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 030017579/2016
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 10/01/2018
Hora: 10:20
Usuário: SERGIO DALIA BARBOSA
Público: Sim

757

Jefferson da C. Silva
Mat. 1242.540-9

Processo : 030017579/2016
Data : 19/07/2016
Tipo : AUTO DE INFRAÇÃO
Requerente : TAVARIK CENTRO DE BELEZA LTDA
Observação : AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 49269, DE 07/07/2016.

Titular do Processo : TAVARIK CENTRO DE BELEZA EIRELI - ME
Hora : 13:14
Atendente : NILCEIA DE SOUZA DUARTE

Despacho : Proc. 030/017579/2016 – Tavarik Centro de Beleza ltda – ISS-Arbitramento – (Rec. Voluntário)

Sr. Presidente.

Cuida-se de Recurso Voluntário interposto por Tavarik contra decisão que lhe foi contrária proferida pelo Coordenador de Estudos e Análise Tributárias (fl. 684) em processo de Impugnação oferecida contra o AI 49269 (fls. 02-06), em cobrança do ISS dos períodos de Jun/2011 a Dez/2015, no valor total de R$ 4.038.725,57 (R$ 2.442.565,95-ISS + R$ 1.596.159,62-multa fiscal 100%)), valor este obtido por arbitramento, com fundamento nos arts. 92,114 (infringência), 120, inciso IV (Sanção) e item 6, subitem 6.01, 6.02 e 6.03 do anexo III, c/c arts. 68, inciso I e III, 82, inciso VIII, par. 3º., 83 inciso I, 91 inciso I, todos da Lei 2.597, com alterações posteriores (Leis 2.628/08 e 2.678/09).

De fls. 671-683, parecer FCEA, e de fls. 649-668, a manifestação do agente fiscal que, dando base à decisão ora recorrida, culminam por entender que há previsão legal à exação, legitimando a ação fiscal realizada no estabelecimento da Contribuinte (proc. 030/028357/16) nos estritos termos da lei.

Em seu recurso (fls. 687-709), reitera a Recorrente argumentos apresntados me sede de impugnação e outros, ressaltando os seguintes pontos:

a)Preliminarmente, de nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa, em face de somente com a decisão de primeira instância pôde ter conhecimento dos motivo que levaram a fiscalização a desconsiderar toda a documentação apresentada. A Recorrente somente pode ter conhecimento completo de todos os fatos antes da apresentação da defesa em sede de segunda instância administrativa, o que vai de encontro ao duplo grau de jurisdição preconizado pela lei municipal 2.597/08;

b)Da não configuração da hipótese de arbitramento. Posto que diferentemente do que alegou a decisão recorrida, os documentos fornecidos à fiscalização são idôneos e suficientes para verificação da regularidade da apuração e recolhimento dos tributos municipais pela Recorrente, o que inviabiliza o arbitramento da base de cálculo;

c)Equivocado critério utilizado para a base de cálculo do lançamento por arbitramento e utilização de média das receitas obtidas em dois períodos de permanência no estabelecimento (dias 17, 18 e 19/Mar = R$ 12.353,27- média/dia X dias 18 a 25/Maio = R$ 21.295,58 – média/dia), quando abandonada tal apuração (média de R$ 17.139,43) para aplicação da media de outro estabelecimento (Squasso). Que referida receita aplicada foi obtida de um único paradigma (quando a legislação fala em "outros) que também teve sua receita fixada por arbitramento, contestado no Proc. 030/20.990/16 também em curso nesta Secretaria;

d)Que que não se justifica o arbitramento que se revela arbitrário por englobar a apuração dos valores de vendas de produtos e valores decorrentes da específica prestação de serviços, conforme se demonstra pela verificação das informações dos relatórios dos cartões de crédito/débito utilizados no estabelecimento, resultando, numa simples avaliação, uma diferença de R$ 19.869.929,28 contra R$ 27.055.059,29, fato que sequer foi examinado no processamento da impugnação, quando ignorados os citados relatórios de crédito/débito de cartões;

e)Da impossibilidade de aplicação concomitante de multa de oficio e de multa de mora.

Este, assim, o breve relatório, quando passamos a examinar.

Verificando os autos, observa-se que cuida o presente processo de empresa autuada com utilização do procedimento de arbitramento da base de cálculo no período de Jun/2011 a Dez/2015, em face da flagrante insuficiência verificada do imposto pago em relação ao volume sos serviços prestados, com apuração feita tendo por base os elementos apurados em ação fiscal realizada no estabelecimento da Contribuinte, relatados nos autos do Proc. 030/028357/15) (ação fiscal).

Com base na legislação vigente e aplicável, foi iniciada ação fiscal através intimação no sentido de se obter informações fiscais regulares, com posterior oportunidade para que a Recorrente conhecesse do feito, dos procedimentos e mais autuações, não

incorrendo assim a ação fiscal em ilegalidades que pudessem prejudicar o direito de defesa após seu curso e término.

Analisando as informações presentes nos autos, podemos ponderar que o cerne da questão recai no fato de que a ação fiscal desqualifica a documentação apresentada por inconsistência e incompatibilidades das diversas informações, e mais por verificar o fiscal autuante a flagrante insuficiência do imposto pago em confronto com o volume dos serviços prestados, e subfaturamento na prestação de serviços, fatos estes suficientes para que se imponha o arbitramento da base de cálculo do imposto no período fiscalizado.

Neste ponto, importante introduzir na presente controvérsia diversos pontos de vista de balizados doutrinadores acerca da natureza jurídica do instituto do arbitramento, do seu cabimento (causa) e forma (como quantificá-lo), para que se possa aproximar ao máximo de um justa avaliação do realizado. Neste sentido, manifesta-se Alessandra Dabul (Da prova no Processo Administrativo Tributário, Ed. Juruá, 2ª. ed., Curitiba, pag. 117) que "o lançamento tributário, como ato administrativo, goza de presunção de legitimidade. Porém, veja-se que tal presunção não constitui atributo somente dos atos administrativos, mas sim de todos os atos jurídicos. Paulo de Barros Carvalho pronunciou-se neste sentido afirmado que "apesar de tão decantada como peculiaridade dos atos administrativos, parece-me que a presunção de legitimidade acompanha sempre qualquer ato jurídico, público ou privado, praticado por pessoa física ou jurídica". A presunção de legitimidade, como atributo tanto do ato administrativo de lançamento quanto do ato jurídico de imposição do particular, quer significar a relação de pertinência desses atos são sistema, ou seja, presumir-se, informar-se que foram tais atos emitidos por quem de direito e em estrita observância do procedimento exigido. A referida presunção sobrevive até o momento em forem os citados atos impugnados, uma vez que em seu favor milita presunção "juris tantum", isto é, que só existem até serem questionada em juízo. Deste modo, a citação antes trazida de Vicente Greco Filho, acerca da dispensa de produção de provas quanto aos atos considerados legítimos deve ser considerada em face de uma presunção "juris tantum", e não absoluta ("jure et de jure"), existindo assim a necessidade de prova dos fatos alegados, quando se instaurar o processo em face da resistência à pretensão fiscal pelo contribuinte".

