

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60.927/10	26/11/2010	<i>Nilcéia de Souza Duarte</i> Nº 228-514-8	91

Senhor Presidente e demais membros do Conselho:

Trata-se de RECURSO interposto por CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PLAZA SHOPPING LTDA, inscrito no cadastro de contribuintes desta Secretaria, referente a auto de infração relativo a imposto sobre serviços de terceiros.

DO RECURSO

O recorrente alega:

- Nulidade do auto de infração, tendo em vista que o fiscal teria se baseado, tão somente, nos dados constantes na contabilidade e nos livros comerciais do recorrente, implicando cerceamento de seu direito de defesa.
- A atividade de que trata o contrato objeto da autuação versa sobre locação de bens móveis, e não cessão; dessa forma, e por força da súmula vinculante nº 31, do STF, não haveria incidência de ISS.

CONSIDERAÇÕES

Integram o auto de infração planilha e relação de notas fiscais emitidas pela contratada contra o recorrente. Em resposta à impugnação, o fiscal autuante informa que:

1. O auto combatido foi lavrado no curso da ação fiscal, tendo as informações que o fundamentaram sido fornecidas por funcionário do recorrente, por este escolhido para assistir ao fiscal;

2. O fiscal também se baseou no livro "Razão" do recorrente, em que ficou demonstrada a não retenção do tributo sobre os alegados serviços prestados pela contratada (Fernandes Medina Divisórias Ltda);

3. Os demais documentos não foram examinados em face da demora do recorrente, que após três meses, não os apresentou; estes documentos estariam, conforme informado pelo funcionário do recorrente, em um "arquivo morto"

4. O fiscal examinou os registros relativos aos recolhimentos efetuados pelo recorrente, sendo este procedimento preliminar ao trabalho fiscal.

5. O auto de infração foi lavrado para exigir ISS incidente sobre o serviço prestado ao shopping pela cessão de tapumes e divisórias, previsto no subitem 3.05 da lista anexa à Lei Complementar nº 116/03. No entender do fiscal, tapumes e divisórias são algumas das "estruturas temporárias" a que faz menção o referido subitem:

"Cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário".

A despeito de na Base Legal do auto (folha 61), ter o fiscal indicado subitem diverso (3.04), entendemos não ser este fato capaz de macular a autuação, tendo em vista que o relato esclarece com perfeição a atividade a que se refere.

O FCEA, em seu parecer (folhas 66 a 71) opina pela procedência da autuação, pelos motivos seguintes:

1. A escrita contábil do recorrente, sendo regular e com observância das determinações da legislação, faz prova a favor e contra aquele, podendo fundamentar a autuação, e não causando qualquer cerceamento de defesa ao recorrente;

30760 f 52110

PP
Divisão de Souza Duan
Mec. 220.514-8

2. Nos termos da legislação municipal, o ônus de provar a extinção do crédito tributário incumbe ao autuado (art. 33, § 1º do Decreto nº 10.487/09);

3. O auto de infração está em conformidade com as exigências do artigo 142 do CTN, bem como do artigo 16 do Decreto nº 10.487/09;

4. O ISS incide nos casos em que há prestação de serviços em conjunto com locação de bens, nos contratos em que o locador se obriga a não só disponibilizar o bem mas também se responsabiliza por seu funcionamento.

No Recurso, limitou-se o recorrente a apresentar os mesmos argumentos já ofertados quando da impugnação.

Não apresentou o recorrente o contrato com a empresa Fernandes Medina Divisórias, de modo a permitir o conhecimento do objeto da contratação e a atividade efetivamente realizada por sua contratada. A fim de obter tais informações, buscamos o "site" da empresa (<http://www.divisoriafernandesmedina.com.br>), no qual a mesma se apresenta da seguinte forma:

*"Com experiência nas atividades voltadas ao **fornecimento e instalações de materiais para acabamento** desde o ano 2000, a Fernandes Medina Divisórias estabeleceu uma estrutura versátil e segura no Rio de Janeiro, tornando-se assim uma das mais bem aplicadas empresas no setor".*

"Nós da Fernandes Medina Divisórias buscamos permanentemente o aperfeiçoamento dos serviços oferecidos aos nossos clientes, utilizando materiais de altíssimo nível e profissionais tecnicamente capacitados. Para garantir o melhor atendimento e a plena satisfação de nossos clientes e colaboradores, oferecemos custos e condições acessíveis, pontualidade, transparência em todas as etapas do processo".

Entendemos, pelo relato do fiscal e pelas informações acima, que as atividades realizadas pela contratada do recorrente não se limitam à mera locação de bens móveis, como quer fazer crer o recorrente; mas envolvem prestação de serviços conjugado a disponibilização daqueles bens, como bem apontou o FCEA em seu parecer. No mesmo "site", há inclusive apresentação de fotos de serviços realizados, nas dependências dos clientes, dentre eles o recorrente.

