

Niterói, 30.11.2010
34

Processo nº 30/60.922/10

Maxitel Projetos e Instalação Ltda.

Av. Ernani do Amaral Peixoto nº 467 – Centro – Niterói

Auto de Infração nº 01.787, de 30.11.2010.

Inscrição Municipal : 056.345-2

Recebido, em 21.10.2013, em retorno de diligências, conforme folhas 83 a 131, deste processo, trata-se de recurso contra a decisão de 1ª. Instância que manteve o auto de infração nº 01.787, de 30.11.2010, (janeiro a dezembro de 2009), conforme folhas 46, 47; 48 a 51 e 52.

Nesta instância, cuida a recorrente a afirmar as suas razões antes expendidas, para afinal requerer a reforma da decisão singular sob a alegação de que – em forma - **PRELIMINAR: a)** que o recorrido não conseguiu abalar a veracidade do contrato (fls.40/42); **b)** que o imposto sobre serviços deve ser recolhido na sede do prestador de serviço(Município do Rio de Janeiro) , por força do contrato de prestação de serviços citado anteriormente para não violar o princípio da territorialidade; **c)** contesta a observação do Fisco , quanto à manipulação do contrato pelo recorrente, no que se refere à colocação do termo “cuja prestação de serviço é realizada na sede da contratada” (fls.40 – final do 4º§), denotando acréscimo posterior, em virtude de no final da oração anterior ter sido mantido, ou a última da suposta versão original estar registrada com “um ponto e vírgula (“;”)” , técnica de encerramento de um parágrafo ou item nas redações contratuais, em virtude de somente após a autuação (já que não foi apresentado àquela época) fazer juntada do contrato ao processo. **NO MÉRITO – a)** que a autuação se deu pela não inscrição do prestador de serviço no Cadastro de Contribuintes do Município de Niterói, não obstante terem sido eles realizados comprovadamente (?) na sede da empresa contratada instalada em outro município da federação. Dessa maneira, a falta de inscrição não se configuraria como fato gerador do imposto; **b)** retorna ao argumento já contestado em fase preliminar de que o contrato de prestação de serviço (fls.40) não deixa dúvida de que a prestação se deu no município sede do prestador do serviço (RJ); **c)** se insurge contra a afirmação da recorrida (fls.50) de que o contrato não serviria para fazer prova do lugar da realização do serviço pelo fato da ausência do reconhecimentos de firma dos contratantes, na data da assinatura do contato; **d)** de que a autoridade

30160929/10

Nírcia de Souza Uva
Mat. 228.514-8

ignorou que o referido contrato está devidamente autenticado por Tabelionato Público (vide versos das folhas), presumindo-se como verdadeiro os ajustes ali firmados (art.369 CPC); e se insurge contra o “excesso de multa” (100%), não podendo a mesma ser de índole confiscatória, contrariando os princípios da razoabilidade e proporcionalidade.

No essencial é este o relatório, passaremos ao parecer.

O contrato é a mais utilizada fonte de obrigação, que é o vínculo de direito em que um sujeito passivo (devedor) tem de dar, fazer ou não fazer uma prestação a um sujeito ativo (credor), sendo que o não cumprimento o sujeita à perda de seus bens para o pagamento ao credor. Para se caracterizar uma obrigação são necessários três elementos: pessoas, prestação e vínculo jurídico. Assim, o contrato deve conter cláusulas que abranjam, no mínimo, estes elementos constitutivos da obrigação.

O que temos no contrato em questão (fl.40)? Qual o objeto principal? Respondo: - *A prestação de serviços de escrituração fiscal estadual e municipal.* Há outros delineados, mas de condições acessórias ou suplementares como controles, emissão de guias, etc...

Ademais, há requisitos necessários – de acordo com o art. 108, do Novo Código Civil, à validade do negócio jurídico, que são:

- I - agente capaz;
- II - objeto lícito, possível, determinado ou determinável;
- III - forma prescrita ou não defesa em lei.

