30/60641/10

58

Processo 30/60.641/10
PROART ENGENHARIA LTDA.
Est. Francisco da Cruz Nunes nº 6.501 sala 332
Itaipu- Niterói
Auto de Infração nº 01.478, de 29 de julho de 2010.
Inscrição Municipal nº 113.556-5
Recurso Voluntário

Trata-se de Recurso Voluntário contra a decisão de 1ª. Instância que manteve o auto de infração nº 01.478, de 29.07.2010, conforme folhas 39, 40 a 43 e 44 deste processo, pelos serviços prestados de construção civil de residências unifamiliares, na Rua Pablo Picasso nº 298 - Lote 06 Quadra "D" - Vila Progresso - Pendotiba - Niterói.

A solicitação, de obra nº 000.268/2007, foi feita pelo seu titular/contribuinte - Sr. Luciano Fontes Schluckebier - inscrita sob o nº 134.397-2, com opção pelo regime de incorporação por estimativa, em 02.04.2008 (fls. 21).

A obra foi realizada pela autuada, na condição de prestadora de serviços de construção civil, sem comprovação do recolhimento do ISS.

30/606 41/10

59

O parecer da FCEA, nas folhas 40 a 43, analisa a impugnação e pugna pela procedência da cobrança, entendendo que a autuada - prestadora de serviços de construção civil - foi inscrita como contribuinte (e não o titular da propriedade), conforme disposto no Decreto nº 10.191/07 (cf. folhas 21). Derradeiramente, não tendo comprovado o recolhimento do ISS correspondente pugnou pela manutenção do auto de infração nº 01.478, de 29.07.2010.

Nesta instância, a recorrente reitera os argumentos apresentados na impugnação, ressaltando que:

a)o ISS já havia sido pago por estimativa *em opção realizada pelo impugnante* (?), embasado no art.73, inciso IV e parágrafo 3º da Lei 480/83

b)que , se houve opção, quanto ao critério de tributação, e o cálculo do ISS definido pelo próprio Fisco, não pode a Fiscalização, posteriormente, modificar tal critério, gerando flagrante ilegalidade além da insegurança jurídica gerada por tal arbitrariedade.

É o parecer, no sentido de:

A estimativa fixada mediante despacho da autoridade - em função da declaração do

30/600641/10

contribuinte ou - mais propriamente - fundamentada na presunção da verdade contida naquela, não engessa, não imobiliza a administração fiscal, quanto à verificação da ocorrência das condições declaradas, anteriormente, e, principalmente, na verificação do recolhimento do imposto.

Em, 02 de abril de 2008, o Sr. Luciano Fontes Schluckebier se apresentou à Secretaria de Fazenda de Niterói, solicitando a inscrição da obra - *para efeitos tributários* - que seria edificada na Rua Pablo Picasso nº 298 - Quadra "D" - lote 06 - Vila Progresso - Pendotiba - Niterói, cujo terreno tinha a inscrição do IPTU de nº 107.089-5. Na ocasião, o contribuinte declarou (fls. 21, deste processo) que a obra seria realizada por incorporação, fazendo a opção pelo método de estimativa. Dessa maneira, recebeu a informação que teria a pagar de ISS o valor de R$2.095,98.

Como informação adicional, o Sr. Luciano Fontes Schluckebier é sócio meeiro da empresa autuada.

A empresa foi autuada - resultante de fiscalização - por ter atuado - nesta operação - como incorporadora e construtora, inclusive, tendo perdido a qualificação de incorporadora por ter vendido as duas unidades projetadas no curso da construção e antes do habite-se, ficando apenas na condição de construtora.

Ainda, que sempre afirmasse o recolhimento do ISS, em nenhuma fase da contestação apresentou a guia de recolhimento do ISS devido, apesar da pesquisa feita no sistema de arrecadação da Prefeitura de forma suplementar.

30/600641/10

O amparo legal à cobrança está consagrado nos artigos 90, 195 e 200 do Código Tributário de Niterói (Lei nº 2.597/08), assim como, no artigo 179 do Código Tributário Nacional.

Sendo assim, é o parecer pelo conhecimento do recurso, para NÃO PROVÊ-LO, mantendo a decisão de 1ª. instância e, consequentemente, o auto de infração nº 01.478, de 29.07.2010.

Conselho de Contribuintes
Niterói, 21 de janeiro de 2014.