Vale igualmente lembrar o que nos sugere a lição de Geraldo Ataliba (Hipótese de Incidência Tributária, 6ª. Ed. 3ª. Tiragem 2002, pag. 68/69), no sentido de que "a subsunção é o fenômeno de um fato configurar rigorosamente a previsão hipotética da lei. Diz-se que um fato se subsume à hipótese legal quando corresponde completa e rigorosamente à descrição que dele faz a lei".

Neste ambiente, impõe-se observar o assentamento de que o ônus da prova da ocorrência do fato gerador cabe à Fazenda, conforme par. 1º. do art. 33, Dec. 10.487/09, "verbis"

Par. 1º. – à Fazenda Municipal cabe o ônus da prova da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária e, ao impugnante, o ônus da prova da extinção ou exclusão do crédito exigido.

Nessa seara (Hugo de Brito Machado, Curso de Direito Tributário, Ed. Malheiros, 15ª. ed., pag. 358), temos que "o ônus da prova dos fatos em disputa no procedimento administrativo fiscal não é do contribuinte, como alguns afirmam. O ônus da prova quanto ao fato constitutivo do direito é de quem alega. Aplica-se a teoria geral da prova, que está consubstanciada nas disposições do Cod. de Processo Civil. Ocorre que, em face de indícios fortes de existência do fato gerador da obrigação tributária, capazes de autorizar a presunção de tal ocorrência, pode dar-se a inversão do ônus da prova. A não ser em tal circunstância, o ônus de provar a ocorrência do fato gerador da obrigação tributária é naturalmente do fisco" E mais nas palavras de José Eduardo Soares de Melo, "no lançamento dos tributos, o ônus da prova cabe ao poder público por competir-lhe, de modo privativo e obrigatório, a constituição do crédito tributário, compelindo-o à comprovação da existência de todos os elementos componentes do fato tributário".

Na presente questão, arrimou-se o lançamento no dispositivo legal autorizador do arbitramento, de seguinte dicção:

"Art. 148 – Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tem em consideração, o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial" (art.

148 – CTN).

Como se constata, o arbitramento é um procedimento regular rigorosamente previsto na legislação tributária que, provocado essencialmente pela constatação da imprestabilidade documental ou omissões do contribuinte, deve obedecer balizas precisas que, nas palavras de Maria Rita Ferregut (Curso de Especialização em Direito Tributário, Ed. Forense, 1ª. ed., Rio, 2005, pgs 323/333) ganha seguinte expressão ("verbis"): Vimos que a competência para o arbitramento origina-se da constatação de que o sujeito passivo ou terceiro legalmente obrigado não prestou as declarações que deveria, ou, embora cumprindo esses deveres, os documentos existentes eram emprestáveis, a ponto de impossibilitar a descoberta da grandeza manifestada pelo fato jurídico. Considerando que a documentação inexistente não enseja grandes digressões jurídicas, devendo ser interpretada como não apresentação à fiscalização, independente de existir ou não faticamente, a questão relevante que se coloca é a de se estabelecer em quais casos a documentação do contribuinte pode se considerada imprestável, a ponto de ensejar a substituição da prova direta pela indireta, arbitrando a base de cálculo do tributo. Os vícios, erros ou deficiências só legitimam a utilização do arbitramento se os mesmos tornarem a documentação imprestável para os fins a que se destinam, vale dizer, se comprometerem a descoberta do objeto que se pretende provar. Se o Fisco tiver meios para sanar os erros apontados, deve suprir oficiosamente tais irregularidades. É sabido que o arbitramento tem caráter excepcionalíssimo, devendo ser utilizado em casos extremos, na medida em que deve sempre prevalecer a base de cálculo originária, regra-matriz de incidência tributária. Ademais, cumpre salientar que é entendimento pacífico na doutrina que o arbitramento não é penalidade ou castigo, mas sim uma forma de averiguação em que se procura restabelecer ou apurar resultados impossíveis de serem conhecidos diretamente. Dai porque, o exercício desse mecanismo encontra-se ancorado nos princípios da razoabilidade, finalidade da lei e da proporcionalidade, podendo ser utilizado quando realmente mostre-se impossível a utilização da base de cálculo originária. Assim, se o contribuinte apresenta uma documentação correta, idônea, regular, deve o Fisco utilizá-la e adotá-la. Não é dado ao Fisco pauta-se por critérios arbitrários, devendo respeitar os princípios anteriormente mencionados, bem como pressupostos objetivos do arbitramento".

No presente caso, e com base na descrição da ação fiscal pelo agente lançador no Proc. de Procedimento de Fiscalização 030/028357/15, e na Representação Circunstanciada (Relatório de Auditoria Fiscal com proposta de Arbitramento), verifica-se que, regularmente intimado (int. 00436/16), entregou o Contribuinte à Fiscalização os livros fiscais; contábeis (Caixa) não autenticados e não escriturados em conformidade com Resolução CGSN 94/2011; extratos do SN; e DASN e DEFIS, resultando, todos, por análise, compatíveis entre si. Contudo, pela análise dos extratos do SN, da DASN e DEFIS, verificou-se incompatibilidade com os livros Caixa, com diversas contradições com as informações econômicas e fiscais do estabelecimento., a mais diversas ausências.

Relativamente às NFs declaradas como emitidas (média de 7 notas diárias), constatou-se, via verificação presencial e diária, diferença significativa. Enfim, diante das evidencias documentais verificadas, foi autorizado e realizado o Regime Especial de Fiscalização no período de 17-18-19/05/2016 e 18 a 26/05/2016, conforme pormenores relatados no Relatório de Auditoria Fiscal que integra o presente processo.

Logo, presentes as insuficiências e irregularidades documentais verificadas, arbitrou-se a base de cálculo do imposto com base no inciso VIII do art. 82, como causa jurídica do ato, por constatação de "flagrante insuficiência do imposto pago face ao volume dos serviços prestados", c/c o art. 83, inciso I, como forma de apuração, tendo-se em conta "a média aritmética das receitas apuradas" da empresa paradigma Esquasso Centro de Beleza Ltda ME, cujo procedimento encontra-se também em fase de recurso neste Conselho.

Por seu turno, contestando a cobrança, afirma a Recorrente a nulidade do lançamento por cerceamento do direito de defesa e impossibilidade de cobrança cumulada de multa de oficio com multa de mora, teses estas que temos como manifestamente improcedentes, por não faltar ao processo, neste caso, oportunidade da ampla defesa, e por estar de há muito pacificada neste Conselho a questão das multas de oficio e mora aplicadas de forma simultânea, com fundamentos distintos que não se confundem ou se excluem num mesmo procedimento fiscal.

No entanto, relativamente ao arbitramento, sobre sua causa e oportunidade, quer nos parecer caber questionamento, levando-se em conta seu pressuposto básico já mencionado nos excertos doutrinários, relativo à impossibilidade do procedimento

fiscal/processual transigir com o dever de esgotar todos os meios possíveis à obtenção da verdade fática presente na atividade da Contribuinte regularmente fiscalizada.

