

**PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI**

RUA VISCONDE DE SEPETIBA, 987, 6º ANDAR
NITERÓI - RJ
21 26200403 - CNPJ: 28.521.748/0001-59
prefeitura@niteroi.rj.gov.br
www.niteroi.rj.gov.br

PROCESSO Nº 030024304/2014
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 11/08/2016
Hora: 18:07
Usuário: SERGIO DALIA BARBOSA
Pública: Sim



Processo : 030024304/2014
Data : 20/10/2014
Tipo : IMPUGNAÇÃO AO AUTO DE INFRAÇÃO
Requerente : EMPRESA BRASILEIRA DE REPAROS NAVAIS SA
Observação : AUTO DE INFRAÇÃO Nº 00438, DE 08/10/2014

Titular do Processo : EMPRESA BRASILEIRA DE REPAROS NAVAIS S
Hora : 14:35
Atendente : BRUNO CARDOSO FELIPE

**Despacho : Proc. 030/024304/2014 – Empresa Brasileira de Reparos Navais SA – RENAVE
Sr. Presidente.**

Cuida-se de Recurso voluntário contra decisão de 1ª Instância que manteve AI em cobrança do ISS, no valor total de R\$ 415.808,09 (297.005,78 ISS + 118.802,31 multa), do período de Abr/ 2013 a Ago/2014, por não recolhimento do imposto dado como devido relativo aos serviços de reparo naval; e de apoio e atracação; com incidência da alíquota de 2%.

Fundamentam a cobrança, como infringência, o art. 77, alínea "A", e os arts. 92 e II4, todos da Lei 2597/08 (CTMN), e como sanção o art. 120, I, da mesma Lei, tendo ainda como base legal o item 14, subitem 14.01, mais o item 20, subitem 20.01, do anexo III, c/c os arts. 65, 68, I, mais os arts. 72, 78, 80 e 81, c/c o art. 91, II, alínea "D", todos da referida Lei 2597/08, com suas alterações posteriores.

De fls. 05 a 25, a impugnação oferecida em sede de 1ª Instância, com arguição de preliminar e mérito; de fls. 26 a 32, procuração e contrato social; de fls. 33 a 37, AI (cópia) diverso em alegada duplicidade de cobrança; de fls. 38 a 151, contratos (cópias) diversos do período autuado; às fls. 153 a 158, manifestação fiscal em justificativa da cobrança; de 159 a 182, docs. anexos à manifestação fiscal; de fls. 185 a 195, parecer, FCEA; fls. 196, a decisão recorrida, tendo por base de fundamentação a manifestação fiscal e o parecer FCEA publicada em 04/12/2014; de fls. 198, comunicação da decisão (pessoal) por via de AR; às fls. 199, cópia da publicação; ainda compondo o feito, anexo expediente do procedimento de fiscalização, protocolado sob no. 030/017679/2014.

Já nesta Instância, o recurso voluntário, de fls. 201 a 221 que, de rigor, reproduz "ipsis litteris", toda a argumentação trazida em sede de primeira Instância, para culminar com pedido de reforma da decisão como proferida, por não observar esta "a Lei acerca da matéria e não respeitar os direitos mínimos do contribuinte no processo, devendo ser acolhidas as arguições de nulidades, e deferido o pedido de prova pericial".

Este, assim, o breve relatório, quando passo a examinar.

Como se observa do todo processado, estruturou a Recorrente suas razões pontualmente, insurgindo-se contra o lançamento tanto com alegações preliminares de nulidade da autuação, quanto alegações de mérito relativas à legalidade do lançamento, à vista dos ditames do art. 142 do CTN.

Igual formato adotaram a manifestação fiscal e o parecer FCEA para contraditar as alegações defendentes, circunstância esta que orienta o presente parecer neste mesmo sentido.

Neste passo, quer me parecer que as alegações preliminares aduzidas pela ora Recorrente não merecem prosperar, visto intentar as mesmas, de forma infundada, desconstituir o lançamento com meras alegações de incorreções que, como demonstrado pelas manifestações fiscal e FCEA, não se sustentam quando confrontadas com os fatos provados, e também com as leis aplicáveis à matéria.