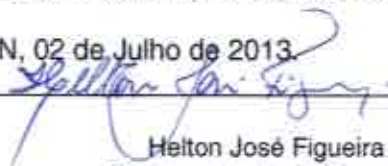
Assim, entendemos afastada a possibilidade de aplicação da Súmula Vinculante nº 31 ao caso, vez que não se trata de locação pura e simples, mas de serviço aliado a fornecimento de bem, com previsão no subitem 3.05 da Lei Complementar nº 116/03.

No que tange à alegação de cerceamento de defesa, implicando nulidade do auto de infração, concordamos com a tese do FCEA. As informações contidas nos registros contábeis e livros comerciais do recorrente são dignas de crédito e hábeis portanto a fundamentar a autuação, principalmente quando há demora na apresentação de outros documentos.

O auto de infração atende aos requisitos da legislação, tendo ao recorrente sido oferecidas todas as possibilidades de defesa, não logrando a nosso ver provar suas alegações.

Desse modo, somos pelo não acolhimento do Recurso.

FCCN, 02 de Julho de 2013.



Helton José Figueira
Representante da Fazenda

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.752/10	15/10/10	Pro Claudio de S. Moura Municipal <i>[Handwritten Signature]</i>	103

**CONDOMINIO DO EDIFICIO PLAZA SHOPPING
AUTO DE INFRAÇÃO N°. 1.566, DE 31 DE AGOSTO DE 2010**

EMENTA: - Autuação por falta de recolhimento do ISS devido na qualidade de responsável tributário, no período de outubro a dezembro de 2008, incidente sobre os serviços de cessão de tapumes e divisórias. Hipótese de incidência claramente disposta no subitem 3.04 da lista de serviços do ISS. Recurso não provido. Manutenção do Auto de Infração.

Senhor Presidente e demais Conselheiros,

Trata-se de Recurso Voluntário impetrado por Condomínio do Edifício Plaza Shopping, aqui representado por Bichara, Barata, Costa & Rocha Advogados, já qualificado nos autos, contra decisão de Primeira Instância que manteve Auto de Infração correspondente ao não recolhimento do ISS devido, incidente sobre serviços de cessão de tapumes e divisórias no período de outubro a dezembro de 2008, no valor total de R\$ 803,93, incluída a multa fiscal de 60%.

O Recorrente alega que o referido Auto de Infração não deve prosperar, primeiramente, porque a fiscalização lavrou a autuação com base somente nas informações apuradas pelos livros contábeis e que não mencionou, no Auto de Infração, quais os serviços tomados que ensejaram a ocorrência de fatos geradores do imposto. Cita para tanto doutrinas de tributaristas renomados.



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.752/10	15/10/10	<i>Pro. Cláudia de Moura</i> Metrôpoli	104

Para corroborar ainda mais com esta tese, baseia-se no art. 20 do Decreto nº. 10.487/09 que afirma **“serem nulos os atos ou decisões que impliquem em preterição, prejuízo ou cerceamento do direito de defesa”**. Argumenta que por estas razões o Auto de Infração é evidentemente nulo por implicar em falta dos elementos necessários à propositura do mesmo.

Também alega o Recorrente que é indevida a exação do imposto em relação à cessão dos tapumes e divisórias, visto que, em essência, tais operações tratam-se de modalidades de locação de bens móveis, cuja inconstitucionalidade na tributação do ISS já foi expressa pelo STF na Súmula Vinculante nº 31.

É o relatório.
Passemos ao voto:

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade do lançamento por haver se baseado apenas nos livros e registros contábeis do contribuinte, cabe registrar que a escrita da empresa, sendo regular e com obediência aos ditames legais, pode ser considerada pela fiscalização como idônea para se chegar à apuração do montante do imposto, tendo em vista revestir-se de documento registrado pelo próprio contribuinte, fazendo prova até mesmo em seu favor.

Neste aspecto, dispõe o art. 226 do Código Civil (Lei nº. 10.406/2002): .

“Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam conta as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.”

Assim, se a própria fiscalização no exercício de suas funções constatou os montantes das receitas de prestação de serviços com base em documentação do próprio contribuinte, reveste-se o lançamento fiscal do imposto de regularidade e legalidade, cabendo ao contribuinte refutá-lo.

No livro contábil Razão, o Fiscal atuante verificou o número das Notas fiscais bem como o valor dos serviços prestados.



PREFEITURA DE
Niterói

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.752/10	15/10/10	<i>Pro Claudia S. Mauro</i> Matrícula 238.791	<i>105</i>

Acrescenta-se ainda, que o Auto de Infração como ato administrativo que é, goza de presunção de legitimidade (*juris tantum*), competindo ao contribuinte o ônus da prova de extinção ou de exclusão do crédito exigido oferecendo os elementos probatórios dos fatos e das afirmações.

Em relação à falta de verificação dos pagamentos do ISS, o Fiscal autuante informou na sua manifestação que foram verificados os recolhimentos do ISS e que foram acostadas cópias extraídas do Sistema da SMF nos autos do processo de ação fiscal.

