os benefícios do art. 138 do CTN, pois teria realizado o recolhimento do tributo devido no prazo correto, antes de iniciado qualquer procedimento fiscal. Assim, não caberia a imposição de penalidade.

É o relatório.

Percebe-se do relato da recorrente que esta iniciou suas atividades antes de efetivamente autorizada pela Administração Municipal. Tendo sido constituída em junho de 2009, apenas em novembro daquele ano logrou obter permissão para emissão de documentos fiscais. A despeito deste fato, prestou serviços, emitindo “recibos”, que não podem ser considerados documentos idôneos para comprovar a veracidade das afirmações da defesa.

Conforme o relato, a recorrente teria emitido as notas fiscais correspondentes àquelas operações somente em novembro seguinte. Escriturou-as no LAISS, inexistindo qualquer menção, no livro ou nos documentos fiscais, de que se relacionariam a atividades anteriores à data de emissão.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60.218/13	16/07/13		961

A elucidação da questão demandaria análise da documentação original, a fim de se comprovar a origem dos valores apontados nas tabelas e planilhas anexadas, implicando refiscalização. Tal atividade extrapola o escopo de atuação do Conselho de Contribuintes.


Vale ressaltar que a documentação apresentada foi objeto de análise do fiscal de tributos (folhas 217/218) que não as considerou suficientes para afastar os pressupostos da autuação.

Quanto à possibilidade de aplicação do art. 79, inciso II do CTM, deve-se ressaltar que, materializando-se a hipótese prevista em lei, torna-se imperativa sua aplicação. A recorrente deu causa ao fato, ao escriturar suas operações sem proceder à devida separação das receitas. Não pode pretender socorrer-se disso para alegar violação a direito. É de se ressaltar que em momento algum deixou a recorrente de exercer seu direito à defesa, da forma mais ampla possível.

O art. 138 do CTN é aplicável tão somente aos casos em que o contribuinte adianta-se à fiscalização, procedendo ao recolhimento do tributo devido. Mais uma vez, carecem as afirmações da defesa de comprovação.

Dessa forma, opinamos pelo conhecimento e não provimento do Recurso Voluntário, mantendo-se o auto de infração 235/13.

FCCN, 03 de junho de 2016.

  
Helton Figueira Santos  
Representante da Fazenda



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/060218/13			263

Processo nº: 030/060218/13

Matéria: RECURSO VOLUNTÁRIO

Recorrente: GETESB - GESTÃO, ESTUDOS E TECNOLOGIA DE SISTEMAS DE SAANEAMENTO BÁSICO LTDA

Recorrida: SSGF-SUBSECRETARIA DE ADMINISTRAÇÃO E GESTÃO FAZENDÁRIA

**Ementa: Base de Cálculo - Preliminar de Cerceamento e Violação à ampla defesa e ao contraditório - Inserção extemporânea do art. 79, II, da Lei 2597/08 nas contra-razões apresentadas pelo autuante sem a devida cientificação ao contribuinte - Procedência da preliminar de nulidade por cerceamento - No mérito Auto de Infração por Não recolhimento do ISS improcedente - Valores cobrados INDEVIDAMENTE e contabilmente comprovados os pagamento em mes subsequente das competências arguidas - RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E PROVIDO.**

Senhor Presidente e demais Membros,

Inicialmente registra-se que a Impugnante argui violação ao contraditório e à ampla defesa pela inserção nas contra-razões apresentadas pelo autuante (fls. 218) da regra esposada no art. 79, inciso II, como justificativa para aplicação da alíquota máxima para as operações levantadas. Sustenta que não se poderia utilizar a alíquota máxima prevista no referido artigo, tendo em vista a descrição individualizada dos mesmos nas notas fiscais emitidas. O art. 79, II, diz:

**Art. 79 - Se no local do estabelecimento, ou em seus depósitos ou em outras dependências, forem exercidas atividades diferentes, sujeitas a mais de uma forma de tributação, deverão ser observadas as seguintes regras:**

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/060218/13			264

II - no caso de atividades tributadas com alíquotas diferentes ou sobre o movimento econômico total ou com dedução, e se na escrita não estiverem separadas as operações por atividades, ficarão as mesmas, em sua totalidade, sujeitas à alíquota mais elevada, que incidirá sobre o movimento econômico total.