Neste sentido, a alegação da ocorrência de "bis in idem" logo se vê vencida quando esclarecida a circunstância de cobrança do mesmo imposto (objeto de impugnação também em trâmite neste Conselho, sob no. 030/024306/2014) de empresa distinta da ora Recorrente, com inscrição municipal e CNPJ próprios, que não se confunde com a Renave aqui autuada. Igual destino se impõe à alegação de que a multa fiscal não poderia incidir sobre o débito corrigido, quando o art. 120, I, e art. 232 (correção monetária), do CTMN, impõem expressamente que a incidência das penalidades deve ocorrer sobre o crédito fiscal atualizado, como de regra ocorre na legislação tributária de todo o país. Quanto a alegação de que a autuação se orientou por indício e presunção, fica evidente a intenção meramente protelatória da Recorrente, tendo em conta que, como demonstrado, a mesma se houve com base em elementos contábeis, fiscais e jurídicos (contratos), verificados nos registros da autuada, documentos estes, inclusive, que instruem a impugnação. Já quanto a alegada ausência na peça fiscal de prazo de recolhimento do débito com deduções previstas em lei, verifica-se na peça fiscal menção expressa de que "a multa fiscal sofrerá as reduções



PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI

RUA VISCONDE DE SEPETIBA, 987, 6º ANDAR

NITERÓI - RJ

21 26200403 - CNPJ: 28.521.748/0001-59

prefeitura@niteroi.rj.gov.br

www.niteroi.rj.gov.br

PROCESSO Nº 030024304/2014
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 11/08/2016
Hora: 16:07
Usuário: SERGIO DALIA BARBOSA
Público: Sim



previstas na legislação em vigor”, fato este que, em seu sentido, cumpre satisfatoriamente o estabelecido no citado art. 16, VI, do Dec. 10487/2009, quando sinaliza ao contribuinte a possibilidade de renunciar ao litígio mediante pagamento do imposto devido, sem qualquer prejuízo ao seu direito de defesa e ao regular processo como por ele inaugurado. Relativamente à inconstitucionalidade da multa fiscal (40%), tal alegação já de há muito foi inadmitida neste Conselho, seja quanto à sua natureza reconhecida como não confiscatória, seja também pelo fato de sua expressa previsão em lei plenamente em vigor, não submetida ao crivo do judiciário neste sentido.

Ingressando no mérito, vem de arguir a Recorrente, inicialmente, a ilegalidade e inconstitucionalidade da aplicação do IPCA para correção do crédito tributário, como previsto na lei local, por ser a correção monetária matéria legislativa afeta exclusivamente à União. Mais uma vez, desfia a Recorrente argumento enviesado através de afirmação óbvia. O que dispõe a legislação local (art. 1º. da Lei 1813/2000) -- como enfatizado tanto pela manifestação fiscal quanto pelo parecer FCEA--, é que está o Poder Executivo autorizado a adotar o IPCA para atualização de seus créditos, não configurando isto, por manifesto, qualquer ingerência local na fixação do índice. Apenas remete tal dispositivo ao índice estabelecido por Lei pela União, não cabendo assim qualquer ilação acerca de violação de competência legislativa como quer fazer crer a Recorrente. Mais enveredando pelos caminhos da inconstitucionalidade/ilegalidade, argui a Recorrente, desta feita, não ser objeto do ISSQN o serviço de “reparo naval” por ela prestado, por não constar expressamente da Lista de serviços da Lei LC 116/2003, e que, portanto, a cobrança se utiliza da analogia para alcançar sua atividade neste município, de forma ilegal. Como sabido, e já pacificado no STF em diversos julgados, a interpretação da lista de serviços, embora seja ela taxativa, admite interpretação extensiva para abrigar serviços idênticos aos expressamente previstos, mas com diferente nomenclatura”, nos termos do voto da Ministra Eliana Calmon, trazido aos autos pela própria Recorrente, às fls. 211 do presente recurso (item 7). No sentido deste entendimento, traz à colação o parecer FCEA, entre outros, elucidativo ensinamento de Sérgio Pinto Martins (fl. 190) de que a lista de serviços “ admite interpretação ampla e analógica, conforme já decidiu o STF, onerando serviços que, embora não estejam previstos categoricamente na respectiva lista, pertençam ao mesmo gênero”. Esclarecendo mais, transcreve o referido parecer FCEA (mesma fl. 190) julgados do STF e STJ que, fazendo distinção entre interpretação analógica e analogia, elucida que “admissível a interpretação extensiva e analógica. Vedada, porém, a analogia. Aquela repeita os marcos normativos. Esta última acrescenta fatos novos”. Em sequência, aduz mais a Recorrente a suposta ilegalidade da tributação do serviço de apoio marítimo/atracação, apanhado também pela autuação, sob argumento de que a mesma não prestou, e não presta, tal serviço, transcrevendo em apoio de sua tese definições de jurista e dicionarista, para convencer que materialmente não presta o serviço como indicado na peça fiscal. Ocorre que, conforme destacado no parecer FCEA, os serviços tributados tiveram como fonte informativa diversas NFs emitidas pela própria Recorrente (fls. 159 a 166), fato que, de forma objetiva, faz prova incontestável a favor do afirmado pela ação fiscal. Relativamente à exclusão de mercadorias, peças e partes da base de cálculo do imposto, cobrado sem exclusão, novamente me reporto ao parecer FCEA (fl. 193) que, salientando ser regra geral a incidência do imposto sobre o preço bruto do serviço, e, ainda que haja previsão legal da possibilidade da exclusão dos materiais empregados (base do ICMS), o fato é que, no caso, não cuidou a Recorrente de informar que tributou tais materiais e peças por documentação idônea, levando a autuação se dar pela base de cálculo “cheia”, na forma do art. 151 do RISS. Por fim, no tocante à necessidade de prova pericial como requerida, tenho que andou bem a decisão em denegá-la, tendo em conta que os elementos contidos nos autos não recomendam tal tipo de prova, já que as questões suscitadas podem perfeitamente ser esclarecidas através do simples exame das provas produzidas, não ensejando, assim, como pugnado pela Recorrente, qualquer prejuízo à sua ampla defesa, ou mesmo ao devido processo legal

