Ana Claudia da S. Almeida
Matrícula 239.795-1

Processo nº 30/60.073/13.
ATNAS ENGENHARIA LTDA.
Rua Matriz e Barros nº 383.
Auto de Infração nº 00.100, de 28 de março de 2013.
Inscrição Municipal nº 095.860-3.

Recebido o processo para parecer em 18.03.2014, temos a informar que se trata de recurso contra a cobrança do imposto sobre serviços, referentes às receitas de serviços prestados de fornecimento de mão de obra (subitem 17.05), no mês de setembro de 2008.

Cinge-se a controvérsia ***à procedência da reedição e exata reprodução*** – nos autos de ***nº 00.100/13, 00.101/13 e 00.102/13*** – ***de autuação pretérita,*** dos autos de infração ***nº 00.021/13, 00.022/13 e 00.023/13***, sendo esses resultantes de fiscalização efetuada, no período 20 de junho de 2012 a 31 de janeiro de 2013, autorizada pelo Processo nº 30/012.982/12, impugnados pela recorrente e ***julgados aqueles improcedentes***, em julgamento em 1ª. Instância, ***com o conseqüente cancelamento*** (fls.73).

Com a finalidade de verificar a fundamentação do cancelamento – em 1ª. Instância – dos autos acima citados, solicitamos providenciar o desarquivamento dos Processos 30/012.982/12 (autorização em OS), 30/60.018/13 (auto de infração nº 00.021/13, de 31.01.2013); 30/60.019/13 (auto de infração nº 00.022/13, de 31.01.2013) e 30/00.027/13 (auto de infração nº 00.029, de 26.02.2013).

Niterói, 25 de março de 2013.

Paulo Cesar Soares Gomes
Representante da Fazenda

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

PROCESSO Nº 030060073/2013
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 14/05/2014
Hora: 13:35
Usuário: DANIEL BARBOSA QUEIROZ
Público: Sim

Processo : 030060073/2013
Data : 15/04/2013
Tipo : IMPUGNACAO
Requerente : ATNAS ENGENHARIA LTDA
Observação : Assunto: IMPUGNAO AO A I 00 100/13
Opcao de Assunto: OUTRAS OPES
Obs: DESANEXADO DA CERT.INT.TEOR N. 030/32069/13, EM 06/12/13. Bruno: RECURSO VOLUNTRIO APRES. EM 11/12/13, ENC. AO FCCN

Titular do Processo : MIGRACAO PROTOCOLO
Hora : 12:21
Atendente : BRUNO CARDOSO FELIPE

Despacho : Á FCCN
Conforme a solicitação segue em anexo o processo 030/032727/2013
FMP,EM 14/05/2014

Daniel Barbosa Queiroz
Matr. 241.001-2

904
Nilcéia de Souza Duarte
Mat. 226.514-6

Recebido o processo para parecer em 18.03.2014, temos a informar que se trata de recurso contra a cobrança do imposto sobre serviços, referentes às receitas de serviços prestados de ***fornecimento de mão de obra (subitem 17.05), no mês de setembro de 2008***.

Cinge-se a controvérsia ***à procedência da reedição e exata reprodução,*** já agora em função do ***Processo nº 30/007446/13 (OS)*** – de fiscalização efetuada ***no período março de 2008 a fevereiro de 2013***, ***nos*** autos de ***nº 00.100/13, 00.101/13 e 00.102/13, respectivamente – das autuações pretéritas, dos*** autos de infração ***nº 00.021/13, 00.022/13 e 00.029/13, respectivamente***, sendo esses resultantes de fiscalização efetuada ***no período maio de 2007 a maio de 2012***, autorizada pelo ***Processo nº 30/012.982/12, 07.05.2012(OS),*** impugnados pela recorrente e ***julgados improcedentes***, em julgamento em 1ª. Instância, ***com o conseqüente cancelamento*** e – em recurso ***ex officio*** – confirmada a decisão neste Conselho , ***em 19.05.2013***.

Com a finalidade de verificar a fundamentação do cancelamento – em 1ª. Instância – dos autos acima citados, solicitamos providenciar o desarquivamento dos Processos 30/012.982/12 (autorização em OS), 30/60.018/13 (auto de infração nº 00.021/13, de 31.01.2013); 30/60.019/13 (auto de infração nº 00.022/13, de 31.01.2013) e 30/00.027/13 (auto de infração nº 00.029, de 26.02.2013). Pode-se constatar que a extrapolação do prazo fatal de 90(noventa) dias para a finalização da fiscalização foi à determinante dos cancelamentos, de conformidade com o art.13 do Decreto nº 10.487/09, que trata do processo administrativo tributário.