Com relação à matéria de mérito, informo tratar-se de Recurso Voluntário interposto por GETESB - GESTÃO, ESTUDOS E TECNOLOGIA DE SISTEMAS DE SANEAMENTO BÁSICO LTDA, contra decisão do Sr. Subsecretário de Administração e Gestão Fazendária, que não acolheu Impugnação Interposta pelo Recorrente discordando da cobrança de crédito tributário perfilado no auto de infração 00235/13, abarcando os meses de setembro e outubro de 2009.

Teve como fato gerador do ISS - Imposto sobre serviços, as operações de prestação de serviço de planejamento e organização, tendo a alíquota de 5% incidente sobre base de cálculo levantada.

Foram apontados como infringidos os respectivos dispositivos legais: artigo 65, anexo III, item 17.03, c/c artigo 68, inciso I, arts. 77, I, 78, 80, 81, 191 c/c artigo 91, I, todos da Lei 2597/07 alterados pela Lei 2628/08. (fls.38).

Aplicou-se a penalidade prevista no artigo 120, inciso I, da Lei nº 2.597/08.

Inconformado, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, fls.240/255, aduzindo em síntese:

- a) Que o recolhimento referente aos meses cobrados no auto de infração foram faturados somente no mês de novembro do corrente ano de 2009;
- b) Que as Notas fiscais referentes aos serviços prestados nos referidos meses da autuação foram emitidas em 30/11/2009, tendo em vista somente ter sido obtido a AIDF- AUTORIZAÇÃO PARA IMPRESSÃO DE DOCUMENTOS FISCAIS nesse mês;
- c) Que foram emitidas as NOTAS FISCAIS de numeração 29 a 56 para os fatos geradores de setembro e as de numeração 57 a 84 para os fatos geradores de outubro;
- d) Anexou Notas fiscais com os serviços descritos e valores discriminados;
- e) Concluiu, assinalando que o valor do ISS cobrado foi devidamente pago, anexando guias de pagamento e que no seu entender conduziriam à nulidade da peça base, pelo que pede a este Conselho que faça prevalecer a justiça.

A Representação da Fazenda rechaça a preliminar de mérito e ao fim requer a negativa ao provimento do recurso no mérito interposto, o que implica manter-se a decisão recorrida.

É o relatório.

Passo oferecer meu voto.

Com relação à preliminar de nulidade argüida, constata-se no relato esposado no auto a descrição de prestação de serviços descritos no item 17.03, ou seja, de que o serviço

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/060218/13		Nilcéia M. Souza Dutra Moraes	965

de "PLANEJAMENTO E ORGANIZAÇÃO"(item 17.03 da LS) teria sido o único serviço prestado pelo Recorrente. Quando o Autuante faz referência à aplicação do art. 79, II, somente na apresentação de suas contra-razões, inserindo-se a idéia da realização de diversos serviços pelo Recorrente, sendo tais serviços de aliquotas diferenciadas não estando os mesmos inseridos na escrita fical separados, chegando-se à conclusão que não foram somente prestados os serviços descritos no item 17.03 e sim outros tipos de serviços e que não estão mencionados no auto de infração.

O Decreto 10487/09 em seu art. 19 diz que **"os erros porventura existentes no Auto de Infração, considerados como tal os decorrentes de somas, de cálculos ou de capitulação da infração ou da multa, constatados antes da decisão de primeira instância, poderão ser corrigidos pelo próprio autuante, ou seu chefe imediato ou a quem este incumba da verificação, sendo o contribuinte cientificado dessa correção, por escrito, e devolvido o prazo previsto para impugnação, se for o caso.**

Observe-se que não houve retificação do lançamento e tão pouco houve a cientificação do Recorrente da inserção na capitulação legal do art.79, II, da Lei 2597/08.


O contraditório deve ser garantido ao sujeito passivo, seja pelo cuidado na elaboração da fundamentação do lançamento, que deve ser completa para garantir o pleno exercício do direito de defesa, seja pela reabertura de novo prazo para impugnação da parte aditada nas contra-razões, seja pela retificação do auto com a devida ciência.

Hugo de Brito Machado reputa ao contencioso administrativo a função de reduzir a presença da Administração Pública em ações judiciais, atuando como um filtro.