Capaz é aquela pessoa que pode exercer pessoalmente seus direitos e responder por suas obrigações. *Porém, excepcionalmente, algumas pessoas são consideradas incapazes pela lei, que as proíbe de exercer pessoalmente todos ou alguns atos jurídicos, em decorrência de não possuir os requisitos indispensáveis para tal.* A incapacidade divide-se em absoluta ou relativa. Na celebração de contratos, os absolutamente incapazes deverão ser representados e os relativamente incapazes deverão ser assistidos por quem de direito para que o instrumento possa ser válido. As partes contratantes também podem ser pessoas jurídicas, desde que devidamente representadas pelos

35760929/W

Núcia de Souza Lima
Mat. 226.514-5
136

respectivos sócios, gerentes, etc. O contrato também deve apresentar um **objeto lícito**, que não traga desabono às partes contratantes e, também, à sociedade.

Exsurge, imeditamente, a pergunta: - A quem caberia a competência legal para a atividade de escriturar livros fiscais, estadual e municipal? A resposta está contida no diploma abaixo.

RESOLUÇÃO CFC Nº 560/83

Dispõe sobre as prerrogativas profissionais de que trata o artigo 25 do Decreto-lei nº 9.295, de 27 de maio de 1946.

Art. 3º São atribuições privativas dos profissionais da contabilidade:

.....
9) escrituração regular, oficial ou não, de todos os fatos relativos aos patrimônios e às variações patrimoniais das entidades, por quaisquer métodos, técnicas ou processos;

.....
12) execução dos serviços de escrituração em todas as modalidades específicas, conhecidas por denominações que informam sobre o ramo de atividade, como contabilidade bancária, contabilidade comercial, contabilidade de condomínio, contabilidade industrial, contabilidade imobiliária, contabilidade macroeconômica, contabilidade de seguros, contabilidade de serviços, contabilidade pública, contabilidade hospitalar, contabilidade agrícola, contabilidade pastoril, contabilidade das entidades de fins ideais, contabilidade de transportes, e outras;

Art. 4º O contabilista deverá apor sua assinatura, categoria profissional e número de registro no CRC respectivo, em todo e qualquer trabalho realizado.

Então, ao profissional de contabilidade quando reunidos em organizações contábeis que exploram serviços contábeis são obrigados a obter o Registro Cadastral no CRC da jurisdição de sua sede, sem o que não poderão iniciar as atividades (Resolução no 1.390, de 30.03.2012, art.1º CFC).

Não tendo a empresa Luiz Serviços Técnicos Despachantes Ltda. atendido ao solicitado, nas folhas 83, quanto à averbação dos atos constitutivos da empresa no Conselho Regional de Contabilidade – RJ, na cidade do Rio de Janeiro, entendido pelo recorrente como sua sede, já que aqueles serviços pactuados contratualmente somente poderiam ser realizados por profissionais de contabilidade, resulta que a empresa não teria competência legal para

30160999/W
Núcleo de Fiscalização
Mat. 528.514-B
37

fazê-lo. Desta forma, evidenciando-se como agente incapaz para tal tarefa.

Já quanto à autenticidade do contrato, de prima, a garantir a autenticidade do contrato, pela simples autenticação das originais, não poderia o recorrente se amparar no art. 369, do CPC, visto que aquele – contrariamente do que foi afirmado pelo recorrente – informa que *“reputa-se autêntico o documento, quando o tabelião reconhecer a firma do signatário, declarando que foi aposta em sua presença”*, fato totalmente diferente do ocorrido, já que se reconheceu simplesmente que as originais conferiam com as cópias do contrato apresentados para autenticação.

Para se opor, legalmente, o contrato em discussão contra a autuação- em virtude dos efeitos dos atos emanados dele e autuados pelo agente fiscal - teria aquele contrato que se submeter ao registro, no Registro de Títulos e Documentos, para surtir efeitos em relação a terceiros, conforme determinado no item 4º, do art. 129, pela Lei nº 6.015, de 31.12.73, renumerado do art.130, pela Lei nº 6.216, de 1975. Providência não tomada pelo recorrente, ficando, então, a descoberto e sem amparo legal, quanto à argumentação de que naquele estaria comprovado o local da realização dos serviços.