Solicitamos, em 29.04.2014, a chamada a este processo o – também – de nº 30/032729/13, ***recebido em 14.05.2014***, no qual a recorrente argüiu – na forma de embargos - o silêncio de duas matérias relevantes na decisão de 1ª. Instância: ***a)*** a nulidade do lançamento, efetivada na pendência de outro precedente, relativos aos mesmos e idênticos fatos geradores; e; ***b)*** a competência fiscal do Município de Niterói para a cobrança do tributo pretendido. Superada ***a improcedência das alegadas omissões, na decisão de 1ª. Instância***, conforme folhas 09 a 14, do processo citado inicialmente; a recorrente tomou ciência (fls.14), em 31.01.2014.

Em consonância com o prazo regulamentar, engendrou o recurso voluntário a este Conselho, em ***19.02.2014***, reconhecendo a decisão no ***processo***

30/60.0 f 3/13 205

30/032729/13, em 03.02.2014, como incidente no curso do processo de defesa, solicitando a sua inserção no contexto da defesa.

Nesta fase recursal, alega à ***impossibilidade da plena defesa***, visto à retenção da sua documentação durante o período que lhe era permitido elaborar a sua defesa, já que – após - reaberta a nova fiscalização, fez entrega da documentação solicitada em ***27 de março de 2013***, recebendo – quase que concomitantemente – no dia ***28 de março de 2013*** – o auto a que se refere a este processo, sendo o recorrente impelido a apresentar a sua defesa, ***dentro de 20 dias***, a contar daquela data. A recorrente apesar de empenhar-se em obter a devolução da documentação entregue à fiscalização, não obteve êxito; evento que somente aconteceu em ***03 de junho de 2013*** (doc. 02 – fl.127), após reiteradas reclamações, inclusive por petição formalizada em ***29 de maio de 2013***, através do ***processo nº 30/013673/13***. Como o prazo de impugnação do auto de infração teve início para a suplicante em ***28 de março de 2013***, findando de ***17 de abril seguinte***, a defendente não dispôs dos livros e documentos para exame no prazo de defesa, ***protocolada em 15.04.2013***.

Alega a nulidade da ação fiscal devido à duplicidade de lançamentos relativos aos mesmos fatos geradores na presente ação fiscal, iniciada em 28.03.2013, já que de continuidade de outra (ação fiscal) anterior objeto do Processo 30/012982/12 (OS), a qual resultou na edição dos autos de infração ***nº 00.021/13, 00.022/13 e 00.029/13,*** os quais viriam a ser declarados nulos por decisões administrativas´, em 1ª. Instância, e consolidados por julgamento ex officio neste Conselho de Contribuintes em ***19.05.2013.*** Não obstante, estivesse em processamento daqueles lançamentos em curso, a fiscalização de forma inusitada e inédita parece ter buscado corrigi-los pela reedição dos mesmos e idênticos lançamentos, agora, em novo processo (30/07446/13). Pendente até 14 de maio de 2013 o primitivo lançamento ainda em curso de processamento, é ilegítimo um segundo e simultâneo procedimento de lançamento iniciado ainda em 28 de março de 2013. Essa nulidade foi formalmente argüida pelo contribuinte na impugnação que se opôs ao atual lançamento, mas sem a ela aludir, passando de batida face à alegação da dependente, a r. decisão recorrida sobre ela silenciou e , assim sendo, deixou de fundamentar as suas conclusões, pelo que é nula de direito, ex vi do que preceitua o art.20, inciso III, do Decreto nº 10.487/2009-PAT.

Levanta a incompetência do Município de Niterói para lançar o imposto, visto que os serviços prestados pela corrente – conforme contratos acostados ao processo – de fornecimento de mão de obra (subitem 17.05) , foram realizados ***fora do Município de Niterói*** e que por força do art. 3º, inciso XX, da Lei Complementar nº 116, de 31.07.2003, que se refere na mesma contida no art. 68, inciso VI do Código Tributário do Município de Niterói (redação dada pela Lei nº 2.597/08), a incidência do ISS dar-se-ia – por responsabilidade do tomador – naqueles municípios em que foram realmente prestados os serviços.

Alega insuficiência de informações na elaboração do auto de infração e – que por isso – o torna nulo, já que não foi dado ao contribuinte todo os detalhes da autuação.

Também, que não foi levado em consideração o imposto efetivamente recolhido em todas as competências recolhidas da ação fiscal.

Em síntese, o de maior importância.

De prima, não procede à alegação de que não poderia a Fiscalização providenciar a elaboração de autos de infração aos anteriores cancelados por vício formal, enquanto em processamento aqueles anteriores. Isto porque as autuações novas – em substituição as canceladas – não estavam sendo cobradas ou exigidas as suas adimplências, mas, efetivamente, constituídas. Isso para salvaguardar a sua possibilidade de decadência. Veja:

RECURSO ESPECIAL Nº 75.075 - RJ (1995/0048411-0) – 25.02.2003

Merece reforma o "decisum".

