PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.756/10	13/10/10	Bruno Rodrigo Felipe 9105	96

CONDOMINIO DO EDIFICIO PLAZA SHOPPING
AUTO DE INFRAÇAO Nº. 01.574 DE 31 DE AGOSTO DE 2010

EMENTA: - Manutenção de Auto de Infração por não ter o contribuinte na qualidade de tomador recolhido o ISS devido incidente sobre serviços de retirada de lixo no período de novembro a dezembro de 2008.

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 retirada de lixo no período de novembro a dezembro de 2008 no valor total de R$ 1.721,77, incluindo 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, não verificando Notas Fiscais, tampouco outros documentos pertinentes, principalmente os registros da própria Prefeitura quanto ao eventual pagamento do tributo. Cita para tanto doutrinas de tributaristas renomados.

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 a propositura do mesmo.

Também alega o Recorrente, que não há incidência de ISS no caso em tela, pois este não se trata de serviço de retirada de lixo, conforme item 7, subitem 7.9 do Anexo III, c/c arts. 65, 68, inc. VI, alínea "e", art. 73, inc. III, art. 77, inc. I, arts. 78, 80 e 81, c/c art. 91, inc. II, alínea "a", todos da Lei nº. 2597/08, e sim de transporte intermunicipal, que teria como tributo o ICMS, conforme dispõe o art. 155, II, C.F.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.756/10	13/10/10	Bruno Cardoso Felipe 2360[illegible]	95

Ratifica para tanto que o serviço prestado consiste no transporte de lixo do estabelecimento do Condomínio (em Niterói) ao aterro sanitário de São Gonçalo.

Afirma diante o imposto que caso o Auto prospere, se configure em bi tributação, pois além do ICMS o contribuinte arcará com a incidência também do ISS sobre os mesmos serviços, o que é vedado pela C.F, pois como efeito confiscatório.

Requer então o Recorrente, seja julgado integralmente procedente o presente Recurso, por nulidade do Auto de Infração ou em razão da não incidência do ISS sobre o transporte intermunicipal.

Já o Fiscal autuante, a fim de sedimentar à defesa da Fazenda Municipal, pondera em seu pronunciamento que o Auto de Infração foi lavrado para cobrar o ISS que não foi retido pelo Contribuinte na qualidade de tomador, nos pagamentos que fez ao prestador do serviço de retirada de lixo no período de novembro a dezembro de 2008. Baseia-se o Fiscal em planilhas elaboradas a partir de informações transmitidas por funcionário do Shopping designado para assisti-lo na ação fiscal, assim como no Livro Razão onde constam lançamentos discriminados da conta "exigibilidades", subconta Impostos e Taxas, codificadas do passivo circulante. Estes lançamentos tem informação sobre o imposto (ISS), o tipo de documento (N.F ou RPA), o número do documento, o nome do prestador do serviço e o serviço prestado. Constam também os recolhimentos de ISS que foram efetuados.

Estes documentos citados acima estão apensados no processo nº. 030/09093/10, pois conforme afirma o Fiscal, a ação fiscalizatória ainda estava em curso, à época, pendentes de apuração dos anos de 2009 e 2010.

Outrossim, o referido Fiscal autuante afirma que não verificou as notas fiscais emitidas pela empresa contra o tomador por constar exclusivamente de dificuldades operacionais insuperáveis, conforme informação do próprio funcionário do shopping que o assistiu. Tal funcionário alega que não consegue recuperar do "arquivo morto" as notas fiscais.

Quanto à verificação dos registros da própria Prefeitura relativamente ao eventual pagamento do tributo, esta é uma das tarifas preliminares do trabalho da fiscalização e que também encontram-se ao mesmo processo citado anteriormente.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.756/10	13/10/10	Bruna [illegible] Felipe [illegible]	96

Sobre a não incidência do ISS sobre as operações em voga, o aludido fiscal alega que o representante do contribuinte confundiu o serviço efetivamente prestado com o meio de transporte utilizado. Para tanto, afirma que ficou claro que as notas fiscais emitidas pela empresa prestadora (Depósito de Papel Santa Cecília Ltda.) contra a tomadora fazem referência especifica à retirada de lixo.