No caso presente, resulta certo que, pela documentação obrigatória apresentada, e pela constatação fiscal via presença do agente lançador no estabelecimento da Contribuinte, realmente o caminho tomado pela ação fiscal se afigura correto por encontrar respaldo na realidade dos fatos e nas provas colhidas ao longo da ação fiscal.

Todavia, em que pese a referida correção do procedimento alcançada ao longo da ação fiscal, somos de pensar que não se pode olvidar fato processual de influência significativa sobre o lançamento concluído, como foi de ocorrer no momento da impugnação ao Auto de Infração em discussão.

Tal fato, como se observa da documentação acostada, materializa-se com a juntada de diversos extratos das administradoras de cartões de crédito/débito (fls. 63 a 611) que, por seu volume, refletem significativa participação no movimento econômico da Recorrente como evidências regularmente oferecidas, evidências essas registradas pelo próprio agente fiscal em relato seu na Representação Circunstanciada, quando assinala o movimento de cartões de crédito/débito, numa proporção "de mais de 80%" sobre todo o movimento econômico. De se registrar que não mereceu atenção pelo parecer FCEA (e por extensão a decisão) os referidos relatórios dos cartões de crédito/débito que instruem basicamente o feito. Por seu turno, pugna a Recorrente, com base em tais evidências, pela exclusão desses valores do montante total do lançamento.

Acerca de provas, julgamos oportuno mencionar, subsidiariamente, dispositivos da Lei 3.048/13 (Normas Sobre Atos e Processos Administrativos), que em seu art. 3º., III, assegura aos administrados a apresentação de documentos antes da decisão, que serão necessariamente objeto de consideração pelo órgão julgador competente; e art. 39, par. único, que possibilita a juntada, pelo interessado, antes da tomada da decisão, de documentos referentes à matéria objeto do processo, devendo esses elementos probatórios SER CONSIDERADOS NA MOTIVAÇÃO DO RELATÓRIO DA DECISÃO. Tal não se observa no presente feito, em particular quanto às receitas provenientes dos citados, e presentes como prova, relatórios. De se assinalar igualmente que, como constatado pela própria fiscalização, opera a Recorrente no seu negócio e mesmo estabelecimento com compra e venda de mercadorias afins aos
serviços prestados, que certamente não compôs a base de cálculo inicialmente apurada de forma presencial (dias 17-18-19/05/2016 e 18 a 26/05/2016), mas que constam dos referidos relatórios mensais ora trazidos aos autos. De oportuno também assinalar que foram aplicadas as penalidades específicas pela não apresentação dos relatórios durante a ação fiscal, bem assim observar que não se presta o procedimento de arbitramento para punição ou castigo de falta fiscal.

Como sabido, uma vez impugnado o lançamento, fica sua eficácia suspensa até decisão final do feito pelo exame de provas regularmente produzidas pelo impugnante, no sentido de se avaliar sua correção, ou de aperfeiçoa-lo ao final.

Ilustrando o que se comenta, o AC 92.04.35475-5/RS, 2ª. Turma, DJ de 08.09.94, que reproduzimos:

"TRIBUTÁRIO. IMPOSTO DE RENDA. ARBITRAMENTO. Também no lançamento por arbitramento vigora o princípio da verdade real. Assim, se, NO CURSO DO PRAZO PARA IMPUGNAÇÃO DO AUTO-DE-INFRAÇÃO, a empresa apresentou declaração de renda formada à base de escrituração regularizada e apurando prejuízo, incabível sustentação, pura e simples, do lançamento por arbitramento antes efetuado. Sentença mantida."

Como no caso em exame, deve-se ter como válida a prova regularmente apresentada por ocasião da fase impugnatória, levando-se em conta que o arbitramento é forma de estabelecimento de presunção relativa ("juris tantum"), e, portanto, passível de prova em contrário seja nas esferas administrativa ou judicial, limitando, dessa forma, discricionariedade da autoridade fiscal. Neste caso, assume o procedimento o risco de se estar arbitrando fatos geradores, provados em sua existência e valores pela documentação acostada e não levada em consideração pelas autoridades informadora e julgadora. Conveniente lembrar aqui que orienta-se o processo administrativo pelo princípio da verdade real, no sentido da ampla admissibilidade de apresentação de provas em qualquer das instâncias percorridas. Não há que se cogitar, a propósito, de preclusão, já que presentes nos autos os relatórios demonstrativos de débito/crédito de cartões utilizados em pagamento, inobservados desde o início do processo contencioso por ocasião da Impugnação, com consequente prejuízo ao processo e sua decisão. No dizer de Rubens

Gomes de Souza (Compêndio de Legislação Tributária, Ed. Resenha Tributária, 1975, pag. 146), "uma primeira característica do contencioso tributário é portanto a de constituir uma continuação do processo de lançamento..... Com efeito, se o contribuinte contesta os resultados do processo de lançamento, este fica em suspenso até decisão final do processo, e essa decisão é que constituirá afinal o lançamento definitivo que poderá.... anulá-lo".

Mais reforçando a instrução, o fato de que dá notícia o próprio agente fiscal da existência em operação no estabelecimento da Recorrente de um sistema completo, e eficiente, de controle informatizado de clientes e serviços, denominado BELLE (Relatório da Representação Circunstanciada), cuja verificação não se cogitou para fins de apuração real do movimento econômico.

Por fim, como informado pela autuação (Proc. 030/028357/15), foi submetida a Recorrente ao mesmo procedimento de apuração presencial (Regime Especial) levado à efeito no estabelecimento da empresa Squasso Centro de Beleza Ltda (Proc. 030/012861/2016) durante os dias 17-18-19/05/2016 e 18 a 26/05/2016, não tendo sido, no entanto, tal apuração utilizada na fixação da base de cálculo inicial do imposto, sendo aplicada, para tanto, aquela mesma base apurada na Squasso, sob justificativa de exercer o estabelecimento (Tavarick) , mesma atividade, com semelhante estrutura, mesmos proprietários, etc., apesar de ter os números do procedimento presencial deste estabelecimento. Vale aqui reafirmar que igualmente tramita neste Conselho o processo já mencionado relativo à Squasso (paradigma do lançamento em exame) cuja conclusão foi de admitir parcialmente o lançamento, em face da prova representada pelos relatórios de cartões não considerada pela decisão. Logo, não se justifica a utilização como paradigma da Esquasso para fixação da base de cálculo do imposto da ora Recorrente, mormente quando já realizado o regime especial em sua atividade com valores apurados e demonstrados (nos dias 17-18-19 e 18 a 26/05/2016) na Representação Circunstanciada que integra o lançamento.

Assim sendo, pelo todo o exposto, é o parecer para dar provimento ao Recurso, no sentido de inadmitir o lançamento como procedido, recomendando-se nova ação fiscal junto ao estabelecimento da Recorrente com verificação atenta dos referidos relatórios de cartões de crédito/débito em utilização no estabelecimento, de significativa participação na receita mensal da Recorrente.

É o parecer. "Sub censura".

Em 08 de Janeiro 2018.