A concessão da ordem requerida na ação mandamental suspende a exigibilidade do crédito tributário impugnado, ***mas não impede que a Fazenda proceda ao lançamento e, muito menos, que se abstenha de lavrar novas autuações sob o mesmo fundamento.***

Sobre o tema leciona Alberto Xavier, em sua obra "Do lançamento - Teoria Geral do Ato do Procedimento e do Processo Tributário, 2ª edição, pág. 428:

"A suspensão regulada pelo artigo 151 do Código Tributário Nacional paralisa temporariamente o exercício efetivo do poder de execução, mas não suspende a prática do próprio ato administrativo de lançamento, decorrente de atividade vinculada e obrigatória, nos termos do artigo 142 do mesmo Código, e necessária para evitar a decadência do poder de lançar. Nem o depósito, nem a liminar em mandado de segurança têm a eficácia de impedir a formação do título executivo pelo lançamento, pelo que a autoridade administrativa deve exercer o seu poder-dever de lançar, sem quaisquer limitações, apenas ficando paralisada a executoriedade do crédito."

Quanto à tentativa de descaracterizar a autuação pela apresentação de provas materiais que pudesse infirmar o lançamento, ressalte-se que os contratos juntados ao processo estão dissonantes com o período autuado e ***inconsistente quanto à indicação do fato gerador***. Se não, vejamos:

30/60 07/3/13 301
Nicéia de Souza Duarte
Mat. 226.514-6

a)Período autuado: setembro de 2008.

b)Contratos de Locação de Veículos com Motorista apresentados na impugnação de nº 0802.0043661.08.2, de 03.07.2008 e 0105.0068419.11.2, de 15.07.2011, vinculando-se as partes ao Convite nº 0856112108 ".

c) Contrato de Locação com Motorista apresentado no recurso de nº 4600007525, de 20.05.2011 e 4600008085 de 24.10.2011

Como se pode verificar no Parecer da FCEA, assim como, na Manifestação Fiscal que fundamentam a decisão de 1ª. Instância, não houve a especificação do local da prestação dos serviços nas notas fiscais emitidas pela recorrente, impedindo, dessa maneira, a alegação de que os serviços foram prestados em outros municípios.

O que ficou evidente foi que os contratos apresentados - em 1ª. Instância - com insuficiência de informações permitiram somente que se identificasse que a autuada locou veículos juntamente com os serviços de motorista, ficando caracterizada, assim, a incidência do ISS sobre os serviços de fornecimento de mão de obra.

No que concerne ao impedimento a sua defesa – dos autos reeditados - pela retenção dos documentos e livros, no período que lhe era permitido efetuar aquela peça de instrução, melhor sorte não cabe à recorrente, visto – que como além de afirmado pela recorrente e – também – apurado no processo - a reedição se deu pela imperfeição na forma como se deu as autuações anteriores (extrapolação do prazo regulamentar para a conclusão da fiscalização), sendo mantida toda a fundamentação material dos autos originais, fundamentação essa – perfeitamente – entendida pela recorrente e sobejamente defendida naqueles autos.

Por tudo exposto, é o parecer no sentido da manutenção da decisão de 1ª. Instância, consequentemente, mantendo-se o auto de infração nº 00.100, de 28 de março de 2013.

Niterói, 07 de junho de 2014.

Paulo Cesar Soares Gomes
Representante da Fazenda

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FLS.
030/060073/2013	15/04/2013	Nilcéia de Souza Duarte Mat. 226.514-9	911

EMENTA: AUTO DE INFRAÇÃO. NULIDADE FORNALRETENÇÃO LIVROS FISCAIS. . PREJUÍZO SUBSTANCIAL DEFESA.

Exmo. Sr. Presidente e demais membros deste Conselho,

Trata-se do recurso voluntário interposto por Atnas Engenharia Ltda em face da manutenção de auto de infração n. 100/13 lavrado por falta de recolhimento de ISS, compreendendo o periodo de setembro de 2008 pelos serviços prestados de fornecimento de mão de obra (item 17.05, do anexo III, do artigo 65 do CTM).

Passa-se a análise do histórico processual desde a impugnação em primeiro grau.

A impugnante (ora recorrente) alega em primeira instância: i) cerceamento do direito de defesa, uma vez que a defesa administrativa restou prejudicada, pois seus livros fiscais estavam de posse da fiscalização, tendo sido, inclusive, negada cópia integral do processo administrativo; ii) tentativa de reedição de auto de infração pretérito cuja discussão, ainda, estava em curso nos autos do processo n. 030/012982/13; iii) nulidade intrinseca do auto, por conta do não preenchimento dos

Nicéia de Souza Duarte
Mat. 226.514-8

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

requisitos formais previstos nos artigos 15, III, 16, item III, e 33, parágrafo 1º, todos do Decreto Municipal nº 10487/2009 (Processo Administrativo Tributário – "PAT"), omissão quanta a descrição dos fatos geradores (violação aos artigos 142 do CTN, 192 do Código Tributário Municipal e do artigo 33, parágrafo 1º, do PAT; iii) no mérito, inexistência de competência tributaria do Município de Niterói, nos termos do artigo 3º, inciso XX da LC 116/03 c/c artigo 68, inciso VI do CTM, pois os estabelecimentos da tomadora do serviço encontrar-se-iam em outros Municípios que não o de Niterói, anexando, para tanto, cópia de seus contratos (fls. 02/72).