Sendo assim, e pelo todo o exposto, é o parecer para sugerir o conhecimento do presente Recurso, e negar-lhe provimento, no sentido da manutenção do lançamento como levado à efeito, por reunir este todos os requisitos formais de validade exigidos pelo art. 142 do CTN, e mais do art. 16 do Dec. 10487/2009. “Sub censura”.

Em 16 de Agosto de 2016.

Sérgio Dália Barbosa
Rep. da Fazenda



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0024304/2014	06/09/16	Eduardo Sobral Tavares Procurador do Município Mat. 228.514-9 OAB RJ 15.9215	

EMENTA: Auto de Infração nº 438/14 – ISS incidente a prestação de serviços de reparo naval, apoio marítimo e atracação (subitens 14.01 e 20.01) – legalidade do auto de infração – multa de 40% sem natureza confiscatória – ausência de *bis in idem* – possibilidade de interpretação extensiva da lista de serviços constante da LC nº 116/03 e Lei nº 2.597/08 – desnecessidade de produção de prova pericial – desprovimento do recurso.

Exmo. Sr. Presidente e demais membros deste Conselho,

I. Relatório

Trata-se de recurso voluntário tempestivamente interposto por EMPRESA BRASILEIRA DE REPAROS NAVAIS S.A – RENAVER contra decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação apresentada pela recorrente, mantendo, portanto, a higidez do Auto de Infração impugnado.

Com efeito, o Auto de Infração nº 438/14, no valor de R\$415.808,09 (quatrocentos e quinze mil, oitocentos e oito reais e nove centavos), foi lavrado em decorrência do não recolhimento do ISS devido pela prestação de serviços de reparo naval,



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0024304/2014	06/09/16	Eduardo Sobral Tavares Procurador do Município Mat. 231.368-3 OAB/RJ 16.9715	

apoio marítimo e atracação (subitens 14.01 e 20.01 da Lista Anexa à Lei nº 2.597/08), no período de abril de 2013 a agosto de 2014.

Em síntese, arguiu o impugnante que: (i) o auto de infração é nulo em virtude da existência de outro que tributa o mesmo fato, o que caracterizaria indevido *bis in idem*; Além disso, não indica o prazo de recolhimento do débito, indo de encontro ao preceito legal pertinente, bem como se baseia meramente em indício e presunção; (ii) a multa aplicada recaiu sobre o valor atualizado, quando deveria fazê-lo sobre o valor original do débito, além de possuir natureza confiscatória; (iii) é ilegal e inconstitucional a aplicação do índice de correção monetária (IPCA) utilizado pelo Município de Niterói; (iv) é ilegal e inconstitucional a tributação dos serviços de reparação naval, atracação e apoio marítimo; (v) a base de cálculo sobre a qual recai a alíquota é incorreta, na medida em que não exclui as mercadorias, peças e partes empregadas; e (vi) seu direito à ampla defesa e ao devido processo legal restou cerceado pela não realização de prova pericial.

A decisão de primeira instância, acolhendo a manifestação fiscal de fls. 153/158 e o parecer de fls. 185/195, rejeitou todos os argumentos supramencionados, julgando improcedente à impugnação.

Contra essa decisão, irrisignou-se a recorrente, pelo que interpôs o recurso voluntário que ora se aprecia, reproduzindo, em seu bojo, argumentos idênticos ao que trouxe à baila inicialmente.

É o relatório. Decido.

II. Fundamentos

Não merece ser provido o recurso interposto.