Paulo de Barros Carvalho assevera que:

**(...) em verdade, quando Administração e administrado discutem sobre o índice de procedência legal do lançamento efetuado, o que de fato acontece é a instalação de um procedimento administrativo, que pretende ser contraditório, propiciando à Fazenda Pública o controle de legalidade de seus próprios atos. Assim, a decisão administrativa de primeiro grau, proferida pelo Delegado de Julgamento da Receita Federal, tratando-se de tributos da União, é ato que exerce controle de legalidade sobre o ato de lançamento. Da mesma maneira, a deliberação do órgão colegial – Conselho de Contribuintes – controla a legalidade do ato exarado pelo Delegado de Julgamento.**

A meu ver, além de representar um filtro, o escopo do processo administrativo-tributário é servir de instrumento da autotutela administrativa, assegurando um meio adicional de controle da atuação da autoridade administrativa, como forma de verificar a legalidade do ato de lançamento antes da inscrição em dívida ativa.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/060218/13		 Núcleo de Defesa MPL-20.514-8	366

A ampla defesa, explicitada como garantia constitucional no artigo 5º, inciso LV, da Constituição, pode ser sintetizada no direito de apresentar alegações, propor e produzir provas, participar da produção das provas requeridas pelo adversário ou determinadas de ofício e exigir a adoção de todas as providências que possam ter utilidade na defesa dos seus interesses, de acordo com as circunstâncias da causa e as imposições do direito material.

Na visão de Odete Medauar, defesa é "*a possibilidade de rebater, em favor de si próprio, condutas, fatos, argumentos, interpretações que possam acarretar prejuízos físicos, materiais ou morais*".

Compartilho do entendimento de José Carvalho dos Santos Filho que se refere ao contraditório e a ampla defesa nos seguintes termos:

***Costuma-se fazer referência ao princípio do contraditório e da ampla defesa, como está mencionado na Constituição. Contudo, o contraditório é pressuposto da ampla defesa. Esta, sim, é que constitui o princípio fundamental e nela já se inclui o direito ao contraditório, que é o direito de contestação, de redarguição a acusações, de impugnação de atos e atividades.***

O processo é um instrumento de composição de conflito – pacificação social – que se realiza sob o manto do contraditório. O contraditório é inerente ao processo. Trata-se de princípio que pode ser decomposto em duas garantias: participação (audiência, comunicação; ciência) e possibilidade de influência na decisão.

Quando se justifica o não cerceamento de defesa alegando-se que o Recorrente "em momento algum deixou de exercer seu direito à defesa, de forma mais ampla possível (fls. 361), equivocadamente se considera "ampla defesa" como defesa ilimitada. São institutos diametralmente opostos. A ampla defesa manifesta-se pela oportunidade concedida ao sujeito passivo de opor-se à pretensão, fazendo serem conhecidas e apreciadas todas as suas alegações de caráter processual e material, bem como as provas com que pretenda provar as suas alegações.

ALEXANDRE DE MORAES diz que por ampla defesa, "*entende-se o asseguramento que é dado ao réu de condições que lhe possibilitem trazer para o processo todos os elementos tendentes a esclarecer a verdade ou mesmo de omitir-se ou calar-se, se entender necessário, enquanto o contraditório é a própria exteriorização da ampla defesa, impondo a condução dialética do processo (par conditio), pois a todo ato produzido pela acusação, caberá igual direito da defesa de opor-se-lhe ou de dar-lhe a versão que melhor lhe apresente, ou, ainda, de fornecer uma interpretação jurídica diversa daquela feita pelo autor*"



PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/060218/13		Núcleo de Suporte Jurídico Mód. 300.314-9	968

ACOLHO, assim, a preliminar de nulidade do lançamento por cerceamento ao direito do recorrente a ampla defesa e ao contraditório. Mesmo pelo excesso de razões para suscitar a nulidade do presente lançamento, passo a oferecer minhas considerações quanto ao mérito do litígio.

No processo *sub examine*, versa a presente autuação pelo não-recolhimento do ISS, nos meses de setembro e outubro de 2009. Entretanto, analisando os fólios processuais, basta um cotejamento entre os valores pagos e as notas fiscais emitidas para corroborar a tese da Recorrente.

No mérito, versa a presente autuação pelo não-recolhimento do ISS, nos meses de setembro e outubro de 2009. Basta um cotejamento entre os valores pagos e as notas fiscais emitidas para corroborar certeza às alegações da Recorrente.

Observando-se que foram determinadas pelo Fiscal e consta na DIRPJ ano 2009 os seguintes valores de receita bruta auferida: setembro/2009, receita de R\$ 900.713,25, com a cobrança do mesmo valor no lançamento e outubro/2009, receita levantada de R\$ 923.679,51, estando na DIRPJ do trimestre outubro/novembro/dezembro a receita total auferida de R\$ 2.818.839,85.