Tendo em vista a petição do recorrente, assim como o parecer do Fiscal autuante, passamos a analise do processo e consequentemente 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 autuante verificou o nº. das Notas fiscais emitidas pelo prestador de serviços contra o tomador, bem como valor e o serviço prestado de retirada do lixo.

Acrescenta-se ainda, que o Auto de Infração como ato administrativo que é, goza de presunção de legitimidade (júris tantum), competindo ao contribuinte o ônus da prova de extinção ou de exclusão do credito 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.

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 substituição, indicando também todas as formalidades legais que revestem o lançamento como base legal, infringência e sanção, permitindo deste modo a defesa do Recorrente.

Quanto à não incidência do ISS, alegada pelo Recorrente, quanto ao argumento de que os serviços tomados foram de transporte intermunicipal, configurando-se em bitributação, pois além do ICMS teria incidência do ISS, assinala-se que não se pode confundir os meios e os equipamentos necessários à prestação de serviços com os serviços efetivamente prestados.

Assim, o serviço de retirada de lixo implica necessariamente no transporte de lixo para a estação de coleta especifica, sem que tal fato altere a natureza dos serviços para de transporte intermunicipal. O transporte configura-se apenas no meio para a prestação do serviço de retirada do lixo.

O Fiscal autuante informou que as próprias Notas fiscais de serviços emitidas para a Autuada configuram a prestação de serviço de retirada de lixo, demonstrando que a finalidade da relação obrigacional é a retirada de lixo, ainda que para o alcance desta prestação seja necessário a utilização de meio de transporte (equipamento). Acompanhando os pareceres do FCEA e representante Fazendário, indefiro o presente Recurso, mantendo o Auto de Infração lavrado na sua integralidade,

FCCN, em 08 de agosto de 2013.

ALCIDIO HAYDT SOUZA
CONSELHEIRO/RELATOR.

PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.756/10	13/10/10	Bruno Cardoso Felipe	98

Aberto vistas ao Conselheiro Dr. Carlos Mauro Naylor.

FCCN, em 13 de agosto de 2013.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE
Mat. 043.007-1

PREFEITURA DE Niterói

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.756/10	22/08/13	Nicéia de Souza Duar Mat. 226.514-1	99

VOTO-VISTA

Sr. Presidente e demais conselheiros,

Cuida-se de autuação em função do não recolhimento, pela Recorrente na condição de responsável tributário, do ISS devido em função da prestação de serviços de remoção de lixo no território de Niterói embora com destinação final no Município de São Gonçalo. A Recorrente alega preliminarmente a nulidade do auto de infração em questão pois este foi lavrado exclusivamente com base em seus registros contábeis. Alega também que não há fato gerador do ISS pois o serviço prestado consiste apenas em transporte intermunicipal, serviços cuja tributação não é de competência do Município.

Quanto à preliminar de nulidade, esta não se sustenta, visto que não causou dificuldade alguma para o exercício, pela Recorrente de seus direitos de ampla defesa e contraditório em todo o processo administrativo.

Quanto à alegação de que o serviço em questão consistiria em transporte intermunicipal não alcançado pelo ISS, tal interpretação há muito foi afastada pela jurisprudência do STJ. Na lista de serviços do Decreto-lei nº406/69, não havia a previsão do serviço de remoção de lixo como hipótese de incidência do ISS e vários fiscais de tributos tentaram promover o lançamento do imposto em função da prestação deste serviço, integrando-o ao campo de incidência do imposto por analogia com o serviço de transporte intramunicipal. Estas tentativas não prosperaram face a jurisprudência do Superior Tribunal, que sempre entendeu que o transporte do lixo era mera consequência do serviço de remoção e que o transporte puro e simples pressupõe bens ou mercadorias co finalidade útil a serem transportadas, que são deslocadas de um local para outro segundo a escolha do contratante dos serviços. Com a inclusão do serviço de remoção de lixo na lista de serviços do ISS a partir da vigência da Lei Complementar nº116/03, considero que aquele mesmo entendimento do STJ que impedia a tributação do serviço por este não estar

previsto na lista é perfeitamente aplicável para concluirmos por reconhecer a incidência do imposto no caso em questão.