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0024304/2014	06/09/16	Eduardo Sobral Tavares Procurador do Município Mat. 239.868-3 DABR 216 9715	

Em primeiro lugar, no que toca ao suposto *bis in idem*, cabe ressaltar que o Auto de Infração em epígrafe (AI nº 00438/14) aponta, ao identificar o auçado, o **CNPJ nº 42.362.160/0002-01** e **Inscrição Municipal nº 163698-4**.

Noutro giro, o Auto de Infração nº 439/14, que alegadamente ensejaria o reconhecimento de *bis in idem*, aponta, ao identificar o auçado, **CNPJ nº 42.362.160/0001-20** e **Inscrição Municipal nº 019196-5**, que são distintos.

Nessa linha, revela-se descabido o suscitado pelo recorrente, vez que são estabelecimentos distintos e devem ser considerados independentemente na forma do art. 74, §1º da Lei nº 2.597/08¹.

Em relação ao argumento de que o auto de infração lavrado se baseia em meros indícios e presunções, melhor sorte não assiste o recorrente. Isso porque o auto de infração goza, enquanto ato administrativo, de presunção de legitimidade, cabendo ao impugnante, portando, o ônus de demonstrar que o seu conteúdo não corresponde aos fatos apurados mediante a análise dos registros comerciais e contábeis (art. 33, §1º do Decreto nº 10.487/09²). Nesse sentido, não se desincumbiu, mediante documentos, do ônus de provar fato extintivo, modificativo ou impeditivo do direito creditício da Fazenda Pública.

¹ Art. 74. Considera-se estabelecimento prestador, para efeito de incidência do Imposto, o local onde são exercidas as atividades de prestação de serviços, de forma permanente, temporária ou esporádica, seja matriz, filial, sucursal, agência, posto de atendimento, escritório de representação ou contato, ou que esteja sob qualquer outra denominação de significação assemelhada, independentemente do cumprimento de formalidades legais ou regulamentares. § 1º **Cada estabelecimento prestador do mesmo contribuinte ou responsável é considerado independente**, nele devendo constar, em separado, os livros contábeis próprios, comerciais e fiscais, obrigatórios pela Legislação de regência, bem como os comprovantes da escrita e dos recolhimentos do Imposto, e demais documentos instituídos por Lei ou Regulamento.

² Art. 33. A decisão do litígio tributário, em primeira instância, compete ao Secretário Municipal de Fazenda. §1º. **A Fazenda Municipal cabe o ônus da prova de ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e, ao impugnante, o ônus da prova de extinção ou de exclusão do crédito exigido.**



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0024304/2014	06/09/16	Eduardo Sobral Tavares Procurador do Município Mat. 231/9843 Mat. 231/9719	

Conforme esclarecido pelo parecer de fls. 185/195, o lançamento observou a lei e foi realizado após consulta à documentação contábil e fiscal do contribuinte. É possível, igualmente, através da análise das notas fiscais e contratos trazidos aos autos pelo fiscal de tributos às fls. 159/182, constatar o robusto lastro documental sobre o qual está baseada a lavratura do auto de infração impugnado.

No que tange ao argumento da falta de previsão do prazo para recolhimento do tributo, é certo que ao contribuinte, quando notificado da autuação, abrem-se duas possibilidades: (i) pagar o débito, na hipótese de concordar com o lançamento; ou (ii) impugnar administrativamente no prazo de 20 (vinte) dias (art. 27 do Decreto nº 10.487/09³), caso discorde da constituição do crédito tributário.

Note-se que as opções são dialéticas: ou o contribuinte se conforma com a exação e paga ou se irressigna e contesta administrativamente. Ora, se o prazo para impugnar é de 20 (vinte) dias, é consequência lógica que o prazo para pagar também é de 20 (vinte) dias.

Vale destacar que a redação do 32, parágrafo único do Decreto nº 10.487/09 deixa claro esse raciocínio ao dispor sobre o fenômeno em sede recursal:

Art. 32. O sujeito passivo não se pronunciando, o processo prosseguirá seu curso até a final decisão, que lhe será comunicada na forma do artigo 10, deste Decreto.

Parágrafo único. **Esgotado o prazo de 20 (vinte) dias para recurso ou pagamento do débito**, o sujeito passivo será considerado devedor

³ Art. 27. O sujeito passivo da obrigação tributária poderá impugnar a exigência fiscal, independentemente de prévio depósito, dentro do prazo de 20 (vinte) dias, contados da notificação do lançamento, da lavratura do auto de infração ou do termo de apreensão de livros e documentos fiscais, mediante defesa escrita, alegando toda matéria que entender útil ao julgamento e juntando os documentos comprobatórios das razões apresentadas.