Sérgio Dalia Barbosa
Rep. da Fazenda

762

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITEROI
RUA VISCONDE DE SEPETIBA,987, 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 030017579/2016
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 10/01/2018
Hora: 19:18
Usuário: NILCEIA DE SOUZA DUARTE
Público: Sim

Jefferson da S. Silva
Matr. 242.846-0

Processo : 030017579/2016
Data : 19/07/2016
Tipo : AUTO DE INFRAÇÃO
Requerente : TAVARIK CENTRO DE BELEZA LTDA
Observação : AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 49269, DE 07/07/2016.

Titular do Processo : TAVARIK CENTRO DE BELEZA EIRELI - ME
Hora : 13:14
Atendente : NILCEIA DE SOUZA DUARTE

Despacho : Ao
Conselheiro, Celio de Moraes Marques para relatar.

FCCN em 11 de janeiro de 2018

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE

PREFEITURA
NITERÓI
FAZENDA

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/0017579/2016		Jefferson da C. Silva Matr. 242.648-0	763

Processo nº: 030/0017579/2016

Matéria: RECURSO VOLUNTÁRIO

Recorrente: TAVARIK CENTRO DE BELEZA LTDA

Recorrida: FCEA-COORDENADORIA DE ESTUDOS E ANÁLISE TRIBUTÁRIA

EMENTA: RECURSO VOLUNTÁRIO – AUTO DE INFRAÇÃO – ISS – AFERIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR ARBITRAMENTO UTILIZANDO CONTRIBUINTE PARADIGMA – APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS E DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE OPERAÇÕES COM CARTÕES DE DÉBITO/CRÉDITO EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO QUE NÃO FORAM OBJETO DE ANÁLISE – IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO COM BASE NO ART. 148 DO CTN – ATO DE EXCEPCIONABILIDADE - NULIDADE DO LANÇAMENTO - PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Senhores Conselheiros e demais membros,

Trata-se recurso voluntário interposto pela Recorrente contra a decisão do FCEA, que julgou procedente o Auto de Infração nº 49269 em razão de terem sido infringidos os arts. 95 e 114, sendo aplicada a penalidade prevista no art. 120, inciso IV, todos da Lei 2597/97. Autuação decorreu de terem sido apuradosdébitos de ISS pelo Agente Fiscal,

através de levantamento realizado em regime de arbitramento. Inconformada a recorrente apresentou tempestivamente sua impugnação às fls. 11/593, tendo sido indeferida com a manutenção do feito fiscal em sua integralidade pelo FCEA.

Inconformada com a sentença singular, a acusada, laborou petição recursal (fls. 693/756).

No Recurso Voluntário, a Recorrente alega basicamente que:

I) Em sede preliminar houve cerceamento ao direito de defesa pelo fato de "não ter sido detalhado com precisão as razões que levaram o Fiscal a valer-se do arbitramento" e consequentemente só tendo o pleno conhecimento de todos os fatos antes da apresentação da defesa em sede de segunda instância, ferindo assim o dispositivo constitucional do duplo grau de jurisdição(fls.696);

II) No mérito aduz a incompleta instrução da peça acusatória ao não descrever a fundamentação legal do arbitramento e ser equivocado o critério utilizado para se chegar à base de cálculo do ISS, tendo em vista teremsido utilizados dados de receita de outro contribuinte pelo Autuante como paradigma e com a receita deste apurada em regime especial de fiscalização;

III) Alega ainda que a legislação prevê que o paradigma seja feito com média na receita de 'outros"(no plural) contribuintes e não em apenas de "outro" contribuinte;

IV) Aduz ainda na tese meritória contra a utilização da mesma base de cálculo do contribuinte paradigma, destacando que os valores cobrados pelo próprio(R$ 110,00) contra o cobrado pelo SQUASSO(R$ 580,00) para o serviço de "luzes" são díspares;

V) Por fim alega a impossibilidade da cobrança cumulada de multa de mora com a multa fiscal.

Por estes motivos, protesta pela nulidade da autuação fiscal.

A Douta Representação Fazendária opina pelo PROVIMENTO do Recurso voluntário.

É o relatório.

Passo a oferecer meu voto.

Compulsando-se os autos do procedimento fiscalizatório, vislumbra-se litígio tributário instaurado em face da lavratura de auto de infração efetuada para exigir crédito tributário originário de serviços prestados e com omissão de receita. Por via de

arbitramento, chegou-se à base de cálculo respaldado no art. 148(1), do CTN, combinado com o art. 82, VIII(2) e art.83, I(3), ambos da Lei 2597/08.

Primeiramente quero rechaçar a preliminar de nulidade suscitada em virtude da supressão do duplo grau de jurisdição aventada pelo Recorrente. Elementos materiais constantes dos autos são suficientes para dar conhecimento e explicitar a base legal originária a qual fundou-se o arbitramento realizado.Na notificação 8754, informa-se de maneira concisa e clara as razões do arbitramento e às fls. 614/648, a Representação Circunstanciada disseca em relatório conciso a exposição de motivos que levaram ao arbitramento da Receita. Somente uma leitura desatenta do Recorrente pode justificar que não tinha conhecimento da fundamentação legal a qual consubstanciou-se a autuação.

Também não merece qualquer a arguição de nulidade sob o manto de ter sido prejudicado em seu direito ao contraditório e à ampla defesa, pelo simples fato de haver o Recorrente abordado de forma obtusa e direta as teses apresentadas na peça preambular.

Ultrapassada as preliminares, passo adentrar nas razões meritórias.

O lançamento por arbitramento se constitui uma espécie de lançamento de ofício, com previsão legal no artigo 148 do CTN.

Da leitura do mencionado dispositivo, conclui-se que o lançamento por arbitramento, realizado pela municipalidade, é uma forma específica e excepcional de apuração do valor do tributo, na qual em procedimento administrativo verifica-se o correto valor do serviço.

---

(1) Art. 148. Quando o cálculo do tributo tenha por base, ou tome em consideração, o valor ou o preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos, a autoridade lançadora, mediante processo regular, arbitrará aquele valor ou preço, sempre que sejam omissos ou não mereçam fé as declarações ou os esclarecimentos prestados, ou os documentos expedidos pelo sujeito passivo ou pelo terceiro legalmente obrigado, ressalvada, em caso de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.(CTN)

(2)Art. 82. O valor da base de cálculo do imposto será objeto de arbitramento quando constatada pela fiscalização qualquer das seguintes hipóteses:

VIII - flagrante insuficiência do imposto pago face ao volume dos serviços prestados;

(3)Art. 83. O arbitramento terá sempre por base representação circunstanciada, oferecida pela autoridade fiscal competente, na qual se estabelecerá a base de cálculo do imposto, considerando-se os seguintes elementos:

I – a média aritmética das receitas apuradas pelo mesmo ou por outros contribuintes que exerçam a mesma atividade em condições semelhantes, em períodos anteriores ou posteriores àquele a ser arbitrado;

Nesta linha. destaco a lição de Leandro Paulsen sobre o "lançamento" por arbitramento ou aferição indireta:

> "O lançamento deve ser realizado mediante a verificação concreta da ocorrência do fato gerador e do cálculo do tributo considerando sua base de cálculo própria. Contudo, nem sempre isso é possível. Há casos em que a autoridade, embora verificando que o fato geradorocorreu, não dispõe de elementos suficientes para a apuração dabase de cálculo com exatidão em face da ausência ou inidoneidadeda documentação respectiva, tendo de recorrer ao arbitramento ouaferição indireta. Denomina-se lançamento por arbitramento, pois,o realizado mediante apuração da base de cálculo medianteelementos indiciários ou presunções legais" (Curso de Direito Tributário Completo, 4ª edição, Porto Alegre: Livraria do Advogado Editora, 2012, p. 123). (grifei)

Com efeito, a técnica de arbitramento, ou como reconhecida por alguns doutrinadores como modalidade de lançamento, tem espaço para a determinação da base de cálculo do tributo quando certa a ocorrência do fato imponível, mas o valor ou preço de bens, direitos, serviços ou atos jurídicos registrados pelo contribuinte não mereçam fé, ficando a Fazenda Pública, nesse caso, autorizada a proceder ao arbitramento mediante processo administrativo-fiscal regular, assegurado o contraditório e a ampla defesa.

No presente caso, tem-se que a fiscalização adotou o arbitramento por paradigma para apurar os fatos geradores já ocorridos e sobre os quais pairavam dúvidas.

Contudo, constata-se nos autos ter o Recorrente apresentado os documentos referentes às operações com cartões de crédito para que fosse alcançado o valor real dos serviços.

O autuante ignorou bem como o julgador em 1º Instância sequer os viu ou analisou (fls. 679), contradizendo a as provas apresentadas. Assim disserta:

"Por outro lado, entendendo a Impugnante que os valores arbitrados não foram corretos, teria na sua defesa ao auto de infração, que é o início do litígio tributário, a oportunidade de oferecer os valores reputados como corretos....Trata-se justamente do contraditório e da ampla defesa. Entretanto a Impugnante preferiu omitir-se , não carreando provas que demonstrassem as receitas efetivamente obtidas..."

Na sua impugnação das fls. 63/593, consta estrato demonstrativo de recebimentos por cartões de débito e de crédito de serviços prestados pelo Recorrente.

não informando a Municipalidade qual documento deixou de ser apresentado gerando a necessidade de utilização do arbitramento.

Como na presente hipótese a autoridade municipal discordou das declarações efetuadas pelo contribuintee diante da flagrante insuficiência de impostos pagos, efetuou o procedimento de arbitramento, também denominado de "lançamento" por arbitramento, o qual permitiu por intermédio de fiscalização indireta, utilizando outro contribuinte paradigma, a adoção por parte da autoridade lançadora, de sistemática determinante do tributo (sua base de cálculo).

Em leitura atenta à representação circunstanciada verifica-se que o Autuante afirma haver, na sua exposição de motivos, ***"flagrante insuficiência do imposto pago face ao volume dos serviços prestados"*** (fls. 642). Se utiliza do argumento acima, face ao regime especial de fiscalização imposto ao Recorrente nos dias 18 a 26 de maio de 2016

Ademais, justifica a utilização de contribuinte paradigma (Squasso Centro de Beleza ltda) por terem condições semelhantes e análogas. Convém informar que a receita do "contribuinte paradigma" foi obtida através de um regime especial de fiscalização realizado no estabelecimento.

Inobstante seja o arbitramento modalidade legalmente prevista, precisamente, no art. 148 do CTN, é inquestionável que descabe à Fazenda se utilizar desse critério segundo a sua conveniência e oportunidade, e assim, não aceitar as informações fornecidas pelo contribuinte e efetuar o lançamento de ofício, conforme uma ou outra opção lhe seja mais favorável. O lançamento decorre de atividade vinculada da Administração, que, em matéria tributária, encontra-se inegavelmente adstrita, em qualquer dos seus movimentos, aos termos inequívocos da lei.

Descabe aqui dar lugar a qualquer margem de subjetividade na constatação do fato gerador, no cálculo do montante devido, na identificação do sujeito passivo da obrigação ou na aplicação de eventuais penalidades cabíveis.

O lançamento por arbitramento se constitui uma espécie de lançamento de ofício, com previsão legal no artigo 148 do CTN, que assim prescreve: por força desse dispositivo somente nas hipóteses de omissão do sujeito passivo, recusa ou sonegação

de informação, irregularidade das declarações que resta legitimada a aferição indireta pelo Fisco.

Tendo em vista que o lançamento por valor arbitrado é técnica extraordinária de apuração da obrigação tributária, não há como se permitir a suaaplicação, quando ausentes os requisitos legais previstos no art.148, do CTN, de forma a desconsiderar os dados apresentados pelo contribuinte.

Por força desse dispositivo, pode ocorrer o arbitramento a partir do momento em que o contribuinte deveria prestar informações para a Administração Pública, mas deixa de fazê-lo, ou mesmo prestando, essas informações não mereçam fé ou não sejam verdadeiras. Assim, somente nas hipóteses de omissão do sujeito passivo, recusa ou sonegação de informação, irregularidade das declarações que resta legitimada a aferição indireta pelo Fisco.

Sobre o tema, seguem as lições da doutrina: *"Esta avaliação por meio do arbitramento não poderá, no entanto, ser feita de forma discricionária, mas deverá ser sempre pautada pelos ditames legais, de forma que há por vedação legal a proibição ao arbítrio indiscriminado sem justa avaliação. Neste sentido, impera dizer que deverá a Administração Pública esgotar todos os meios possíveis para calcular o tributo devido, estando impedida de valer-se do arbitramento, enquanto não esgotar todas as possibilidades existentes. Deve-se, no entanto, reiterar que nesse particular o arbitramento, como meio de quantificação do crédito tributário, só pode se evidenciar dentro dos limites legais e uma vez esgotados todos os meios para a apuração do quantum debeatur. Interessante observar que, quando o legislador tributário falou em omissão ou impossibilidade, de avaliar o importe devido em face da inexistência de boa-fé do contribuinte, impôs a possibilidade do arbitramento, sendo-lhe defeso lastrear em meros indícios. Portanto, a presunção em direito tributário deve ser vista com extrema cautela, na medida em que não se confunde com simples indícios, estes sim meros sinais, vestígios etc. "(*Código Tributário Nacional Comentado/ Alexandre Barros Castro. Luís Henrique Neris de Souza – São Paulo: Saraiva, 2010, pág.262)

Como já fora dito anteriormente, o lançamento por valor arbitrado é técnica extraordinária de apuração da obrigação tributária, não há como se permitir a sua aplicação, quando ausentes os requisitos legais previstos no art.148, do CTN, de forma a desconsiderar os dados apresentados pelo contribuinte.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/0017579/2016			

De há muito a Corte da Cidadania assentou convicção no sentido de que a exação não pode ser feita com base em presunção de ocorrência do gerador. A seguinte ementa espanca qualquer dúvida:

.....