PAULO CESAR SOARES GOMES
Representante da Fazenda

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60641/10	18/08/2010	Ana Cláudia [illegible] Matrícula [illegible]	63

PREFEITURA DE NITERÓI

EMENTA: - Serviço de construção civil de residências unifamiliares. Não recolhimento de tributo. Alegação de que o recolhimento já teria se dado, sob o regime de estimativa. Erro de pessoa na autuação. Procedência.

Senhor Presidente e demais membros:

Trata-se de Recurso voluntário contra decisão de 1ª instância que manteve auto de infração (nº 1478/10), lavrado a fim de exigir diferença de ISS. Esta se refere a serviços de construção civil de residências unifamiliares.

Ao impugnar o Auto em questão, a recorrente alegou já ter recolhido o ISS, calculado mediante estimativa, nos termos do art. 73, inciso IV e parágrafo 3º da lei nº 480/83. E que a nova exigência do fisco configuraria ilegalidade, visto que haveria modificação nos critérios adotados pela municipalidade, importando em insegurança jurídica.

O FCEA opina pela procedência da autuação, entendendo que a recorrente foi inscrita na condição de contribuinte (Não sendo portanto o titular da propriedade), conforme Decreto nº 10.191/07. E que, ausente comprovação de recolhimento do tributo, é cabível o Auto de Infração.

A Representação Fazendária inclina-se pela manutenção da decisão de 1ª instância. Alega que a estimativa fixada, fundada em informações da recorrente, não impede verificação posterior quanto ao correto recolhimento do tributo e o cumprimento das condições inicialmente declaradas.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60641/10	18/08/2010	Ana Claudia de S. Moura Matrícula	64

Informa ainda a douta Representação que a recorrente foi autuada pelo fato de ter atuado, no caso, como construtora e incorporadora. E que foi desqualificada como incorporadora pelo fato de ter vendido 01 (uma) unidades de 02 (duas) projetadas. Furtou-se a recorrente de apresentar guia de recolhimento da diferença exigida via notificação.

Ressalta a Representação Fazendária ser o titular da obra o responsável pela retenção do ISS sobre serviços tomados de terceiros, conforme art. 58 da lei nº 480/83. E que inexiste qualquer registro de recolhimento no sistema de arrecadação do município nesta condição.

É o relatório.

No exercício de 2008 foi solicitada a inscrição da obra, com a declaração de que a mesma seria realizada no regime de incorporação. Nos termos da legislação, ocorreu a opção pelo recolhimento do ISS calculado por estimativa. A inscrição ocorreu em nome de pessoa física, que mais tarde constatou-se ser sócio da ora recorrente.

A estimativa, conforme salientado pela Representação Fazendária, tem como suporte inicial as informações oferecidas à municipalidade pelo interessado, no caso, a recorrente. A constatação de que tais informações não procedem, ou de que o tributo calculado mediante o regime de estimativa não foi recolhido, autoriza a administração a rever o procedimento.

Conforme relato da fiscalização, a recorrente teria atuado como construtora, prestando serviços ao proprietário do terreno em que realizada a obra. Ausente a comprovação de recolhimento do tributo, foi lavrado Auto de Infração, no que atuou a fiscalização, em nosso entendimento, em desacordo com o ordenamento jurídico. Isto porque o artigo 58 do CTM (na época da ocorrência dos fatos geradores) impunha ao titular da obra o ônus do recolhimento, na condição de responsável tributário. E neste particular, respeitosamente divergimos da Representação Fazendária, vez que o titular da obra era o proprietário do terreno (Pessoa Física).

Assim, se havia o que se exigir, tal exigência deveria ser direcionada a quem de direito, tendo o fisco incorrido em "erro de pessoa". Como sabemos, uma das atividades concernentes ao lançamento tributário consiste na correta identificação do sujeito passivo (art. 142 do CTN).

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60641/10	18/08/2010	Ana Claudia da S. Moura Matrícula [illegible]	65

Pelos motivos expostos, é o voto pelo conhecimento do recurso e seu provimento, reformando-se a decisão de 1ªinstância, com o consequente cancelamento do Auto de Infração.

FCCN, em 06 de Fevereiro de 2014.

CONSELHEIRO/RELATOR

AMAURI LUIZ DE AZEVEDO

030/60.641/11 Nicolla de Souza Duarte Mat. 226.514-8

66

PREFEITURA
DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. 030/60.641/11
DATA: - 04/02/2014

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

668º SESSÃO HORA: - 10:00 DATA: 04/02/2014

PRESIDENTE: - Sérgio Dalia Barbosa

CONSELHEIROS PRESENTES

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

VOTOS VENCEDORES: - Os dos Membros sob o nº.s (01,03,04, 05, 06, 07)
VOTOS VENCIDOS: - Dos Membros sob o nº (02)

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

VOTO DE DESEMPATE: - SIM ( ) NÃO (x)

RELATOR DO ACÓRDAO: - Sr. Amauri Luiz de Azevedo

FCCN, em 04 de fevereiro de 2014.