Processo Administrativo	Data	Rubrica Tavares	Folha(s)
030/0024304/2014	06/09/16	Eduardo Sobrinho Procurador do Município Mat. 2.100-3 OAB 109115	

remisso, sendo o processo encaminhado ao órgão competente para a inscrição da dívida e conseqüente cobrança executiva.

Logo, não se pode acolher a tese de nulidade invocada pelo contribuinte.

Igualmente descabida é a alegação de ilegalidade da multa aplicada. Assim estabelece o art. 120, inciso I da Lei nº 2.597/07:

Art. 120 O descumprimento da obrigação principal instituída pela legislação do Imposto sujeita o contribuinte ou responsável às seguintes multas, calculadas sobre o valor do Imposto devido:

I - 40% (quarenta por cento), quando houver falta de pagamento, total ou parcial, exceto nas hipóteses previstas nos demais incisos.

Nessa esteira, o Supremo Tribunal Federal já decidiu no sentido de que multas de caráter punitivo não possuem natureza confiscatória senão se estipuladas em percentual superior a 100% do valor do tributo⁴:

Indo além, o art. 232 da Lei nº 2.597/08 é igualmente claro ao estabelecer que **a multa deve recair sobre o valor atualizado** e não sobre o valor original:

Art. 232 - A correção monetária prevista nos artigos anteriores, não implica na exoneração dos acréscimos moratórios e **das multas que serão devidos sobre o crédito fiscal atualizado.**

Parágrafo Único - Os valores devidos decorrentes das multas não proporcionais, ou os que forem decorrentes do não cumprimento de

⁴ AI 727872 AgR, Relator(a): Min. ROBERTO BARROSO, Primeira Turma, julgado em 28/04/2015, ACÓRDÃO ELETRÔNICO DJe-091 DIVULG 15-05-2015 PUBLIC 18-05-2015



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0024304/2014	06/09/16	Eduardo Sobral Tavares Procurador do Município Mat. 220.514-0 CAD. 1189745	

obrigações acessórias, serão atualizadas a partir do prazo estabelecido para o pagamento dos mesmos.

No tocante à alegada ilegalidade e inconstitucionalidade da aplicação do IPCA como índice de correção monetária – na medida em que usurpava a competência outorgada à União pela Carta Maior – esta não merece prosperar. A Constituição de 1988 reserva ao âmbito federal a instituição do índice, vale dizer, sua fixação. Por sua vez, o art. 1º da Lei 1.813/00 tão somente autoriza a aplicação do índice fixado pela União, de tal modo que não há se falar em usurpação de competência, tampouco de ilegalidade, ante a previsão de aplicação do IPCA no indigitado diploma normativo.

De igual modo não é possível oferecer guarida à tese levantada pelo recorrente de que não incide o ISS sobre a prestação do serviço de reparação naval.

Isso porque a Lei Complementar nº 116/03 e Lei nº 2.597/08, que, respectivamente, fixa normas gerais e institui o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, estabelecem em seu subitem 14.01, que a “lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, **CONserto, RESTAURAÇÃO**, blindagem, manutenção e conservação de **MÁQUINAS, VEÍCULOS**, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de **QUALQUER OBJETO**” constituem fatos geradores do ISS.

Vale dizer, quer se considere o serviço de reparação naval conserto/restauração de máquina, quer se considere conserto/restauração de veículo, ou, ainda, conserto/restauração de qualquer objeto, permanece lícita a incidência do ISS.

Aduz o recorrente, e com razão, que a lista de itens da Lei Complementar nº 116/03 é taxativa, não comportando analogia. No entanto, olvida-se de que a interpretação extensiva constitui meio hávido de interpretação de normas tributárias, na medida em que



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0024304/2014	06/09/16	Edardo Sobral Tavares Procurador Municipal Mat. 225.514-6 CAD. 100.000.000	

se revela instrumento útil ao intérprete para que este logre em aferir, no caso concreto e da maneira mais precisa possível, se o serviço em voga é fato gerador de determinado tributo³.