Apurando-se as Notas fiscais de nº 29 a 56 emitidas (competência setembro), chegou-se ao valor total de serviços de R\$ 900.713,25, as de nº 57 a 84, apurou-se R\$ 923.679,51 (competência outubro). As notas fiscais de numeração de 001 a 28 foram relativas ao movimento de novembro.

As fls. 45, verifica-se que na DIRPJ, ano-calendário 2009, onde consta na "DISCRIMINAÇÃO DA RECEITA BRUTA", referente ao 3º trimestre, o valor de R\$ 900.713,01. Como a recorrente iniciou suas atividades em setembro/2009, esse mês seria o último mês do trimestre julho/agosto/setembro. Portanto em sua integralidade essa receita pertence ao mês de setembro.


Analisando detalhadamente as notas fiscais de nº 29 a 56 apurou-se o seguintes:

- serviços prestados de informática – R\$ 174.548,53
- serviços prestados de contabilidade – R\$ 119.834,13
- serviços prestados de planejamento e organização – R\$ 606.330,35

Somando-se as quantias e valores declarados acima perfaz-se a quantia total de R\$ 900.713,01.

Vinculando-se os valores devidos com as guias de ISS-retido e ISS-próprio:

- serviços de informática - R\$ 92.912,63 -ISS PRÓPRIO – 2% - R\$ 1.858,25 – 093794477  
R\$ 81.635,90 – ISS RETIDO – 2% - R\$ 1.632,71 – 093577564
- serviços de contabilidade – R\$ 79.239,74 – ISS PRÓPRIO – 3% - R\$ 2.341,07 093794452

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/060218/13			268

R\$ 41.798,30 - ISS RETIDO - 3% - R\$ 1.293,95 093577564

Correlacionando-se as guias de ISS retidos pelo tomador com as guias de iss próprio, pagas pelo Recorrente, fica delineado um quadro em que interligam-se as receitas apuradas com os pagamentos declarados e efetuados.

Quanto à obrigação acessória, o Dec. 8464/01 obriga em seu art.47 a todos os prestadores de serviços o dever de possuir e emitir notas fiscais de serviços.

No caso presente, como se pode observar, embora não houvesse recolhimento e nem emissão do Notas fiscais de serviços na data correta da ocorrência dos fatos geradores, posteriormente, e de forma espontânea, o Recorrente emitiu Notas fiscais de serviços referentes aos fatos geradores ocorridos e recolhera o ISS devido nessas operações. Poderia presente lançamento ter como fundamentação legal a cobrança de "débito autônomo", tendo em vista o recolhimento do tributo sem as correções e moras legais em competência diversa da original.

Trata-se, como exaustivamente se enfatizou no curso do exame dessa pretensão no âmbito administrativo, de cobrança indevida carreada por demonstrativos contábeis que comprovam o recolhimento e pagamento do tributo exigido.

Há que se observar que não há referências nas notas fiscais emitidas a posteriori da competência dos respectivos fatos geradores. Nesse contexto o autuante considerou como sendo competência exclusiva do mês de novembro. Conjugou-se provas dos pagamentos desses fatos geradores bem como não foram achadas quaisquer outras provas de que, mesmo pela coincidência de valores, não houve falta de recolhimento do ISS.

Vesse sentido peço vênia, senhor Presidente, a fim de dar PROVIMENTO TOTAL ao recurso impetrado, tanto em sede preliminar quanto à questão de mérito, julgando improcedentes o lançamento efetuado.

É o meu Voto.

Niterói, 05/07/2016



Handwritten signature and stamp in the top right corner.



**PREFEITURA  
DE NITERÓI**

**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

**PROCESSO Nº. 030/60.218/13**

**DATA: - 21/07/2016**

**CERTIFICO**, em cumprimento ao artigo 38, VIII, do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pelo Decreto nº. 9735/05;

905º SESSÃO

HORA: - 10:00

DATA: 21/07/2016

**PRESIDENTE:** - Carlos Mauro Naylor

**CONSELHEIROS PRESENTES**

1. Julio Cesar Dias Erthal
2. Alcídio Haydt Souza
3. Celio de Moraes Marques
4. Eduardo Sobral Tavare
5. Roberto Pedreira Ferreira Curi
6. Manoel Alves Junior
7. Amauri Luiz de Azevedo
8. Paulino Gonçalves Moreira Leite Filho

**VOTOS VENCEDORES:** - Os dos Membros sob o nºs. (01,02,03,04 05, 06, 07, 08)

**VOTOS VENCIDOS:** - Dos Membros sob o nºs. ( X )

**ABSTENÇÕES:** - Os dos Membros sob os nºs. ( X )

**VOTO DE DESEMPATE:** - SIM ( )                      NÃO ( X )

**RELATOR DO ACÓRDÃO:** - Sr. Celio de Moraes Marques

FCCN, em 21 de julho de 2016.