Nicolla de Souza Duarte
Mat. 226.514-8

030/60.641/10

67

PREFEITURA
DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

ATA DA 668º Sessão Ordinária **data: - 04/02/2014**

DECISÕES PROFERIDAS
Processo 030/60.641/10
RECORRENTE: - Proart Engenharia Ltda
RECORRIDO: - Fazenda Pública Municipal
RELATOR: - Sr. Amauri Luiz de Azevedo

DECISÃO: - Por maioria de votos, foi dado provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, consequentemente, cancelando o Auto de Infração nº 01.478, datado de 29 de julho de 2010, nos termos do voto/Relator.

EMENTA APROVADA

ACÓRDÃO Nº. 1.634/2014

"Serviço de construção de residências uni familiares. Não recolhimento de tributo. Alegação de que o recolhimento já teria se dado, sob o regime de estimativa. Erro de pessoa na autuação. procedência."

FCCN, em 04 de fevereiro de 2014.

030/60.641/10

68

Ana Claudia do S. [illegible]
Matrícula 23[illegible]

PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO: - 030/60.641/10
"PROART ENGENHARIA LTDA."
RECURSO VOLUNTÁRIO

Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado, por maioria 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. 01.478, datado de 29 de junho 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 04 de fevereiro de 2014.

Sérgio Dalia Barbosa
Matrícula 27[illegible]-1
Presidente do Conselho de Contribuintes

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FLS.
30600644/10	18/08/10	Nilcéia de Souza Duarte Mat. 226.514-8	69

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 04 de fevereiro de 2014.

Sérgio Dalla Barbosa

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060641/2010	18/08/2010	Sandra Maria de Amorim Matr. 233.149-4	71

Decisão de 2ª instância que deu provimento ao Recurso Voluntário do contribuinte, com fundamento em "erro de pessoa na autuação" – intempestividade do Recurso - correta indicação do sujeito passivo – não homologação da decisão do Egrégio Conselho de Contribuintes.

I – BREVE RELATÓRIO.

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto por PROART ENGENHARIA LTDA., pelo qual se insurgiu contra a decisão de primeira instância que julgou improcedente a impugnação apresentada em face do Auto de Infração nº 01478/2010, obtendo-se o provimento do Recurso junto ao E. Conselho de Contribuintes do Município.

Às fls.02/25 constam a impugnação e os documentos que a instruem.

Às fls. 27/29 consta o Auto de Infração.

Às fls. 30 a manifestação do Fiscal de Tributos responsável pela autuação, Gabriel Bruzzi, opinando pela improcedência da impugnação, bem como requerendo parecer do Fiscal de Tributos Franklin Pimentel.

Às fls. 31/32, manifestação do referido Fiscal opinando pela improcedência e alertando para erro material no valor do metro quadrado, o que importou num aumento do valor devido.

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060641/2010	18/08/2010	Sandra Maria de Amorim Matr. 233.149-4	72

Às fls. 37, consta a Notificação informando ao contribuinte do aumento do valor devido.

Às fls. 40/43 consta parecer da FCEA que opina pelo indeferimento da impugnação.

Às fls. 44, a decisão de 1ª instância que julgou improcedente a impugnação ofertada.

Às fls. 45/46, a comunicação enviada ao contribuinte para lhe dar ciência da decisão, ocorrida em **12.08.2011.**

Às fls. 47, despacho da FNPF constatando o **decurso do prazo para recurso sem manifestação** do contribuinte.

Às fls. 48, carta enviada ao contribuinte em 14.09.2011 com aviso de que, não ocorrendo o pagamento espontâneo, o débito será inscrito em Dívida Ativa.

Às fls. 50, os autos são remetidos ao Cartório do Conselho de Contribuintes com Recurso do contribuinte, ressaltando-se a **intempestividade** do mesmo.

Às fls. 51/57 consta o Recurso Voluntário interposto pelo contribuinte, **sem carimbo de protocolo ou informação quanto à data de seu recebimento**.

Às fls. 58/61 consta manifestação do Representante da Fazenda opinando pelo não provimento do recurso, em **21.01.2014**.