O Ilmo. Fiscal autuante apresentou contestação (fls. 76 e ss.) à época do julgamento em primeira instância, aduzindo a seguinte linha argumentativa: i) inexistência de nulidade no presente lançamento, pois a primeira ação fiscal havia sido cancelada e só posteriormente é que teria sido iniciada uma nova fiscalização, com a expedição de uma nova ordem de serviço (OS nº 0307446/13); ii) inexistência de cerceamento de defesa, com a abertura de prazo de vinte dias para a manifestação do contribuinte autuado, sendo certo que a ora recorrente já conhecia os termos da acusação e dispunha de todos os meios para formular sua defesa; iii) inexistência de nulidade intrínseca devido a descrição pormenorizada dos fatos geradores objetos de cobrança; iv) no mérito, reafirmou a competência de Niterói, uma vez que nas notas fiscais emitidas não havia a informação do local da prestação do serviço, bem como a pertinência da cobrança do ISS na locação de veículos com motorista (exegese extraída da sumula vinculante 31 do STF).

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Ainda em primeira instância, a FSEA manifestou-se pela improcedência da impugnação, aduzindo que: i) à fl. 91 consta cópia da devolução dos livros fiscais em 12/03/2013, o que permitiu a plena possibilidade de acesso aos documentos fiscais e contábeis da autuada; ii) regularidade da descrição contida no auto de infração, com a indicação da base legal, a capitulação do serviço e a alíquota incidente, que permitiu a confortável defesa sobre o enquadramento dos serviços (cumprimento do disposto no artigo 142 CTN c/c artigo 16 do PAT); iii) no mérito, a natureza material do serviço prevalece em relação a sua denominação formal, não se tratando de locação pura de bem móvel (fls. 31/72 confirma que os automóveis foram alugados com o fornecimento de mão-de-obra, no caso, motorista), atraindo a competência do Município de Niterói conforme determina o artigo 82, inciso I, e § 1° da Lei Municipal 408/83 (em vigor na época da ocorrência do fato gerador).

A decisão de primeira instância julgou improcedente a impugnação mantendo o auto de infração (fl. 99 dos autos).

Em suas razões recursais (fl. 104 dos autos), a recorrente avança no seu inconformismo, inovando os seguintes aspectos: que em 21 de março de 2013 (fl. 126) a recorrente foi novamente intimada para apresentar seus livros e documentos fiscais, tendo sido entregues em 27 de março de 2013 (fl. 128); que em 28 de março de 2013 ela foi intimada para apresentar impugnação face a lavratura do auto de infração n° 100/13 (fl. 74), todavia, seus livros fiscais só teriam sido restituídos em 03 de junho de 2013 (fl. 128); e que, por isso, a decisão de primeira instância teria se baseado em pressuposto fático não verdadeiro para afastar a preliminar de cerceamento de defesa.

O Ilustre representante fazendário Dr. Paulo Cesar Soares Gomes pugna pelo afastamento das razões suscitadas pela nulidade do auto. Inexistência de incompatibilidade ou vedação à nova autuação, ainda que pendente o processo administrativo questionando o auto anteriormente lançado. Inexistência de cerceamento de defesa, uma vez que a recorrente já tinha conhecimento dos fatos geradores em discussão, pois idênticos aos do processo anteriormente anulado por questão formal (escoamento do lapso temporal para a conclusão da fiscalização). Os contratos juntados não correspondem ao período autuado e inconsistente quanto à aplicação do fato gerador. Inexistência de especificação do local da prestação dos serviços nas notas fiscais emitida, o que conflitaria com a alegação de que os serviços teriam sido prestados em outros Municípios.

É o relatório. Passo a opinar.

TEMPESTIVIDADE

A recorrente foi intimada da decisão de primeira instância em 27/11/2013 (fl. 100). Assim, o prazo recursal de 20 (vinte) dias teria se iniciado em 28/11/2013 com término em 17/12/2013. O recurso foi interposto em 11/12/2013 (fl. 104). Portanto, dentro do prazo.

30/600F3/13 215
Sidéia de Souza Ocar...
Mat. 226.514-6

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PRELIMINAR: VIOLAÇÃO AO DEVIDO PROCESSO LEGAL – PREJUÍZO SUBSTANCIAL À DEFESA

O auto de infração não cumpriu os requisitos legais fixados no artigo 16 do PAT. Em que pese admitir-se o afastamento de meras ilegalidades, o fato é que a descrição circunstanciada dos fatos no auto de infração restaram insuficientes, não possibilitando a real compreensão dos fatos geradores. Nem o auto de infração tampouco a planilha anexa permitem a identificação do que teria sido cobrado.

A insuficiência na motivação (descrição das circunstâncias fáticas que motivaram o auto) impediu o entendimento da controvérsia, o que, por sua vez, repercutiu no contraditório, havendo, de fato, prejuízo ao exercício do direito de defesa.