Já para o Direito Tributário, o art. 118, do CTN, a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente pelos contribuintes, responsáveis, ou de terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos. Importa em dizer que o fato gerador e seus efeitos, mesmo que praticados por agente incapaz, deve se sujeitar à incidência do tributo.

A apresentação das guias de recolhimento ao Município do Rio de Janeiro, nas quais estão incluídas, os valores referentes às notas fiscais emitidas pelos serviços prestados ao recorrente, por si só, não faz prova de que aqueles (serviços) foram realizados em sua sede.

Isto posto, descaracterizado a legalidade e condição de oposição do contrato de prestação de serviços a terceiros; a qualidade, legalmente, da incapacidade profissional para a prestação dos serviços contratados e a não comprovação de que os serviços de escrituração

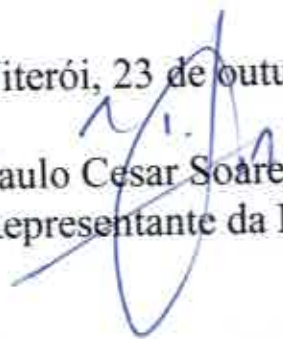
30609991W

Núcleo de Gestão
Mat. 228.8.1.1.1

131

fiscais, estadual e municipal, foram realizados em sua sede, no Município do Rio de Janeiro, levam-nos a opinar pela manutenção da decisão de 1ª Instância.

Niterói, 23 de outubro de 2013.


Paulo Cesar Soares Gomes
Representante da Fazenda

EM RECURSO



PREFEITURA DE
Niterói

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
03060.922/10	18/12/10	<i>Niterói, 29 de Outubro de 2013. M. 226.514-8</i>	<i>39</i>

Ao
Conselheiro, Dr. Guilherme Penalva Santos para relatar.

FCCN, em 29 de outubro de 2013.

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

EM BRANCO

Processo 030/60922/2010	Data 15.12.2010	Rubrica <i>[Handwritten Signature]</i> M. 200.514-8	Folhas 140
----------------------------	--------------------	---	---------------

EMENTA: ISS. Recurso voluntário. Responsabilidade tributária. Não retenção. Autuação fiscal. Fato gerador não ocorrido em Niterói. Provimento do recurso.

Senhor Presidente e demais Conselheiros:


Trata-se de recurso voluntário interposto por Maxitel Projetos e Instalações Ltda contra a decisão de primeira instância que manteve o auto de infração (fl. 52).

A recorrente é tomadora de serviços prestados por terceiros. No caso em tela, a recorrente sofreu autuação fiscal por falta de recolhimento do ISS na qualidade de responsável tributário em relação a serviços prestados entre janeiro de 2009 e dezembro de 2009. Além da exigência do pagamento do tributo, também foi imposta multa à recorrente.

À fl. 22 consta o auto de infração em que se infere que a autuação se fundamentou no item 17, subitem 17.18 do anexo III do art. 65 do Código Tributário do Município.

Na impugnação ao auto de infração a contribuinte alega que o serviço foi prestado fora do Município de Niterói e que a multa imposta, no montante de 100%, é confiscatória.

Às fls. 40/42 foi anexado o contrato de prestação de serviços entre a recorrente e SÉRGIO LUIZ SERVIÇOS TÉCNICOS DE DESPACHANTE LTDA. Na cláusula 1.1 do contrato está expresso que a "prestação de serviços é realizada na sede da contratada", que fica no Município do Rio de Janeiro. Vale frisar que este contrato está autenticado.

Processo 030/60922/2010	Data 15.12.2010	Rubrica 	Folhas 121
----------------------------	--------------------	---	---------------

Às fls. 46/47 o fiscal defende o auto por ele lavrado ao argumento de que (i) a tomadora não fez qualquer retenção do ISS e (ii) o contrato de prestação de serviços não foi apresentado durante a ação fiscal e não tem o reconhecimento de firma na data da assinatura.