Às fls. 63/65 consta o voto do relator dando provimento ao recurso do contribuinte e opinando pela reforma da decisão de 1ª instância, com conseqüente cancelamento do Auto de Infração.

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060641/2010	18/08/2010	Sandra Mara de Amorim Mat. 233.149-4	73

Às fls. 66/67 consta a Certidão de julgamento na qual se verifica a indicação de seis votos vencedores e um voto vencido.

É o relatório.

I – DA INTEMPESTIVIDADE.

Ab initio, salta aos olhos o fato de que **a intempestividade do Recurso foi alertada,** quando do seu recebimento pelo cartório **(fls. 50)**, sem que isto tenha sido considerado por quaisquer dos membros do Conselho.

De fato, o contribuinte foi cientificado da improcedência de sua impugnação em 12.08.2011 (fls. 46, verso). Já o Recurso Voluntário, somente veio aos autos em 05.10.2011 (fls. 50), muito após, portanto, o prazo recursal. Ressalte-se3 que não há informações de quando o Recurso foi protocolado.

Sendo assim, de plano verifica-se que o Recurso não merece provimento face a sua total intempestividade.

Não obstante, também no que concerne ao mérito recursal, este não pode prosperar.

II - DO MÉRITO – DAS ALEGAÇÕES DO RECORRENTE.

Quanto ao mérito, cumpre registrar que todas as manifestações acerca da validade do Auto de Infração foram no sentido de sua manutenção, em que pesem as alegações do contribuinte.

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060641/2010	18/08/2010	Sandra Maria de Amorim Mat. 233.149-4	74

Em síntese, o recorrente sustenta que o imposto já havia sido pago por estimativa e que a autuação feriu o Princípio da Legalidade.

Ora, tais alegações foram amplamente combatidas na própria manifestação do Fiscal de Tributos autuante, assim como no parecer da FCEA, o qual demonstrou, claramente, que, se o imposto for pago em valor inferior ao devido em razão da estimativa feita, há necessidade de o contribuinte pagar a diferença. Neste sentido, o CTM, em seus artigos 85 e 90:

> **Art. 85 - A estimativa será fixada mediante despacho da autoridade fiscal competente ou ato normativo, observados, para fixação da base de cálculo os critérios previstos no art. 83, quando couber.**
>
> **Parágrafo único. Independentemente de qualquer procedimento fiscal e sempre que se verificar que o preço total dos serviços exceder o valor fixado pela estimativa, fica o contribuinte obrigado a recolher o imposto nos prazos regulamentares, com base no valor do movimento econômico real apurado.**
>
> **Art. 90 - Sem prejuízo do disposto no art. 89, o regime de estimativa poderá ser cancelado a qualquer tempo, de forma geral, parcial ou individualmente, podendo, também, a autoridade competente rever a qualquer tempo o valor da base de cálculo estimada.**

Portanto, o regime de estimativa não é definitivo, de modo que o Fisco pode rever o lançamento, a fim de verificar se, de fato, o recolhimento do imposto estimado corresponde ao valor dos serviços efetivamente prestados.

Com efeito, não poderia ser diferente, já que o lançamento tributário é atividade plenamente vinculada, estando a autoridade fazendária obrigada a proceder ao lançamento das diferenças, quando apuradas.

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060641/2010	18/08/2010	Sandra Maria de Amorim Mat. 233.149-4	75

Desta forma, são completamente insubsistentes as alegações contidas no Recurso do contribuinte.

II - DO MÉRITO – DA DECISÃO DE SEGUNDA INSTÂNCIA.

Conforme já referido, a decisão de 2ª instância concluiu pela nulidade do Auto de Infração com base em argumento que sequer foi suscitado pelo recorrente.

Com efeito, compulsando o teor da decisão do E. Conselho de Contribuintes, verifica-se que os eméritos julgadores acolheram, por maioria, o voto do relator, o qual entendeu pela nulidade do Auto de Infração com fundamento em suposto "erro quanto à pessoa".

Sustentou o relator que "o art. 58, do CTM (na época da ocorrência dos fatos geradores) impunha ao titular da obra o ônus do recolhimento, na condição de responsável tributário. E neste particular, respeitosamente, divergimos da representação fazendária, vez que o titular da obra era o proprietário do terreno (Pessoa Física)."

Assim, com base em simples afirmação de que o titular da obra era pessoa física, se entendeu pela nulidade do Auto de Infração. Ocorre, no entanto, que não se fez menção a qualquer documento que comprovasse tal afirmação, não passando esta de simples alegação.