Sob a necessidade de fundamentação das decisões, confira-se.

O art. 93, IX, da Constituição dispõe que *"todos os julgamentos dos órgãos do Poder Judiciário serão públicos, e fundamentadas todas as suas decisões, sob pena de nulidade (...)"*.

Este dispositivo constitucional estabelece a regra de fundamentação das decisões, segundo a qual todo provimento proferido por um órgão jurisdicional deve ser motivado, isto é, deve ter as suas razões de fato e de direito explicitadas, sob pena de ser reputado nulo.

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Tal regra encontra fundamento na necessidade de se possibilitar àquele que fora prejudicado pela decisão exercer de forma eficaz o contraditório e a ampla defesa (artigo 5º, inciso LV, da Constituição Federal). É dizer: a motivação do provimento jurisdicional é o que permite ao afetado opor argumentos contrários à conclusão a que chegou o magistrado.

Disso decorre que a ausência de fundamentação viola o princípio do devido processo legal (artigo 5º, inciso LIV, da Constituição Federal), pois impede à parte exercer adequadamente os seus direitos ao contraditório e à ampla defesa.

Além disso, a fundamentação da decisão (aplicando-se por simetria ao processo administrativo *in casu*) permite que haja um controle social sobre a mesma, o que caracteriza o aspecto político do princípio previsto no inciso IX, do artigo 93, da Constituição Federal. Acerca de tais finalidades, Daniel Amorim Assumpção Neves ressalta que:

> *"Segundo o art. 93, IX, da CF, todas as decisões proferidas em processo judicial ou administrativo devem ser motivadas, sendo obrigatória aos julgadores a tarefa de exteriorização das razões de seu decidir, com a demonstração concreta do raciocínio fático e jurídico que desenvolveu para chegar às conclusões contidas na decisão. Tradicionalmente, a justificativa do princípio da motivação das decisões judiciais era voltada exclusivamente para os sujeitos processuais (justificativa endoprocessual). Num primeiro momento é voltada ao sucumbente, que sem conhecimento das razões da decisão não teria condições de elaborar o seu recurso, porque ninguém pode impugnar de forma específica uma decisão sem conhecer os seus fundamentos. Num segundo momento a*

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

> *fundamentação se mostra imprescindível para que o órgão jurisdicional competente para o julgamento do recurso possa analisar o acerto ou equívoco do julgamento impugnado. Ainda que esse aspecto mantenha sua importância, continuando a justificar o princípio ora analisado, é importante apontar para o aspecto político desse princípio, que ganha relevância em tempos atuais.*
> *Sob o ponto de vista político a motivação se presta a demonstrar a correção, imparcialidade e lisura do julgador ao proferir a decisão judicial, funcionando o princípio como forma de legitimar politicamente a decisão judicial. Permite um controle da atividade do juiz não só do ponto de vista jurídico, feito pelas partes no processo, mas de uma forma muito mais ampla, uma vez que permite o controle da decisão por toda a coletividade. Uma decisão sem a devida fundamentação, portanto, contém vício sério, porque, além de afrontar texto constitucional expresso, impede o acesso da parte sucumbente aos tribunais, impede a atuação desse órgão na revisão da decisão e, pior do que tudo isso, permite que se façam ilações a respeito da imparcialidade e lisura do julgador, o que é altamente prejudicial para a imagem do Poder Judiciário.*
> *Essa nulidade absoluta deve atingir inclusive as pseudomotivações, encontradas cada vez com maior frequência na praxe forense, como "defiro por presentes os requisitos" ou ainda "concedo, nos termos da lei." (Grifos nossos)*[1]

Nesse mesmo sentido: "O lançamento pressupõe que todas as investigações eventualmente necessárias tenham sido feitas e que o fato gerador tenha sido identificado nos seus vários aspectos subjetivo, material, quantitativo, espacial, temporal, pois só com essa prévia identificação é que o tributo pode ser lançado[2]."

[1] ASSUMPÇÃO NEVES, Daniel Amorim. Manual de Direito Processual Civil; 2ª ed.; São Paulo: Editora Método, 2010; págs. 66/67.
[2] AMARO, Luciano. Direito Tributário Brasileiro; 14ª ed. São Paulo: Saraiva, 2008. Pág. 345.

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Assim, a mesma *ratio* que motivara autuação deveria ser disponibilizada ao contribuinte no momento de sua notificação. É o que preconiza a jurisprudência do Eg. Tribunal de Justiça do Rio de Janeiro:

> *"APELAÇÃO CÍVEL. EXECUÇÃO FISCAL. EMBARGOS À EXECUÇÃO. MULTA. PROCON. DECISÃO ADMINISTRATIVA. MOTIVAÇÃO INDISPENSÁVEL. AUSÊNCIA. CERCEAMENTO DE DEFESA. NULIDADE DO TÍTULO EXECUTIVO. RECONHECIMENTO. EXTINÇÃO DO PROCEDIMENTO EXECUTIVO. Deve a autoridade administrativa indicar, de forma expressa e textual, o arrazoado do pronunciamento exarado, sendo obrigatório ao administrador esposar a motivação do ato - elemento de validade do ato administrativo, imprescindível ao controle da legitimidade - declinando fatos e fundamentos a justificar a vontade manifesta (artigo 50, da Lei nº. 9.784/99, e artigo 46, do Decreto nº. 2.181/97). Entrementes, no caso, apontou o administrador fundamentação insatisfatória, calcada em transcrições de dispositivos legais, cuja norma ostenta caráter genérico, amplo, limitando-se, ao fim, a impor multa, fixada em valor exorbitante, sequer declinando razões hábeis a justificá-lo, em concreto, o que, por certo, insulta os princípios do contraditório e da ampla defesa (artigo 5º, LV, da CRFB), sendo patente a nulidade do ato refutado. RECURSO DESPROVIDO". (0054762-80.2008.8.19.0001 – APELACAO/ REEXAME NECESSARIO; DES. ELISABETE FILIZZOLA - Julgamento: 06/10/2010 - SEGUNDA CAMARA CIVEL*

NITERÓI
PREFEITURA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

Se isso já não fosse o suficiente, os livros fiscais que permitiriam, quiçá, a compreensão exata das condutas subjacentes ao auto de infração não estavam disponíveis à Recorrente.

De fato, os livros fiscais foram entregues ao fisco municipal em 27 de março de 2013. Contudo, em 28 de março de 2013 a recorrente foi intimada para apresentar impugnação em face da lavratura do presente auto de infração, sendo somente restituídos em 03 de junho de 2013, conforme se verifica à fl. 128. É dizer, posteriormente ao prazo de defesa em primeira instância.

CONCLUSÃO

Diante do exposto, conheço o recurso e dou provimento à preliminar de nulidade, devido ao prejuízo substancial à defesa, ocasionado pela insuficiência da descrição das circunstâncias fáticas que pudessem permitir a compreensão das condutas e fatos geradores que motivaram a autuação, agravado pela retenção dos livros fiscais durante o prazo para a realização da impugnação em primeira instância. É como voto.

Niterói, 04 de março de 2015.

JOSÉ COTRIK NETO
Procurador do Município
Conselheiro – Mat. 240.888-0

PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/060073/13	14/04/14		221

Recorrente: ATNAS ENGENHARIA LTDA.

Voto Divergente

Senhor Presidente e demais Conselheiros,

Trata-se de Recurso Voluntário impetrado por Atnas Engenharia Ltda. contra decisão de Primeira Instância que manteve o Auto de Infração nº 100/13 cujo objetivo foi lançar crédito de ISS a favor do Município de Niterói e relativo às prestações de serviços de fornecimento de mão de obra em setembro de 2008.

O Ilustre Relator, em seu voto, acatou a alegação da Recorrente de que o auto em questão é nulo pois, em sua opinião, a descrição circunstanciada dos fatos ali contida é insuficiente para permitir a real compreensão dos fatos geradores prejudicando assim o exercício do direito de defesa por parte do contribuinte. Na percepção do Relator, esta alegada insuficiência na descrição dos fatos na lavratura se equivale à ausência de fundamentação de uma decisão administrativa, o que o torna nulo, já que são nulas as decisões não fundamentadas. O Relator afirmou ainda que "nem o auto de infração tampouco a planilha anexa permitem a identificação do que teria sido cobrado" e destaca também que os livros fiscais do Recorrente que permitiriam a compreensão exata das condutas subjacentes ao auto de infração não se encontravam em sua posse e sim retidos pelo fiscal autuante durante o prazo legal que o Recorrente teve para impugnar o lançamento do imposto contido na peça fiscal. Considerando estas suas percepções, o

Relator votou pela decretação preliminar da nulidade do auto sem apreciação de seu mérito.

É neste contexto que apresento aqui meu voto divergente.

Em relação à preliminar de nulidade ora discutida, dois pontos merecem ser analisados. O primeiro deles refere-se aos requisitos legais para a sua validade e o segundo, à compreensão, por parte do autuado, do conteúdo e do significado jurídico do auto de infração.

Quanto aos requisitos legais de validade, nenhum deles está ausente do auto em questão. Estão ali identificados claramente o sujeito passivo, o fiscal autuante, a data de lavratura da peça fiscal, a fundamentação legal da hipótese de incidência do imposto, da infringência e da sanção aplicada, os valores do imposto lançados, acompanhados de planilha descritiva e relacionados ao período de apuração a que se referem. A descrição do fato que motivou a autuação também se faz presente no relato do auto, de modo a não deixar dúvida de que o Recorrente foi autuado por não ter pago ao Município de Niterói o ISS devido em função da prestação de serviços de fornecimento de mão de obra no mês de setembro de 2008. O serviço de fornecimento de mão de obra encontra-se previsto no subitem 17.05 da lista de serviços do art.48 da Lei nº 480/83, que era o Código Tributário do município vigente em setembro de 2008 e esta fundamentação legal está presente também no texto do auto, razão pela qual não é possível considerar nulo o auto em questão pela falta de requisitos legais de validade.