Às fls. 48/51 o FCEA afirma que (i) não podem ser consideradas as informações que constam no contrato, pois não há o reconhecimento de firma na data da assinatura, (ii) o contrato seria inidôneo, (iii) não há provas de que o serviço não foi prestado em Niterói, (iv) tendo em vista que a autuada contratou serviços de empresas não inscritas no Município, caberia a mesma efetuar a retenção e o recolhimento do respectivo ISS.

À fl. 52 foi julgada improcedente a impugnação.

Às fls. 61/76 foi interposto recurso voluntário em que se sustenta (i) a autenticidade do contrato, (ii) que o serviço não foi prestado em Niterói, (iii) "o local da prestação dos serviços não foi o fato preponderante que levou o Sr. Fiscal a lavrar o Auto aqui guerreado. Tanto assim é verdade, que não se preocupou o mesmo em exigir os contratos e/ou as notas fiscais para que se pudesse checar onde os serviços foram efetivamente realizados" e (iv) que a multa imposta seria confiscatória.

Às fls. 83/85 o Representante da Fazenda solicitou que fossem apresentados diversos documentos, tais como (i) os atos constitutivos da contratada averbados no Conselho Regional de Contabilidade, (ii) guias de recolhimento do ISS junto ao Município do Rio de Janeiro e (iii) notas fiscais emitidas pelo prestador referente ao exercício de 2009.

Às fls. 88 e seguintes, o recorrente apresentou parte dos documentos e afirmou que os atos constitutivos não estão averbados no Conselho de Contabilidade, pois a atividade desenvolvida pela Contratada não é privativa de contador.

Processo 030/60922/2010	Data 15.12.2010	Rubrica 	Folhas 146
----------------------------	--------------------	---	---------------

Às fls. 134/138 o Representante da Fazenda afirma que a regularidade dos serviços prestados depende de registro no conselho profissional e, assim, a Contratada seria agente incapaz para celebrar o contrato de prestação de serviços. Portanto, o contrato seria nulo, embora o mesmo produza efeitos para fins tributários. Assim, opina pela manutenção do auto de infração.

É o relatório.

Trata-se de auto de infração lavrado pelo não recolhimento do ISS pelo tomador dos serviços. Inicialmente, cumpre destacar que o simples fato do tomador ter sua sede em Niterói não implica que o ISS deva ser recolhido ao Município de Niterói.

No caso dos serviços de escrituração fiscal, de acordo com o art. 3º da LC 116/03, se aplica a regra geral de que o imposto deve ser recolhido no local do estabelecimento prestador. Presume a lei complementar que, tais serviços são prestados efetivamente no estabelecimento do prestador e, por esta razão, naquele Município deve ser recolhido o imposto.

Adicionalmente, no caso em questão consta expressamente no contrato que os serviços são prestados na sede da contratada, que fica no Município do Rio de Janeiro. Destaco que este contrato está devidamente autenticado e, assim, tem força probatória idêntica ao contrato original. As alegações da FCEA de que "não pode ser considerado as informações que constam no contrato, pois não há o reconhecimento de firma na data da assinatura" não são minimamente razoáveis. **Deste modo, prestado o serviço no Município do Rio de Janeiro, lá deve ser recolhido o imposto.**

Vale também destacar que mesmo que não houvesse prova expressa de que os serviços são prestados em determinado Município, não poderia o fiscal simplesmente presumir que o fato gerador ocorreu em Niterói. Nunca é demais lembrar que incumbe ao

Processo 030/60922/2010	Data 15.12.2010	Rubrica <i>Nácia de Souza Duarte Mat. 228.541</i>	Folhas 143
----------------------------	--------------------	--	---------------

órgão fazendário comprovar a ocorrência do fato gerador, o que inclui o seu aspecto espacial, ou seja, deve-se provar que o serviço tenha sido prestado dentro do seu Município.