Nesse sentido, inclusive, já se manifestou o Tribunal de Justiça do Estado do Rio de Janeiro:

0017495-71,2008.8.19.0002 - APELAÇÃO 1ª Ementa

DES. MALDONADO DE CARVALHO - Julgamento: 09/08/2011 -
PRIMEIRA CAMARA CIVEL

I.S.S. REPAROS A EMBARCACAO INCIDENCIA DO TRIBUTO INTERPRETACAO EXTENSIVA PRINCIPIO DA ISONOMIA PRECEDENTES JURISPRUDENCIAIS TRIBUTARIO. ISS. REPAROS NAVAIS. INCIDÊNCIA DE IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS DE QUALQUER NATUREZA. LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. LISTA DE SERVIÇO DE CARÁTER TAXATIVO COM A POSSIBILIDADE DE LEITURA EXTENSIVA DE CADA ITEM. PRINCÍPIO DA ISONOMIA NA TRIBUTAÇÃO. PRECEDENTES DO STF. O item 14.01 da Lei Complementar nº 116/2003 dispõe que o imposto sobre serviço de qualquer natureza tem como fato gerador a prestação de serviços relativos a bens de terceiros, enumerando "lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS)". Se, por um lado, a lista de serviços é taxativa quanto ao gênero, por outro, o STF vem se manifestando no sentido de que cada item admite interpretação extensiva em relação às espécies nela elencadas. Decisão correta, que integralmente se mantém. IMPROVIMENTO DO RECURSO.

³ (REsp 693.278/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 28/11/2006, D) 14/12/2006, p. 330)



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0024304/2014	06/09/16	Eduardo Soares Tavares Procurador do Município Mat. 22514-D 030/0024304/2014	

A incidência de ISS sobre o serviço de reparos navais, portanto, não encontra qualquer óbice.

O recorrente almeja, ainda, impugnar a base de cálculo sobre o qual recaiu a alíquota do ISS ao afirmar que não houve o desconto devido das peças e partes empregadas, que deveriam ser tributadas pelo ICMS, por força do que dispõe o subitem 14.02 *in fine* da Lei Complementar nº 116/03.

Contudo, uma análise mais detida do alcance da norma indigitada é suficiente para que se alcance conclusão distinta.

A regra geral, nos termos do art. 1º, §2º da LC nº 116/03⁶, é de que o ISS incidirá sobre o valor total da nota fiscal, ainda que a prestação de fazer inclua o fornecimento de mercadorias. São exceções os casos expressamente previstos na lista anexa que remetam à incidência do ICMS, quando deverá ser depurada a base de cálculo.

De fato, há a previsão da dedução das peças e partes empregadas no serviço de reparação ou conserto de veículos e máquinas (subitem 14.01), sobre elas incidindo o ICMS. Porém, mister ressaltar que não é qualquer material fornecido na empreitada que importará na dedução, eis que a norma contida na LC nº 116/03 deve ser interpretada em consonância com os ditames da Constituição da República, em especial o art. 155, inciso II.

Para que haja a depuração da base de cálculo e incidência do ICMS sobre as peças e partes empregadas na reparação, é mister que ocorra o fator gerador da exação estadual, isto é, que se promova uma "operação relativa à circulação de mercadoria".

⁶ Art. 1º O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, de competência dos Municípios e do Distrito Federal, tem como fato gerador a prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador. § 2º Ressalvadas as exceções expressas na lista anexa, os serviços nela mencionados não ficam sujeitos ao Imposto Sobre Operações Relativas à Circulação de Mercadorias e Prestações de Serviços de Transporte Interestadual e Intermunicipal e de Comunicação – ICMS, ainda que sua prestação envolva fornecimento de mercadorias.



36
José Eduardo Soares de
Mat. 229.314-0

Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0024304/2014	06/09/16	Eduardo Soares de Procurador do Município Mat. 229.314-0 CNPJ 12.715	1

Dessa forma, é condição da dedução da base de cálculo a existência de um negócio jurídico mercantil caracterizado pelos termos "operação", "circulação"⁷ e "mercadoria". Ou seja, é preciso que a transmissão jurídica se dê como um ato de mercancia.

Em outras palavras, o contribuinte, além da obrigação de fazer, deve promover a circulação de mercadorias e serviços independentemente da atividade de prestação de serviço. Em outras palavras, alia-se a prestação de fazer (ISS) com a prestação de dar (ICMS).

Nessa hipótese, haveria a incidência de ICMS sobre esses insumos fornecidos, enquanto que o ISS incidiria sobre o restante.

Todavia, o recorrente não logrou demonstrar, em sua impugnação, ser contribuinte de ICMS, ou seja, atuar circulando mercancia. É sintomático de tal condição, por exemplo, a ausência dos comprovantes de recolhimento do imposto estadual.

Ademais, o art. 151 do Decreto nº 4.652/85 estabelece que o prestador de serviços, caso pretenda excluir certas mercadorias do preço bruto ou total do serviço, deve indicar expressamente nas notas fiscais a saída de materiais sujeitos ao ICMS:

⁷ "Configuram o verdadeiro sentido do fato juridicizado, a prática de ato jurídico relativa à transmissão de um direito (posse ou propriedade)". PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 217

⁸ "É a passagem das mercadorias de uma pessoa para outra, sob um título jurídico, sendo irrelevante a mera circulação física ou econômica". PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 221.