Não há, portanto, cerceamento de defesa e nem é cabível de nulidade do lançamento, pois a Recorrente teve conhecimento do motivo da autuação, o lançamento realizado e os elementos pertinentes ao Auto de Infração em tela.

Fato é que o Auto de Infração relata que o ISSQN lançado é referente à responsabilidade tributária da Autuada, por responsabilidade tributária, indicando também todas as formalidades legais que revestem o lançamento como base legal, infringência e sanção, permitindo deste modo a defesa do Recorrente.

Quanto ao mérito, não obstante o esforço envidado pelo Recorrente em apresentar a cessão de tapumes e divisórias como mera locação de bens móveis, sabe-se que a cessão destas estruturas móveis envolve serviço de montagem e instalação temporárias e, conseqüentemente, não se enquadra perfeitamente na hipótese de incidência afastada por inconstitucionalidade pela súmula do Supremo Tribunal, que trata da simples locação de bens móveis, sem que haja serviço prestado por parte do cessionário do bem. Tipificada claramente como hipótese de incidência do imposto no texto do subitem 3.04 da lista de serviços, a cessão de estruturas móveis pode ser perfeitamente tributada pelo município.

Tendo em vista o exposto, nosso voto é pelo não provimento do Recurso interposto pelo Recorrente, mantendo integralmente o Auto de Infração.

FCCN, em 15 de agosto de 2013.


CARLOS MAURO NAYLOR
Conselheiro Relator.



**PREFEITURA
DE NITERÓI**

**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

PROCESSO Nº. 030/60.752/10

DATA: - 15/08/2013

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

623º SESSÃO

HORA: - 10:00

DATA: 15/08/2013

PRESIDENTE: - Sérgio Dália Barbosa

CONSELHEIROS PRESENTES

1. Carlos Mauro Naylor
2. Alcídio Haydt Souza
3. Fabio Hottz Longo
4. Guilherme Penalva Santos
5. Roberto Pedreira Ferreira Curi
6. Paulino Gonçalves Moreira Leite Filho
7. Manoel Alves Junior
8. Amauri Luiz de Azevedo

VOTOS VENCEDORES: - Os dos Membros sob o nº.s (01, 02, 03,05, 06, 07, 08)

VOTOS VENCIDOS: - Dos Membros sob o nº (x)

ABSTENÇÕES: - Os dos Membros sob os nº.s (04)

VOTO DE DESEMPATE: - SIM () NÃO (x)

RELATOR DO ACÓRDAO: - Sr. Carlos Mauro Naylor

FCCN, em 15 de agosto de 2013

Núcleo de Apoio Técnico
Nº 205.614-8

Secretária



**PREFEITURA
DE NITERÓI**

**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

ATA DA 623ª Sessão Ordinária
DECISÕES PROFERIDAS

data: 15/08/2013

Processo 030/60.752/10 -

RECORRENTE: - Condomínio do Edifício Plaza Shopping

RECORRIDO: - Fazenda Pública Municipal

RELATOR: - Sr. Carlos Mauro Naylor

DECISÃO: - Por maioria de votos, foi negado provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão de Primeira Instância, conseqüentemente, mantido o Auto de Infração nº. 01.566, datado de 31 de agosto de 2010, nos termos do voto do relator.

EMENTA APROVADA

ACÓRDÃO Nº. 1.545/2013

"Manutenção de Auto de Infração por falta de recolhimento do ISS devido na qualidade de responsável tributário, no período de outubro a dezembro de 2008, incidente sobre os serviços de cessão de tapumes e divisórias. Hipótese de incidência claramente disposta no subitem 3.04 da lista de serviços do ISS. Recurso não provido. Manutenção do Auto de Infração".

FCCN, em 15 de agosto de 2013.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE
255.003-1


PREFEITURA DE
Niterói

 SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO: - 030/60.752/10 –
“CONDOMINIO DO EDIFÍCIO PLAZA SHOPPING”
RECURSO VOLUNTÁRIO
INSCRIÇÃO MUNICIPAL Nº. 079.322-4

Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado, por maioria de votos, foi de negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo o Auto de Infração nº. 01.566,, datado de 31 de agosto de 2010, nos termos do voto relator, abstendo-se em proferir voto o Conselheiro, Dr. Guilherme Penalva Santos, por se julgar impedido pelo fato de estar representando o município em ação judicial em que é autor o Recorrente.

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

FCCN, em 15 de agosto de 2013.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
 MUNICÍPIO DE NITERÓI
 PRESIDENTE
 27/08/13



PROCESSO	DATA	RUBRICA	FLS.
030/60.752/10	13/10/10	Ana Cláudia de S. Moura Matrícula 2509-1	109

À
SSGF,

Senhor Subsecretário,

Tendo em vista decisão do Conselho de Contribuintes, fls. 98 a 108, encaminhamos o presente, solicitando apreciação do Senhor Secretário, face ao que dispõe o art. 40, e seus parágrafos, do Decreto n.º 10.487/09.

FNPF, em 16 de agosto de 2013.

Ana Cláudia de S. Moura
Matrícula 2509-1