Ademais, ainda que tal fato fosse comprovado, da análise do teor do art. 58, do CTM, vigente à época do fato (2007, ano da venda das habitações, fls. 20), não se extrai a conclusão do voto vencedor, no sentido de que o dispositivo "impunha ao titular da obra o ônus do recolhimento". Vejamos, pois, a norma então vigente, na redação que lhe fora dada pela Lei nº 2.284, de 28/12/2005:

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060641/2010	18/08/2010	Sandra Mara de Amorim Matr. 233.149-4	76

Art. 17. O art. 58 da Lei nº 480/85 passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 58. São responsáveis pelo recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, estando sujeitos às penalidades previstas nos art. 112 e 113 desta Lei:

I - o tomador dos serviços cujo prestador esteja inscrito apenas provisoriamente no Cadastro Mobiliário do Município e instalado nas dependências do tomador;

II - o tomador ou intermediário de serviço proveniente do exterior do país ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;

III - o tomador ou intermediário dos serviços descritos nos subitens 3.04, **7.02**, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.11, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 11.02, 16.01, 17.05, 17.09, 20.01, 20.02, 20.03 da lista do art. 48, **quando o prestador dos serviços não for estabelecido ou domiciliado no Município ou não for identificado por documento idôneo;**

IV- a Caixa Econômica Federal, em relação ao imposto sobre as remunerações e comissões pagas às casas lotéricas, bem como sobre as tarifas pagas ou repassadas pela Caixa Econômica Federal às casas lotéricas;

V - As entidades públicas ou privadas, em relação ao imposto sobre os serviços de diversões públicas prestados por terceiros em locais de que sejam proprietárias, administradoras ou possuidoras a qualquer título, quando o contribuinte não efetuar pagamento antecipado do imposto, conforme regulamento.

§ 1° Os responsáveis a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada sua retenção na fonte, excluída inteiramente a responsabilidade do prestador dos serviços pelo cumprimento da obrigação tributária.

§ 2° A responsabilidade prevista neste artigo é inerente a todas as pessoas físicas ou jurídicas, ainda que alcançadas por imunidade ou isenção tributárias, observado o disposto nesta Lei.

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060641/2010	18/08/2010	Sandra Mara de Amorim Matr. 233.149-4	78

§ 3° A responsabilidade tributária, nos casos previstos nos **incisos II e III,** será preferencialmente atribuida: I - àquele cadastrado no Município; II - ao intermediário, nos casos em que o tomador e o intermediário sejam cadastrados no Município."

Portanto, da análise do dispositivo vigente à época do fato, não se verifica, em absoluto, a procedência do argumento que fundamentou a decisão de provimento do recurso.

De fato, o **inciso III**, *supra*, que faz referência expressa ao item 7.02 da lista de serviços ("execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil...") condiciona a responsabilidade tributária do tomador do serviço à hipótese de o **prestador dos serviços não ser estabelecido ou domiciliado no Município ou não for identificado por documento idôneo.** Ausente tal condição, o responsável era, naturalmente, o prestador do serviço.

Neste ponto, vale registrar que o voto vencedor não faz qualquer alusão ao fato de o prestador dos serviços não ser estabelecido ou domiciliado no Município ou não for identificado por documento idôneo.

Na verdade, há nos autos documento que comprova que a empresa recorrente, prestadora dos serviços, é, sim, sediada no Município, na Estrada Francisco da Cruz Nunes, 6501, sl. 332, Itaipu (fls. 11), conforme indicado no Contrato Social da empresa, documento idôneo.

Ante o exposto, diante da flagrante intempestividade do Recurso Voluntário e da insubsistência dos fundamentos da decisão que lhe deu provimento, conclui-se pela higidez do lançamento fiscal. Assim, DEIXO DE HOMOLOGAR a decisão proferida pelo E. Conselho de Contribuintes do Município, com fulcro no art.63 c/c art. 40, parágrafo 5°, do Decreto n° 10.487/09.

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/060641/2010	18/08/2010		78

Sandra Mara de Amorim
Matr. 233.149-4

À FCAD, para notificar o contribuinte, encaminhando-se cópia do dispositivo.

SMF, 27 de janeiro de 2015.

CESAR AUGUSTO BARBIERO
SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FAZENDA

DO
À FNPF,

Para comunicar por carta ao contribuinte, após à FCAD para publicação.

SMF. Em, 09/03/15

Sandra Mara de Amorim
Matr. 233.149-4