Meu voto, portanto, acompanha o do relator pelo não provimento do recurso e pela manutenção da decisão de primeira instância e do auto de infração.

FCCN, em 22 de agosto de 2013.

CARLOS MAURO NAYLOR
Conselheiro Revisor.

Nilcéia de Souza Duarte
Mat. 226.514-8

PREFEITURA
DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. 030/60.756/10
DATA: - 22/08/2013

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

625º SESSÃO HORA: - 10:00 DATA: 22/08/2013

PRESIDENTE: - Sérgio Dalia 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 (04)

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

VOTO DE DESEMPATE: - SIM ( ) NÃO (x)

RELATOR DO ACÓRDAO: - Sr. Carlos Mauro Naylor

FCCN, em 22 de agosto de 2013

Nilcéia de Souza Duarte
Mat. 226.514-8
Secretária

PREFEITURA
DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

ATA DA 623º Sessão Ordinária **data: 22/08/2013**

DECISÕES PROFERIDAS

Processo 030/60.756/10

RECORRENTE: - Condomínio do Edifício Plaza Shopping

RECORRIDO: - Fazenda Pública Municipal

RELATOR: - Sr. Alcídio Haydt Souza
REVISOR: Sr. Carlos Mauro Naylor

DECISÃO: - Por maioria de votos, foi negado provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão de Primeira Instância, consequentemente, mantido o Auto de Infração nº. 01.574, datado de 31 de agosto de 2010, nos termos do voto do 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.

EMENTA APROVADA

ACÓRDÃO Nº. 1.556/2013

"Manutenção de Auto de Infração por não ter o contribuinte na qualidade de tomador recolhido o ISS devido incidente sobre serviços de retirada de lixo no período de novembro a dezembro de 2008."

FCCN, em 22 de agosto de 2013.

Sérgio Dalla Barbosa
Matrícula 219.003-1
Presidente do Conselho de Contribuintes - FCCN

Nilcéia de Souza Dean
Nilcéia Mat. 236.514-8
103

PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO: - 030/60.756/10 –
"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. 01.574, 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 22 de agosto de 2013.

Sérgio Dalia Barbosa
Matrícula 219.005-4
Presidente do Conselho de Contribuintes FCCN

PREFEITURA
DE NITERÓI

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FLS.
030/60.756/10	13/10/10	Nilcéia de Souza Duarte Mat. 226.514-6	104

À
SSGF,

Senhor Subsecretário,

Tendo em vista decisão do Conselho de Contribuintes, fls. 94 a 103, 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 27 de agosto de 2013.

Nilcéia de Souza Duarte
Mat. 226.514-6

PREFEITURA
NITERÓI
SECRETARIA MUNICIPAL
DE FAZENDA

Processo: 030/60756/10	Data: 13/10/10	Rubr.: Mat. 225870-5	Fls.: 105

PROCESSO ADMINISTRATIVO TRIBUTÁRIO

Homologo a decisão do Conselho de Contribuintes e, em especial, com esteio no voto do relator, às fls. 94 a 97 como fundamentação integrante desta decisão, de acordo com o que preceitua o art. 40, do Decreto nº 10.487/09, para manter o Auto de Infração nº 01574 de 31/08/2010.

À FNPF, para providências de estilo.

SMF, em 27/08/2013

CESAR AUGUSTO BARBIERO
Secretário Municipal de Fazenda