Niceida de Souza Duarte  
M. 229.514-8

SECRETARIA

975  
Município de Niterói  
Mat. 228.514-8

  
**Niterói**  
PREFETURA DE  
**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA**  
**CONSELHO DE CONTRIBUINTE**

ATA DA 905ª Sessão Ordinária

Data: - 21/07/2016

**DECISÕES PROFERIDAS**

Processo 030/60.218/2013

**GETESB GESTÃO, ESTUDO E TECNOLOGIA DE SISTEMA DE SANEAMENTO BÁSICO LTDA**

**RECORRENTE:** - Getesb Gestão, Estudo e Tecnologia de Sistema de Saneamento Básico Ltda

**RECORRIDO:** Fazenda Pública Municipal

**RELATOR:** Sr. Celio de Moraes Marques

**DECISÃO:** - Por unanimidade de votos, foi dado provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, conseqüentemente, anulando o Auto de Infração nº.00235, de 26/06/2013, nos termos do voto Relator.

**EMENTA APROVADA**

**ACÓRDÃO Nº. 1.836/2016**

**“Base de cálculo – Preliminar de cerceamento e violação à ampla defesa e ao contraditório – Inserção extemporânea do art. 79, II, da Lei 2597/08 nas contra-razões apresentadas pelo autuante sem a devida cientificação ao contribuinte – Procedência da preliminar de nulidade por cerceamento – no mérito Auto de Infração por não recolhimento do ISS improcedente – Valores cobrados INDEVIDAMENTE e contabilmente comprovados os pagamentos em mês subsequente das competências arguidas – RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E PROVIDO”.**

FCCN, em 21 de julho de 2016.

  
**CONSELHO DE CONTRIBUINTE DO**  
**MUNICÍPIO DE NITERÓI**  
**PRESIDENTE**

Niterói de Souza Luan  
Mat. 226.514-8



**NITERÓI**

PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

**RECURSO: - 030/60218/2013**

**"GETESB GESTÃO, ESTUDO E TECNOLOGIA DE SISTEMA DE  
SANEAMENTO BÁSICO LTDA."  
RECURSO VOLUNTÁRIO**

Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado, por unanimidade de votos, foi pelo conhecimento do Recurso Voluntário, dando provimento, cancelando o Auto de Infração nº. 00235 datado de 26/06/2013, nos termos do voto/Relator.

Face ao exposto, submetemos a apreciação de Vossa Senhoria, nos termos do § 1º do art. 40 do Decreto 10487/09.

FCCN, em 21 de julho de 2016.

  
CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO  
MUNICÍPIO DE NITERÓI  
PRESIDENTE



Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060218/2013	16/07/2013	Nathalia Soares de Moraes Muit. 0020-5	275

Sr. Superintendente,

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto por GETESB – GESTÃO, ESTUDOS E TECNOLOGIA DE SISTEMAS DE SANEAMENTO BÁSICO LTDA., pelo qual se insurgiu contra a decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação do Auto de Infração nº 00235/2013, obtendo-se o provimento do Recurso junto ao E. Conselho de Contribuintes do Município.

Às fls. 02/213 constam a impugnação ao Auto de Infração nº 00235/2013, bem como, os documentos que a instruem.

À fls. 215/2016, o Auto de Infração impugnado.

Às fls. 217/218, consta manifestação do Fiscal de Tributos autuante, opinando pela manutenção do Auto.

Às fls. 219/221, parecer do FCEA, também opinando pela manutenção do Auto.

Às fls. 222/224, consta a decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação, com base no parecer do FCEA.

Às fls. 226/256, o referido Recurso Voluntário, assim como, os documentos que o instruem.

Às fls. 258/261 consta manifestação do Representante da Fazenda opinando pela manutenção da decisão de primeira instância.



Processo 030/060218/2013	Data 16/07/2013	Recurso do Niterói Recurso-5 MM. A	Folhas 276
-----------------------------	--------------------	---	---------------

Às fls. 213/268 consta o voto do conselheiro relator opinando pelo provimento total do recurso.

Às fls. 269/273 consta a Certidão de julgamento, na qual se verifica o provimento, por unanimidade, do Recurso do contribuinte, com conseqüente reforma da decisão de 1ª instância.