⁹ "É o bem corpóreo da atividade profissional do produtor, industrial e comerciante, tendo por objeto a sua distribuição para consumo, compreendendo-se no estoque da empresa, distinguindo-se das coisas que tenham qualificação diversa, como é o caso do ativo permanente". PAULSEN, Leandro; MELO, José Eduardo Soares de. **Impostos federais, estaduais e municipais**. 5. ed. rev. e atual. 2. tir. Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2010, p. 222.



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0024304/2014	06/09/16	Eduardo Sobral Procurador Mat GA	Tavarez Municipia 145

Art. 151 - A não existência ou falta de indicação em Nota Fiscal própria de saída de materiais (Nota fiscal de ICM), acarretará a incidência do Imposto Sobre Serviço sobre o valor total da fatura emitida pelo prestador dos serviços, inclusive sobre o valor dos materiais empregados nos serviços.

Nessa esteira, é também de se rejeitar o argumento de que não houve serviço de atracação naval e apoio marítimo, mas, sim, mera locação de bens, de modo que não haveria que se falar em incidência do ISS.

As notas fiscais colacionadas aos autos (fls. 159/166) constituem inabalável evidência de que houve a prestação de serviço previsto pelo subitem 20.01 da Lei Complementar 116/03:

20.01 - Serviços portuários, ferroportuários, utilização de porto, movimentação de passageiros, reboque de embarcações, rebocador escoteiro, atracação, desatracação, serviços de praticagem, capatazia, armazenagem de qualquer natureza, serviços acessórios, movimentação de mercadorias, serviços de apoio marítimo, de movimentação ao largo, serviços de armadores, estiva, conferência, logística e congêneres.

O fato do Contrato Transpetro 4600009658 (fls. 167/179) indicar que o seu objeto é o "serviço de locação de cais" não desnatura a existência da prestação de serviço (obrigação de fazer). Com efeito, o contribuinte não disponibiliza simplesmente a área do cais à Transpetro, mas promove o fornecimento de água doce, água salgada, energia elétrica ao navio que irá atracar no porto (fls. 171/172). Isso, sem sombra de dúvida, constitui o serviço descrito no subitem 20.01

Finalmente, também não se impõe resultado mais favorável ao recorrente no que diz respeito ao alegado cerceamento de defesa pela decisão de primeira instância em virtude da não realização de prova pericial.



Processo Administrativo	Data	Rubrica	Folha(s)
030/0024304/2014	06/09/16	Eduardo Sobral Tavares Procurador Mat. 98-3 DAB 4713	

As notas fiscais presentes nos autos, bem como os contratos e o conteúdo do auto de infração lavrado pelo fiscal de tributos, constituem material plenamente apto ao esclarecimento das questões suscitadas pelo recorrente.

Cabe ressaltar que a realização de prova pericial, no que toca à seara tributária, revela-se mecanismo excepcional, do qual o julgador deve se vale tão somente quando a natureza da controvérsia se mostrar particularmente complexa.

Não pode ser, portanto, regra, tanto mais no caso em tela, em que o impugnante não demonstrou a necessidade de sua realização.

Não houve, enfim, qualquer prejuízo à ampla defesa do recorrente, tampouco ao devido processo legal.

III. Dispositivo

Ante o exposto, voto pelo conhecimento e desprovimento do recurso, para manter a decisão de primeira instância e, conseqüentemente, a higidez do Auto de Infração nº 438/14.

Em 06.09.16.


EDUARDO SOBRAL TAVARES
CONSELHEIRO

937
Município de Niterói
N.º 225.914-8



**PREFEITURA
DE NITERÓI**

**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO N.º. 03024304/16

DATA: - 15/09/2016

CERTIFICO, em cumprimento ao artigo 38, VIII, do Regimento Interno deste Conselho, aprovado pelo Decreto n.º. 9735/05;

921º SESSÃO

HORA: - 09:00

DATA: 15/09/2016

PRESIDENTE: - Paulo Cesar Soares Gomes

CONSELHEIROS PRESENTES

1. Carlos Mauro Naylor
2. Alcídio Haydt Souza
3. Celio de Moares Marques
4. Eduardo Sobral Tavares
5. Roberto Pedreira Ferreira Curi
6. Amauri Luiz de Azevedo
7. Paulino Gonçalves Moreira Leite Filho

VOTOS VENCEDORES - Os dos Membros sob o n.ºs. (01, 02, 03, 04, 05, 06, 07)

VOTOS VENCIDOS: - Dos Membros sob o n.ºs. (X)

ABSTENÇÕES: - Os dos Membros sob os n.ºs. ()

VOTO DE DESEMPATE: - SIM () NÃO (X)

RELATOR DO ACÓRDÃO: - Dr. Eduardo Sobral Tavares

FCCN, em 15 de setembro de 2016.