Em relação ao argumento do Representante da Fazenda de que o negócio jurídico seria inválido por ausência de agente capaz, penso não se tratar de questão de capacidade jurídica, mas sim de legitimação negocial. Embora a ausência deste requisito também leve à invalidade do negócio celebrado, discordo da interpretação quanto aos efeitos tributários.

Como bem destacou o Representante da Fazenda, no Direito Tributário, “a definição legal do fato gerador é interpretada abstraindo-se da validade jurídica dos atos efetivamente praticados pelos contribuintes, responsáveis, ou terceiros, bem como da natureza do seu objeto ou dos seus efeitos” (art. 118, I do CTN). Deste modo, ainda que a Contratada não tivesse habilitação legal para prestar tais serviços, se os tiver prestado, deve recolher o ISS.

Não obstante, a eventual invalidade do contrato não impede que este seja usado como um meio de prova. E, neste caso, há a menção de que o serviço foi prestado em outro Município. Logo, o ISS não deve ser recolhido no Município de Niterói.

Ante o exposto, voto no sentido de dar provimento ao recurso voluntário para anular o auto de infração.

FCCN,


GUILHERME PENALVA SANTOS
CONSELHEIRO DO CONSELHO DE
CONTRIBUINTES DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

146
Ofício de Souza Duarte
Mat. 220.514-8



**PREFEITURA
DE NITERÓI**

**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

**PROCESSO Nº. 030/60.922/10
DATA: - 05/11/2013**

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

644º SESSÃO HORA: - 10:00 DATA: 05/11/2013

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 (01,02,03,04, 05, 06, 07, 08)

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

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

VOTO DE DESEMPATE: - SIM () NÃO (x)

RELATOR DO ACÓRDAO: - Dr. Guilherme Penalva Santos

FCCN, em 05 de novembro de 2013.

Ofício de Souza Duarte
Mat. 220.514-8

145
Nícolai de Souza Duarte
Mat. 229.514-9



**PREFEITURA
DE NITERÓI**

**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

ATA DA 644ª Sessão Ordinária

data: 05/11/2013

DECISÕES PROFERIDAS

Processo 030/60.922/10

RECORRENTE: - Maxitel Projetos e Instalações Ltda.

RECORRIDO: - Fazenda Pública Municipal

RELATOR: - Dr. Guilherme Penalva Santos

DECISÃO: - Por unanimidade de votos, foi dado provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, cancelando o Auto de Infração nº. 01.787, datado de 30 de novembro de 2010, nos termos do voto/Relator.

EMENTA APROVADA

ACÓRDÃO Nº. 1.586/2013

"ISS. Recurso Voluntário. Responsabilidade tributária. Não retenção. Autuação fiscal. Fato gerador não ocorrido em Niterói. Provimento do Recurso".

FCCN, em 05 de novembro de 2013.

Sérgio Della Barbosa
Mandatário nº 229.003-1
Proprietário do Conselho de Contribuintes FCCN


Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO: - 030/60.922/10 – Anexo 030/020.100/10
“MAXTEL PROJETOS E INSTALAÇÕES LTDA.”
RECURSO VOLUNTÁRIO
INSCRIÇÃO: - 056.345-2


Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado, por unanimidade de votos, foi no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, com o cancelamento do Auto de Infração nº. 01.787, datado de 31 de novembro de 2010, nos termos do voto do Relator.

Nos termos do disposto no § 1º, do art. 40 do Decreto nº. 10.487/09 recorro de Ofício a Vossa Senhoria para manifestação do Exmo. Senhor Prefeito.

FCCN, em 05 de novembro de 2013.

Sérgio Datta Barbosa
Matrícula nº 19.033.3
Presidente do Conselho de Contribuintes FCCN

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FLS.
030/60.922/10	15/12/10	 Sousa Duarte Mat. 226.514-B	148

À
SSGF,

Senhor Subsecretário,

Tendo em vista decisão do Conselho de Contribuintes, 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 05 de novembro de 2013.


Sousa Duarte
Mat. 226.514-B