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL. ISS. FATO GERADOR. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS. 1. O Imposto sobre Serviços tem como fato gerador, no aspecto material, a prestação de serviços. Desse modo, enquanto esta não ocorrer, não se pode cogitar da incidência do ISS. 2. Recurso especial improvido. (REsp 51.284/SP, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 27/04/2004, DJ 23/08/2004, p. 156)

.....

Havia elementos suficientes para a apuração do tributo, não sendo o caso de arbitramento; que a escrituração fiscal não pode ser desconsiderada em razão de erros que não a prejudiquem em seu conjunto e que atendeu todas as solicitações do agente municipal, tendo este desconsiderado a robusta prova por ela apresentada, aplicando a receita de contribuinte fora de qualquer semelhança com o Recorrente sem analisar pormenorizadamente os documentos.

Apurou-se sem analisar documentos essenciais das operações realizadas, chegando-se fácil à conclusão de que o argumento não era o caso de arbitramento, pois foi apresentada a sua escrituração fiscal, a qual não pode ser desconsiderada por meros erros que não a prejudiquem em seu conjunto.

Acresça-se, ainda, que tal postura fere o disposto no art. 148 do Código Tributário Nacional, na medida em que apenas quando o sujeito passivo da obrigação tributária é omisso em informar o preço, ou não mereçam fé suas declarações, esclarecimentos ou documentos por ele expedidos, é que o fisco fica legitimado a arbitrar o valor dos serviços, hipótese inocorrente nos autos.

O auto de infração de fls. 3 apenas mencionou o motivo e o objeto, mas não a relação de documentos que teriam sido pedidos e não fornecidos pelo contribuinte. Mesmo depois da impugnação na esfera administrativa, o próprio parecer fiscal adotado como razão de decidir (fls. 679) mencionou em seu parágrafo 4º que a Recorrente não apresentou quaisquer documentos probatórios de sua receita, a época da fiscalização Essa informação consta no relatório do termo de fiscalização. (fls. 253) Mas, observa-se que não constou a relação de julgamento deixa margem deveras elástica para que a

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/0017579/2016		Matr. 242.646-9	770

autoridade defina, arbitrariamente, quais documentos são necessários para tal fim. Não há menção a irregularidade ou ausência de livros fiscais e contábeis obrigatórios ou mesmo facultativos da Recorrente, notas fiscais exigidas e não entregues ou ainda, qualquer elemento informativo solicitado e não entregue que justificasse a medida excepcional do arbitramento para fins de lançar o tributo que não teria sido recolhido. E não se pode aceitar o argumento de presunção de veracidade dos atos administrativos, já que se trata de presunção "iuris tantum", no caso, infirmada pelos diversos documentos que a autora ofereceu ao fisco.

Como se vê, não era o caso de utilizar-se o arbitramento previsto no artigo 148 do CTN, porque havia elementos para apurar se realmente o tributo havia ou não sido recolhido a menor, tanto que apresentados posteriormente na defesa administrativa. Mesmo que se pudesse argumentar que os documentos somente foram exibidos por ocasião da defesa administrativa (impugnação), ainda assim não se justifica a utilização do arbitramento, já que o artigo 148 ressalva a possibilidade de contestação, avaliação contraditória, administrativa ou judicial.

Não pode o Fisco, no procedimento administrativo, simplesmente ignorar os documentos que o contribuinte traz à tona para embasar a sua defesa, repetindo a constatação no momento da fiscalização tributária no sentido de que os documentos apresentados foram descartados porque não se prestavam a esclarecer o tributo recolhido a menor. Não era o caso de impossibilidade de exação a justificar o arbitramento com base no artigo 148 do CTN.

Destarte, ante a ilegalidade do procedimento de arbitramento da base de cálculo do ISS, dou provimento ao Recurso Voluntário, considerando improcedente o lançamento de ofício.

Niterói, 03/02/2018

CELIO DE MORAES MARQUES - RELATOR

PREFEITURA
DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº. 030/017579/2016 DATA: - 08/03/2018

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

1021º SESSÃO HORA: - 10:00 DATA: 08/03/2018

PRESIDENTE: - Paulo Cesar Soares Gomes

CONSELHEIROS PRESENTES

1. Alcidio Haydt Souza
2. Fábio Hottz Longo
3. Eduardo Sobral Tavares
4. Celio de Moraes Marques
5. Amauri Luiz de Azevedo
6. Manoel Alves Junior
7. Paulino Gonçalves Moreira Leite Filho
8. Roberto Pedreira Ferreira Curi

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

ABSTENÇÃO: - Os dos Membros sob os nº.s (X)

VOTO DE DESEMPATE: - SIM ( ) NÃO (X)

RELATOR DO ACÓRDÃO: - Sr. Celio de Moraes Marques

FCCN, em 08 de março de 2018.

Nilcéia de Souza Duarte
Mat. 228.914-8

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

ATA DA 1021º Sessão Ordinária Data: 08/03/2018

DECISÕES PROFERIDAS
Processos 030/017579/2016 –
"TAVARIK CENTRO DE BELEZA EIRELI ME"

RECORRENTE: - Tavarik Centro de Beleza Eireli Me
RECORRIDO: - Fazenda Pública Municipal
RELATOR: - Sr. Celio de Moraes Marques

DECISÃO: - Por cinco (05) votos contra três (03) foi dado provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira instância, consequentemente, conhecido e provido, nos termos do voto Relator.

EMENTA APROVADA
ACÓRDÃO Nº. 2023/2018

"RECURSO VOLUNTÁRIO – AUTO DE INFRAÇÃO – ISS – AFERIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR ARBITRAMENTO UTILIZANDO CONTRIBUINTE PARADIGMA – APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE OPERAÇÕES COM CARTÕES DE DÉBITO/CRÉDITO EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO QUE NÃO FORAM OBJETO DE ANÁLISE – IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO COM BASE NO ART. 148 DO CTN – ATO DE EXCEPCIONALIDADE – NULIDADE DO LANÇAMENTO – PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO".

FCCN, em 08 de março de 2018.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE

NITERÓI
PREFEITURA
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO: - 030/017579/16
"TAVARIK CENTRO DE BELEZA LTDA."
RECURSO VOLUNTÁRIO

Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado, por cinco votos, contra três foi de dar provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, consequentemente, conhecido e provido, nos termos do voto/Relator.

Face ao exposto, submetemos a apreciação de Vossa Senhoria, nos termos do § 5º, do art. 40 do Decreto 10487/09.

FCCN, em 08 de março de 2018.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITEROI
RUA VISCONDE DE SEPETIBA,987, 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 030017579/2016
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 13/03/2018
Hora: 13:13
Usuário: NILCEIA DE SOUZA DUARTE
Público: Sim

Jaqueline da C. Silva
Mat. 239.121-0

Processo : 030017579/2016
Data : 19/07/2016
Tipo : AUTO DE INFRAÇÃO
Requerente : TAVARIK CENTRO DE BELEZA LTDA
Observação : AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 49269, DE 07/07/2016.