Em relação à compreensão do conteúdo e do significado jurídico do auto de infração, podemos determinar a medida desta compreensão em função da própria defesa do Recorrente, tanto no texto da impugnação do auto quanto no recurso à decisão de primeira instância. O problema da compreensão de um conteúdo linguístico foi profundamente analisado por Wittgenstein, em sua obra "Investigações Filosóficas". Neste livro, que é um clássico fundamental no estudo da chamada hermenêutica

pragmática, o autor explica que a compreensão da linguagem se dá dentro do contexto em que ela está sendo utilizada. E que a comunicação eficiente acontece quando é dito somente o que é necessário e suficiente para a compreensão da intenção de quem está falando. Por exemplo, em um diálogo entre um cirurgião e o instrumentador durante uma cirurgia, não é necessário que o cirurgião diga "por favor, você poderia me passar agora o bisturi que está na sua mão". Basta o cirurgião dizer "bisturi!" e o instrumentador vai entender perfeitamente a intenção do cirurgião. Da mesma forma, embora não admita isto, o Recorrente entendeu perfeitamente a intenção do agente fiscal ao autuá-lo pelo não recolhimento dos valores explicitados no auto em questão e, também que este crédito de ISS a ser pago foi motivado pela prestação de serviços de fornecimento de motoristas à Petrobras em setembro de 2008. Tanto é que apresentou cópias do Contrato nº 0802.0043661.08.2 juntamente com sua impugnação. E a razão para esta compreensão é, como diria Wittgenstein, pragmática. Segundo o site que lista os contratos da Petrobras com seus fornecedores de serviços http://www2.petrobras.com.br/materiaishtm/contratos_servicos/PORTAL_1000_S/Documents/SPB_MM_WEB_SITE_1000_S_00016.htm, o Recorrente, no período autuado, só mantinha três contratos com a Petrobras:

PB/4600277729	ATNAS ENGENHARIA LTDA	PB/0802.0043656.08.2	SERVIÇOS TÉCNICOS DE FISCALIZAÇÃO DE OBRAS NO TECAM, NA ESTA	Convite, 3.1, C - Mi	03.07.2008	08.09.2009	018477050 00101	R$ #9.472.772,12
PB/4600277730	ATNAS ENGENHARIA LTDA	PB/0802.0043660.08.2	SERVIÇOS TÉCNICOS DE FISCALIZAÇÃO DE OBRAS NO TEBIG, NO TECA	Convite, 3.1, C - Mi	03.07.2008	03.09.2010	018477050 00101	R$ #18.547.263,24
PB/4600277732	ATNAS ENGENHARIA LTDA	PB/0802.0043661.08.2	LOCAÇÃO DE VEÍCULOS COM SERVIÇO DE MOTORISTA, NO ÂMBITO DA C	Convite, 3.1, C - Mi	03.07.2008	08.10.2009	018477050 00101	R$ #9.120.409,27

Além do já mencionado, cujo objeto fala literalmente em "serviço de motorista", os outros dois, de nºs 0802.0043656.08.2 e 0802.0043660.08.02, são contratos de prestação de serviços de fiscalização de obras. Todo o recolhimento do ISS feito ao Município de Niterói em relação aos dois contratos de serviços de fiscalização de obras foi reconhecido e homologado pelo fiscal autuante, restando apenas o contrato de fornecimento de mão de obra a ser tributado, na avaliação do agente fiscal. Dado o contexto em que foi lavrado

PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/060073/13	14/04/14		224

o auto em questão e as informações que estavam ali presentes e que, como já vimos antes, preenchiam todos os requisitos legais de validade, o Recorrente não tinha como não entender que o lançamento do ISS presente no auto em questão correspondia ao contrato nº 0802.0043661.08.2. E, pela defesa apresentada por ele, podemos perceber claramente que houve compreensão total do autuado das razões que motivaram o lançamento recorrido. Por estas razões, considero que deva ser afastada a preliminar de nulidade que fundamentou o voto do ilustre Relator e passo agora a analisar o mérito da autuação.

O Recorrente alega, em sua manifestação, que o imposto não é devido ao Município de Niterói pois os fatos geradores correspondentes à autuação não ocorrem em seu território. De fato; segundo o art.3º, inciso XX, da Lei Complementar nº 116/03, considera-se ocorrido o fato gerador do ISS relativo à prestação dos serviços de fornecimento de mão de obra no local do estabelecimento do tomador ou, na falta de estabelecimento, no local do domicílio do tomador. Não há domicílio da Petrobras localizado no território de Niterói e, sendo assim, o imposto correspondente à prestação dos serviços de fornecimento de mão de obra só seria devido ao Município se fosse identificado pelo fiscal autuante um estabelecimento da Petrobras em território niteroiense, ainda que temporário. Como isto não foi feito em nenhum momento no procedimento fiscal, não podemos subentendê-lo e, portanto, não identifico a hipótese necessária para configurar a existência de uma obrigação tributária do Recorrente para com o Município de Niterói em relação a este contrato de fornecimento de mão de obra à Petrobras.