Alcides de Souza Duarte
N.º 225.914-8

SECRETARIA

PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

ATA DA 921ª Sessão Ordinária

Data: - 15/09/2016

DECISÕES PROFERIDAS

Processo 030/0024304/14 – ANEXO 030/017679/14

EMPRESA BRASILEIRA DE REPAROS NAVAIS SA

RECORRENTE: Empresa Brasileira de Reparos Navais S/A
RECORRIDO: Fazenda Pública Municipal
RELATOR: Dr. Eduardo Sobral Tavares

DECISÃO: - Por unanimidade de votos, foi negado provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão recorrida, consequentemente, mantido o Auto de Infração de nº. 00438, de 06/10/2014. Recurso não provido.

EMENTA APROVADA
ACÓRDÃO Nº. 1.853/2016

“Auto de Infração nº. 00438/14 – ISS incidente a prestação de serviços de reparo naval, apoio marítimo e atracação (subitens 14.01 e 20.01) – Legalidade do Auto de Infração – multa de 40% sem natureza confiscatória – ausência de bis in idem – possibilidade de interpretação extensiva da lista de serviços constante da LC. nº 116/03 e Lei nº. 2597/08 – desnecessidade de produção de prova pericial – desprovimento do Recurso”.

FCCN, em 15 de setembro de 2016.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE

239
NÍCIO DE SOUZA
Mét. 228.814-8


PREFEITURA DE Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO: - 030/024304/14 – ANEXO PROC. 030/017679/14
EMPRESA BRASILEIRA DE REPAROS NAVAIS S/A
INSCRIÇÃO MUNICIPAL – 163698-4

Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado, por unanimidade votos de votos, foi de negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão de Primeira Instância, conseqüentemente, mantido o Auto de Infração nº. 00438, de 06 de outubro de 2014. Recurso não provido.

Em face do disposto no § 5º, do art. 40 do Decreto nº. 10.487/09, submeto à apreciação de Vossa Senhoria para ato homologatório do Exmo. Senhor Prefeito.

FCCN, em 15 de setembro de 2016.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE





PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI

RUA VISCONDE DE SEPETIBA, 987, 6º ANDAR
NITERÓI - RJ
21 26200403 - CNPJ: 28.521.748/0001-59
prefeitura@niteroi.rj.gov.br
www.niteroi.rj.gov.br

241
PROCESSO Nº 030024304/2014
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 23/09/2016
Hora: 15:56
Usuário: ANA CLAUDIA DA SILVA MOURAS
Público Sim

Processo : 030024304/2014
Data : 20/10/2014
Tipo : IMPUGNACAO AO AUTO DE INFRAÇÃO
Requerente : EMPRESA BRASILEIRA DE REPAROS NAVAIS SA
Observação : AUTO DE INFRAÇÃO N°. 00438, DE 06/10/2014

Titular do Processo : EMPRESA BRASILEIRA DE REPAROS NAVAIS S
Hora : 14:35
Atendente : BRUNO CARDOSO FELIPE

Ana Claudia da S. Mouras
Matrícula 335.763

Despacho : À
FGAB,

Senhor Secretário,

Tendo em vista decisão do Conselho de Contribuintes conforme fls. 223 à 239, cujo Acórdão foi publicado em Diário Oficial em 23/09/16 encaminhamos o presente, solicitando apreciação de Vossa Senhoria, face ao que dispõe o art. 40, e seus parágrafos, do Decreto n.º 10.487/09.


FNPF, em 23 de setembro de 2016.

Ana Claudia da S. Mouras
Matrícula 335.763

**NITERÓI**

PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Processo	Data	Rubrica	Folha
030/024304/2014	20/10/2014		242

Ao FNPF,

Considerando o previsto no art. 40 e parágrafos do Decreto nº 10.487/09, que *devolve à Instância superior o exame de toda a matéria em discussão;*

Considerando ainda que, na sequência, o §5º estabelece que as decisões do Conselho serão *submetidas a ato homologatório do Prefeito Municipal, precedido de manifestação do Secretário de Fazenda;*

E considerando, por fim, que o art. 63 do citado Decreto delega *ao Secretário Municipal de Fazenda a faculdade de que trata o parágrafo 5º, do artigo 40, deste Decreto;*

HOMOLOGO a decisão proferida às fls. 238 deste processo.

Em 26/09/2016


CESAR AUGUSTO BARBIERO
Secretário Municipal de Fazenda