À fl. 274, despacho do FNPF encaminhando os autos ao Secretário de Fazenda. Bem como, despacho do Secretário solicitando análise e parecer desta Superintendência Jurídica.

**É o relatório. Passo a me manifestar.**

*Ab initio*, importante tecer alguns apontamentos em relação ao tópico III.1.C do Recurso Voluntário, onde o recorrente alega ter havido violação da ampla defesa, do contraditório e da legalidade, sustentando que o art. 79, II, do CTM “em momento nenhum foi mencionado na base legal que consta no Auto de Infração nº 00235/13”.

Primeiramente, pela leitura do art. 16, do Decreto Municipal nº 10.486/2009 (PAT), *infra*, que trata dos requisitos do Auto de Infração, é possível perceber que não houve cerceamento de defesa na lavratura do presente Auto.

*Art. 16. O auto de infração e a notificação de lançamento serão lavrados por servidor competente, contendo obrigatoriamente:*

*I- a qualificação do autuado ou intimado;*

*II- o local, a data e hora de sua lavratura ou de sua emissão;*

*III- a descrição circunstanciada dos fatos que justifiquem a exigência de tributos ou multas;*

*IV- a disposição legal infringida ou justificadora da exigência do tributo;*



Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060218/2013	16/07/2013	Notário Carlos José de Jesus Niterói, 24 de Julho de 2013 - 5	277

*V- o valor do tributo reclamado;*

*VI- os prazos de recolhimento do débito com as reduções previstas em lei ou regulamento, se houver;*

*VII- o prazo para defesa ou impugnação;*

*VIII- a assinatura e matricula do servidor, seu cargo ou função.*

*Parágrafo único. A notificação de lançamento emitida por processo eletrônico prescinde da assinatura.*

Analisando a descrição dos fatos (fl. 215), fica claro, pela redação do texto, que o fiscal autuante apontou a aplicação da alíquota de 5%, conforme trecho a seguir: “(...) correspondente ao ISS devido no período de setembro e outubro de 2009, incidente sobre serviços prestados de planejamento e organização, calculado pela alíquota de 5% (...)”.

Assim, não há que se falar em impedimento ao contraditório e à ampla defesa, ainda mais porque o próprio contribuinte capitulou o dispositivo e arguiu sobre o tema em sede recursal (fls. 238/241), não havendo qualquer prejuízo à sua defesa.

Em relação à ausência de dano, a doutrina<sup>1</sup> do direito administrativo consagrou o postulado *pas de nullité sans grief*, segundo o qual não há nulidade sem prejuízo, ou seja, o ato processual não será declarado nulo quando não causar prejuízo. Assim, se o núcleo das garantias do administrado, tal como o princípio da ampla defesa, estiver assegurado, não é o caso de invalidar o ato. Esse postulado está previsto no artigo 114, § 2º do Código de Processo Civil francês.

Analisando o princípio supracitado, Shirlei Silmara de Freitas Mello e Ana Paula Dutra Borges salientam que:

<sup>1</sup> Ver LÚCIA VALLE FIGUEREDO, Curso de direito Administrativo. 8. Ed. rev., atual. e ampl., São Paulo: Malheiros, 2006, p. 256.





Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060218/2013	16/07/2013	Nathalia Catarina Neves Metr. 247.690-5	278

*O princípio do prejuízo consiste na representação, dentro do ordenamento jurídico brasileiro, de tal instituto francês, determinando que, mesmo nas nulidades relativas, quanto nas absolutas, o ato processual deve ser considerado, desde que não acarrete dano para qualquer das partes. Permite, assim, que o direito seja materializado, através do aproveitamento máximo dos atos processuais.*

*(...)*

*O prejuízo, que invalida o ato processual, é aquele que impossibilita a este alcançar a sua finalidade. Cabe à Administração invalidar o ato danoso, tendo em vista que se submete ao princípio da legalidade, no entanto, a este princípio deve ser agregado o da razoabilidade, que permite reconhecer, em certas circunstâncias especiais, a convalidação do ato administrativo.*

*(...)*

*É possível deduzir que no âmbito administrativo há a prevalência do princípio do interesse público sobre o da legalidade estrita<sup>2</sup>.*

Abaixo, alguns julgados sobre o tema:

*ADMINISTRATIVO. MANDADO DE SEGURANÇA. SERVIDOR PÚBLICO FEDERAL. CASSAÇÃO DE APOSENTADORIA. PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR INSTAURADO COM BASE EM INVESTIGAÇÃO PROVOCADA POR DENÚNCIA ANÔNIMA. ADMISSIBILIDADE. PRECEDENTES. INEXISTÊNCIA DE AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO, DA AMPLA DEFESA E DO DEVIDO*

<sup>2</sup> MELLO, Shirlei Silmara de Freitas, BORGES, Ana Paula Dutra. Apontamentos sobre as inflexões do princípio da eficiência no processo administrativo brasileiro. Disponível na Internet: [http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n\\_link=revista\\_artigos\\_leitura&artigo\\_id=9543](http://www.ambito-juridico.com.br/site/index.php?n_link=revista_artigos_leitura&artigo_id=9543). Acesso em: 30 de maio de 2014.



Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060218/2013	16/07/2013	Nathalia Oliveira das Neves Matr. 100.620-5	279

*PROCESSO LEGAL. DILAÇÃO PROBATÓRIA. INADEQUAÇÃO DA VIA ELEITA. 1. Ainda que com reservas, a denúncia anônima é admitida em nosso ordenamento jurídico, sendo considerada apta a deflagrar procedimentos de averiguação, como o processo administrativo disciplinar, conforme contenham ou não elementos informativos idôneos suficientes, e desde que observadas as devidas cautelas no que diz respeito à identidade do investigado. Precedentes desta Corte. 2. As acusações que resultaram da apreensão de documentos feita pela Comissão de Sindicância, sem a presença do indiciado, não foram consideradas para a convicção acerca da responsabilização do servidor, pois restaram afastados os enquadramentos das condutas resultantes das provas produzidas na mencionada diligência. 3. Eventual nulidade no Processo Administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, o que não restou configurado na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio pas de nullité sans grief. Precedentes. 4. Em sede de ação mandamental, a prova do direito líquido e certo deve ser pré-constituída, não se admitindo a dilação probatória. Precedentes. 5. Segurança denegada. (STJ MS 200800293874 MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 13348. Terceira seção. Relatora: Laurita Vaz. DJE DATA:16/09/2009)*

*ADMINISTRATIVO. SERVIDORES PÚBLICOS. DEMISSÃO. NULIDADES NO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. OFENSA AO DEVIDO PROCESSO LEGAL. INOCORRÊNCIA. REEXAME DE PROVAS PRODUZIDAS. IMPOSSIBILIDADE DE ANÁLISE PELO PODER JUDICIÁRIO DO MÉRITO ADMINISTRATIVO. AGRAVAMENTO DA PENA SUGERIDA PELA COMISSÃO PROCESSANTE. POSSIBILIDADE. NECESSIDADE DE FUNDAMENTAÇÃO. ART. 168 DA LEI Nº 8.112/90. EXCESSO DE PRAZO. NÃO COMPROVAÇÃO DE PREJUÍZO. INDEPENDÊNCIA DAS ESFERAS*



Processo 030/060218/2013	Data 16/07/2013	Rubrica Hullio Campos dos Neves Intr. 147.010-5	Folhas 280
-----------------------------	--------------------	---	---------------

*ADMINISTRATIVA E PENAL. "WRIT" IMPETRADO COMO FORMA DE INSATISFAÇÃO COM O CONCLUSIVO DESFECHO DO PROCESSO ADMINISTRATIVO DISCIPLINAR. ORDEM DENEGADA. I - Em relação ao controle jurisdicional do processo administrativo, a atuação do Poder Judiciário circunscreve-se ao campo da regularidade do procedimento, bem como à legalidade do ato demissionário, sendo-lhe defesa qualquer incursão no mérito administrativo a fim de aferir o grau de conveniência e oportunidade. II - A Lei 8.112/90, no artigo 168, autoriza a Autoridade competente a dissentir do relatório apresentado pela Comissão Processante, desde que a sanção aplicada esteja devidamente motivada. Ademais, não há vedação quanto à adoção do parecer de sua Consultoria Jurídica. Precedentes. III - A Lei nº 8112/90, ao dispor sobre o julgamento do processo administrativo disciplinar, prevê expressamente no artigo 169, § 1º que "O julgamento fora do prazo legal não implica nulidade do processo.". Consoante entendimento desta Corte o excesso de prazo não pode ser alegado como fator de nulidade do processo, mormente se não restar comprovada qualquer lesão ao direito do servidor. IV - Aplicável o princípio do "pas de nullité sans grief", tendo em vista que eventual nulidade do processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo, o que não ocorreu no presente caso. V- A sanção administrativa é aplicada para salvaguardar os interesses exclusivamente funcionais da Administração Pública, enquanto a sanção criminal destina-se à proteção da coletividade. Consoante entendimento desta Corte, a independência entre as instâncias penal, civil e administrativa, consagrada na doutrina e na jurisprudência, permite à Administração impor punição disciplinar ao servidor faltoso à revelia de anterior julgamento no âmbito criminal, ou em sede de ação civil, mesmo que a conduta imputada configure crime*



Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060218/2013	16/07/2013	Nathalia Vasquez das Neves Matr. 241.620-5	281

*em tese. VI - Evidenciado o respeito aos princípios do devido processo legal, do contraditório e da ampla defesa, não há que se falar em nulidades do processo administrativo disciplinar, principalmente quando o "writ" é impetrado como forma derradeira de insatisfação com o conclusivo desfecho do processo administrativo disciplinar. VII - Ordem denegada. (STJ MS 200302059218 MS - MANDADO DE SEGURANÇA - 9384, Terceira Seção, Relator: Gilson Dipp, DJ DATA:16/08/2004 PG:00130)*

*ADMINISTRATIVO. PROCESSUAL CIVIL. RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA. PROCESSO ADMINISTRATIVO-DISCIPLINAR. VIOLAÇÃO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA NÃO VERIFICADA. AUSÊNCIA DE PROVA PRÉ-CONSTITUÍDA.*

*1. Trata-se de demissão da recorrente, após regular processo administrativo, em função de afirmado desvio de numerários na Contadoria da Comarca de Fundão por meio de fraudes que acarretaram o não-recolhimento aos cofres públicos de importâncias derivadas do ITCD.*

*2. O processo administrativo disciplinar observou o contraditório e a ampla defesa. A parte foi intimada dos atos processuais e teve oportunidade de se manifestar sobre a fundamentação que conduziu à sua demissão.*

*3. Inexiste nulidade sem prejuízo. Se é assim no processo penal, com maior razão no âmbito administrativo. A recorrente teve acesso aos autos do processo administrativo disciplinar, amplo conhecimento dos fatos investigados, produziu as provas pertinentes e ofereceu defesa escrita, o que afasta qualquer alegação relativa à ofensa ao devido processo legal e à ampla defesa. Eventual nulidade no processo administrativo exige a respectiva comprovação do prejuízo sofrido, hipótese não*



Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060218/2013	16/07/2013	Nathalia Lopes dos Neves Matr. 20.320-5	282

*configurada na espécie, sendo, pois, aplicável o princípio pas de nullité sans grief.*

*4. Nos termos da Súmula Vinculante 5/STF, a falta de defesa técnica por advogado no processo administrativo não ofende a Constituição Federal, desde que seja concedida a oportunidade de ser efetivado o contraditório e a ampla defesa, como no caso.*

*5. Ausência de argumentação que desabone os atos da Comissão Processante. Não houve indício de fato que conduzisse a decisão imparcial ou atécnica tomada contra a recorrente.*

*6. O Termo de Indiciamento e o Relatório Final da Comissão Processante foram suficientemente fundamentados, com base nas provas produzidas nos autos.*

*7. Recurso Ordinário não provido. (STJ RMS 32849/ES RECURSO ORDINÁRIO EM MANDADO DE SEGURANÇA 2010/0160083-1. Segunda Turma. Relator: Ministro Herman Benjamin. DJE 20/05/2011)*

Quanto ao mérito, importante frisar que em diversas ocasiões no processo (fls. 217/218; 219/221; 258/261) foi frisado que, pelos documentos acostados aos autos pela recorrente, não é possível afirmar que os serviços prestados se referem aos meses de setembro e outubro, já que as notas fiscais são datadas de novembro de 2009 (fls. 62/89).

Assim, como a recorrente não juntou documentação, nem escrituração fiscal, apta a comprovar o alegado, o Auto de Infração deve ser mantido.



Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060218/2013	16/07/2013	Nathalia Cazeira das Neves Matr. 241.620-5	283

Ante o exposto, **opina-se pela não homologação da decisão proferida pelo E. Conselho de Contribuintes do Município**, mantendo-se, assim, a decisão de **1ª Instância**.

É o parecer que submeto à consideração superior.

FSJU, 31 de agosto de 2016.

  
NATHALIA CAZEIRA DAS NEVES  
ASSESSORA JURÍDICA  
MAT. 241.620-5

Ao Secretário Municipal de Fazenda,  
Nos termos da manifestação *retro*, a qual aprovo.

  
ERIC FERNANDES DA SILVA MENDONÇA  
SUPERINTENDENTE JURÍDICO  
MAT. Nº 239956