Em síntese, meu voto é pelo afastamento da preliminar de nulidade arguida pelo Recorrente e, quanto ao mérito, pelo provimento total do recurso e consequente cancelamento do auto de infração em questão.

FCCN, em 14 de abril de 2014.

Carlos Mauro Naylor
Coord. de Planej. e Fiscalização
Mat. 233.140-3

PREFEITURA
DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. 030/60.073/13
DATA: - 14/04/15

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

783º SESSÃO HORA: - 10:00 DATA: 14/04/15

PRESIDENTE: - Sérgio Dalia Barbosa

CONSELHEIROS PRESENTES

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

VOTOS VENCEDORES: - Os dos Membros sob o nºs. (04, 05, 06, 07, 08)
VOTOS VENCIDOS: - Dos Membros sob o nºs. (01, 02, 03)

ABSTENÇÕES: - Os dos Membros sob os nºs. (X)

VOTO DE DESEMPATE: - SIM ( ) NÃO (X)

RELATOR DO ACÓRDAO: -Dr. José Cotrik Neto

FCCN, em 14 de abril de 2015.

Nicolle de Souza Duarte
Mat. 226.514-8

PREFEITURA
DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

ATA DA 783º Sessão Ordinária **Data: - 14/04/2015**

DECISÕES PROFERIDAS

Processo 030/60.073/13 – Anexos 030/60.018/13 e 030/004687/13
RECORRENTE: Atnas Engenharia Ltda.
RECORRIDO: Fazenda Publica Municipal
RELATOR: - Dr. Jose Cotrik Neto
REVISOR: - Sr. Carlos Mauro Naylor

DECISÃO: - Pela preliminar de nulidade apontada pelo Relator, Dr. Jose Cotrik Neto, foi cancelado o Auto de Infração nº. 0100, datado de 28 de março de 2013, por cinco (05) votos contra três (03). Neste preliminar foram vencidos os Conselheiros Carlos Mauro Naylor, Alcidio Haydt Souza e Fabio Hottz Longo, cujo voto de lavra do Conselheiro Carlos Mauro Naylor, de fls. 221/224, avança no mérito para dar provimento ao Recurso, por concluir pela não incidência do imposto neste Município.

EMENTA APROVADA

ACÓRDÃO Nº. 1.726/2014

"Auto de Infração. Nulidade formal. Retenção de Livros fiscais. Prejuízo substancial de defesa (fls. 211)."

FCCN, em 14 de abril de 2015.

Sérgio Dalia Barbosa
Matrícula 213.003-1
Presidente do Conselho de Contribuintes FCCN

PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO: - 030/60.073/13 – Anexos 030/60.018/13 e 030/004687/13
"ATNAS ENGENHARIA LTDA"
RECURSO VOLUNTARIO

Senhor Secretário,

A conclusão deste Conselho, por cinco (05) votos contra três (03) foi no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, com o cancelamento do Auto de Infração nº. 0100, datado de 28 de março de 2013, pela preliminar de nulidade apontada pelo Conselheiro/Relator, Dr. José Cotrik, sendo vencido os Conselheiros, Carlos Mauro Naylor, Alcidio Hadyt Souza e Fábio Hottz Longo, cujo voto, de lavra do Conselheiro Carlos Mauro Naylor, de fls. 139/142, avança no mérito, para dar provimento ao Recurso, por concluir pela não incidência do imposto neste Município.

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 14 de abril de 2015.

Sérgio Dalia Barbosa
Matrícula 219.025-1
Presidente do Conselho de Contribuintes FCCN

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FLS.
030/060.073/13	15/04/13		

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 14 de abril de 2015.

Sérgio Dolin Barbosa
Matrícula 219.003-37
Presidente do Colegiado de Contribuintes

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

PROCESSO Nº 030060073/2013
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 12/05/2015
Hora: 10:43
Usuário: PAULA LUCIA PECLY QUEIROZ
Público: Sim

229

Paula Lúcia P. Queiroz
230.337-8

Processo : 030060073/2013
Data : 15/04/2013
Tipo : IMPUGNACAO
Requerente : ATNAS ENGENHARIA LTDA
Observação : Assunto: IMPUGNAO AO A I 00 100/13
Opcao de Assunto: OUTRAS OPES
Obs: DESANEXADO DA CERT.INT.TEOR N. 030/32069/13, EM 05/12/13. Bruno. RECURSO VOLUNTRIO APRES. EM 11/12/13, ENC. AO FCCN.

Titular do Processo : MIGRACAO PROTOCOLO
Hora : 12:21
Atendente : BRUNO CARDOSO FELIPE

Despacho : À
SMF,

Em prosseguimento, para análise da decisão do Conselho.

SSGF, em 12 de maio de 2015.

Wolner Ferreira da Costa
Subsecretário de Administração e Gestão Fazendária