Titular do Processo : TAVARIK CENTRO DE BELEZA EIRELI - ME
Hora : 13:14
Atendente : NILCEIA DE SOUZA DUARTE

Despacho : Ao

FCAD,

Senhora Coordenadora,

Face o disposto no art. 20, nº. XXX e art. 107 do Decreto nº. 9735/05 (Regimento Interno do Conselho de Contribuintes) solicito a publicação em Diário Oficial do Acórdão abaixo:
"Acórdão nº 2023/2018 - RECURSO VOLUNTÁRIO - AUTO DE INFRAÇÃO - ISS - AFERIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR ARBITRAMENTO UTILIZANDO CONTRIBUINTE PARADIGMA - APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE OPERAÇÕES COM CARTÕES DE DÉBITO/CRÉDITO EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO QUE NÃO FORAM OBJETO DE ANÁLISE - IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO COM BASE NO ART. 148 DO CTN - ATO DE EXCEPCIONALIDADE - NULIDADE DO LANÇAMENTO - PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO".

FCCN, em 13 de março de 2018.

Nilceia de Souza Duarte
Mat. 239.514-3

Ao FCCN,

Publicado D.O. de 16/03/18
em 16/03/18

FCAD MLHSFarias

Maria Lucia H. S. Farias
Matrícula 239.121-0

30/17579/16

775

Maria Lucia H. S. Farias
Matrícula 239.121-0

16/03/18

SECRETARIA MUNICIPAL DE ADMINISTRAÇÃO
Atos do Secretário

Pagamento de Licença prêmio não gozada – Indeferido
20/775/2017
20/1218/2017
Licença Prêmio – Deferido
20/5542/2017 - de 02/04 a 27/12/18
20/0125/2018 – de 05/03 a 02/06/18
Auxilio transporte – Deferido
20/1061/2018
20/989/2018
Abono Refeição – Indeferido
20/1070/2018
Abono Permanência – Indeferido
20/731/2018
Abono Permanência- Deferido
20/4832/2017
Adicional Automático – Deferido
20/496/2018
20/507/2018
20/1008/2018

AVISO
PREGÃO ELETRÔNICO Nº 005/2018

Tendo em vista o desinteresse de participantes no Pregão Eletrônico nº 005/2018, que seria realizado no dia 15 de março de 2018 às 10:00 horas, o certame fica considerado **DESERTO E CANCELADO**.

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
Despacho do Presidente do FCCN

30/14373/17 – MARCIA CRISTINA CASTRO GONÇALVES.
"ACORDÃO Nº. 2020/2018 – ITBI. CONTESTAÇÃO DO ARBITRAMENTO DO VALOR DE MERCADO DO IMÓVEL COMERCIAL SITUADO EM ÁREA NOBRE DA CIDADE, EM QUE FUNCIONAM UM POSTO DE GASOLINA E UMA LOJA DE CONVENIÊNCIA EM REGULAR ESTADO DE CONSERVAÇÃO. ARBITRAMENTO FIXADO COM BASE NOS PARÂMETROS PREVISTOS NA LEI. REALIZAÇÃO DE VISTORIA SEM A CONSTATAÇÃO DA EXISTÊNCIA DE FATORES QUE PUDESSEM CONTRIBUIR PARA DIMINUIÇÃO DO VALOR DA BASE DE CÁLCULO. RECURSO VOLUNTÁRIO CONHECIDO E IMPROVIDO. "

30/17579/16 – TAVARIK CENTRO DE BELEZA LTDA.
"ACORDÃO Nº. 2023/2018 – RECURSO VOLUNTÁRIO – AUTO DE INFRAÇÃO – ISS – AFERIÇÃO DA BASE DE CÁLCULO POR ARBITRAMENTO UTILIZANDO CONTRIBUINTE PARADIGMA – APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS DE DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE OPERAÇÕES COM CARTÕES DE DÉBITO/CRÉDITO EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO QUE NÃO FORAM OBJETO DE ANÁLISE – IMPOSSIBILIDADE DE ARBITRAMENTO COM BASE NO ART. 148 DO CTN – ATO EXCEPCIONALIDADE – NULIDADE DO LANÇAMENTO – PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO. "

30/12861/16 - TAVARIK CENTRO DE BELEZA LTDA.
"ACORDÃO Nº. 2024/2018 – RECURSO VOLUNTÁRIO – NOTIFICAÇÃO DE EXCLUSÃO DE SIMPLES NACIONAL – ISS – APRESENTAÇÃO DE EXTRATOS E DOCUMENTOS COMPROBATÓRIOS DE OPERAÇÕES COM CARTÕES DE CRÉDITO/DÉBITO EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO QUE NÃO FORAM OBJETO DE ANÁLISE – ERRO NA CAPITULAÇÃO QUE MOTIVOU A EXCLUSÃO – NULIDADE DA NOTIFICAÇÃO DE EXCLUSÃO – PROVIMENTO AO RECURSO VOLUNTÁRIO. "

SECRETARIA MUNICIPAL DE ASSISTÊNCIA SOCIAL E DIREITOS HUMANOS

Convocam-se para procedimento administrativo os candidatos do cadastro reserva do Processo Seletivo de Contrato Temporário da SASDH, edital nº 01/2016, listado abaixo, para se apresentar na Rua Coronel Gomes Machado, nº 281 – Centro – Niterói – RJ.

EDUCADOR SOCIAL

65. MARCELO DAVID DE LIMA MACEDO
66. FLAVIA THAYNÁ TAPAJÓS COQUEIRO

Os convocados devem se apresentar à Secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos, na Gestão do Trabalho, no prazo de três dias úteis a contar da data desta publicação. O não comparecimento dos convocados implicará na convocação do próximo da lista.

EXTRATO Nº120/2018- INSTRUMENTO: Primeiro Termo Aditivo **Nº SASDH 120/2018** de prorrogação de Prazo. **PARTES:** Município de Niterói tendo como gestor o Fundo Municipal de Assistência Social e **FLÁVIO ROBERTO DE PAULA. OBJETO:** Primeira prorrogação do prazo de vigência do Contrato nº **115/2017** de contratação temporária de **Educador Social,** desenvolvendo esta atividade na Secretaria de Assistência Social e Direitos Humanos. **PRAZO:** 12 meses com vigência a partir de 11 de janeiro de 2018. **VALOR ESTIMADO:** R$15.774,95 (quinze mil, setecentos e setenta e quatro reais e noventa e cinco centavos). **VERBA:** P.T. nº 16.72.08.122.0145.4192, CD nº 3.3.3.9.0.04.01 (Remuneração) Fonte 208, Nota de Empenho nº 000001, datada de 09/01/2018. **FUNDAMENTO:** art. 37, inciso IX, da Constituição da República e nas Leis Municipais nº 3.083/14 e nº 3.086/14 e processo 090000234/2016. **DATA DA ASSINATURA:** 09 de janeiro de 2018. Omitido do Diário Oficial do dia 07/02/2018.

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITEROI
RUA VISCONDE DE SEPETIBA,987, 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 030017579/2016
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 16/03/2018
Hora: 14:43
Usuário: NILCEIA DE SOUZA DUARTE
Público: Sim

776

Jefferson da C. Silva
Matr. 242.548-9

Processo : 030017579/2016
Data : 19/07/2016
Tipo : AUTO DE INFRAÇÃO
Requerente : TAVARIK CENTRO DE BELEZA LTDA
Observação : AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 49269, DE 07/07/2016.

Titular do Processo : TAVARIK CENTRO DE BELEZA EIRELI - ME
Hora : 13:14
Atendente : NILCEIA DE SOUZA DUARTE

Despacho : À
FGAB,

Senhor Secretário,

Tendo em vista decisão do Conselho de Contribuintes conforme fls. 758 a 774, cujo Acórdão foi publicado em Diário Oficial em 15/03, encaminhamos o presente para apreciação de Vossa Senhoria , face ao que dispõe o art. 40, e seus parágrafos, do Decreto n.º 10.487/09.

FCCN, em 16 de março de 2018.

Jefferson da C. Silva
Matr. 242.548-9

778

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITEROI
RUA VISCONDE DE SEPETIBA,987, 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 030017579/2016
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 16/03/2018
Hora: 16:39
Usuário: CAROLINA GONCALVES VIEIRA
Público: Sim

Carolina Gonçalves Vieira
Matr. 243.676-0

Processo : 030017579/2016
Data : 19/07/2016
Tipo : AUTO DE INFRAÇÃO
Requerente : TAVARIK CENTRO DE BELEZA LTDA
Observação : AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 49269, DE 07/07/2016.

Titular do Processo : TAVARIK CENTRO DE BELEZA EIRELI - ME
Hora : 13:14
Atendente : NILCEIA DE SOUZA DUARTE

Despacho : AO FSJU,

Para análise e parecer.

FGAB, 16/03/2018.

Natalia Cardoso de Souza
Diretora de Administração da SMF
Mat. 241.996-1

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI
Rua da Conceição, nº 100/2º andar • Centro • Niterói
Rio de Janeiro - Brasil • CEP 24.020-082

FAZENDA

Processo	Data	Rubrica	Folha
030/017579/2016	19/07/2016	Fabiana V. de Macedo Matrícula 241.643-4	778

Promoção nº 071/CEL/FSJU/2018

Ao Ilmo. Sr. Procurador Geral do Município,

Dr. Carlos Raposo,

Trata-se de impugnação ao Auto de Infração nº 49269/16, pelo qual o contribuinte foi autuado a recolher o ISS devido em razão de exclusão do SIMPLES resultado da ação fiscal realizada na empresa TAVARIK CENTRO DE BELEZA LTDA., inscrição municipal nº 148.769-3, no período de 06 de janeiro a 19 de agosto de 2016 (P.A. 030/028357/2015).

O presente processo é conexo ao P.A. 030/012861/2016, que contém a Notificação nº 01482/16, pela qual o contribuinte foi excluído do SIMPLES, com efeitos a partir de janeiro de 2011.

A decisão de primeira instância julgou improcedente a impugnação do Contribuinte, mantendo a autuação, com base no Parecer da FCEA de fls. 671/683. Em segunda instância, o Conselho de Contribuintes julgou procedente o Recurso Voluntário do contribuinte, reformando a decisão *a quo*, para considerar improcedente o lançamento de ofício, nos temos do voto do Conselheiro-Relator, de fls. 764/771.

Por se tratar de decisão favorável ao contribuinte, o Ilmo. Presidente do Conselho de Contribuintes interpôs o presente Recurso de Ofício, cuja competência para apreciação e julgamento é do Ilmo. Prefeito, nos termos do artigo 40 do Decreto nº 10.487/2009[1] c/c artigo 24 da Lei nº 2.228/2005[2].

---

[1] "*Art. 40 – As decisões do Conselho constituem última instância administrativa para recursos voluntários contra atos e decisões de caráter tributário.*
*§1º - **A decisão favorável ao contribuinte ou infrator obriga recurso de ofício ao Prefeito Municipal.***
*§2º - **O recurso de que trata o parágrafo anterior será interposto, no próprio ato da decisão, independentemente de novas alegações e provas, pelo Presidente do Conselho.***
*§3º - **O recurso de ofício devolve à instância superior o exame de toda a matéria em discussão.***
§4º - Não haverá recurso de ofício nos casos em que a decisão apenas procura corrigir erro manifesto.
§ 5º – As decisões do Conselho estão submetidas a ato homologatório do Prefeito Municipal, precedido de manifestação do Secretário de Fazenda." – grifos postos.

No tocante ao mérito recursal, ressalto que as questões jurídicas relativas ao presente processo foram devidamente apreciadas na manifestação da d. FCEA de fls. 671/683, cuja conclusão de ordem jurídica corresponde ao entendimento deste subscritor e à qual me reporto integralmente.

Faz-se mister observar, ainda sobre o mérito recursal, que o caso em análise não envolve, *d.m.v.*, questão erro – de fato ou de direito – na notificação de exclusão do SIMPLES em análise, como fundamentado no voto de fls. 764/771.

Diz-se isso, porque, não há qualquer questão oriunda da Notificação nº 01482/16, que excluiu o contribuinte do SIMPLES, ou do Auto de Infração nº 49269/16, que autuou o contribuinte a recolher o ISS devido em razão da exclusão do SIMPLES, que possa ser enquadrada seja como ***erro de direito***, seja como ***erro de fato***, cuja diferenciação já foi por diversas vezes analisada no âmbito do Egrégio Superior Tribunal de Justiça, tendo o tribunal assentado exatamente este entendimento, como se depreende do recurso representativo de controvérsia abaixo:

> *"PROCESSO CIVIL. RECURSO ESPECIAL REPRESENTATIVO DE CONTROVÉRSIA. ARTIGO 543-C, DO CPC. TRIBUTÁRIO E PROCESSO ADMINISTRATIVO FISCAL. LANÇAMENTO TRIBUTÁRIO. IPTU. RETIFICAÇÃO DOS DADOS CADASTRAIS DO IMÓVEL. FATO NÃO CONHECIDO POR OCASIÃO DO LANÇAMENTO ANTERIOR (DIFERENÇA DA METRAGEM DO IMÓVEL CONSTANTE DO CADASTRO). RECADASTRAMENTO. NÃO CARACTERIZAÇÃO. REVISÃO DO LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE. ERRO DE FATO. CARACTERIZAÇÃO.*
> ***1. A retificação de dados cadastrais do imóvel, após a constituição do crédito tributário, autoriza a revisão do lançamento pela autoridade administrativa (desde que não extinto o direito potestativo da Fazenda Pública pelo decurso do prazo decadencial), quando decorrer da apreciação de fato não conhecido por ocasião do lançamento anterior, ex vi do disposto no artigo 149, inciso VIII, do CTN.***

---

[2] *"Art. 24 O* ***Presidente do Conselho recorrerá de ofício ao Prefeito, das decisões de Segunda Instância contrárias à Fazenda Municipal.***" – grifos postos.

2. O ato administrativo do lançamento tributário, devidamente notificado ao contribuinte, somente pode ser revisto nas hipóteses enumeradas no artigo 145, do CTN, verbis:

> *"Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de:*
> *I - impugnação do sujeito passivo;*
> *II - recurso de ofício;*
> *III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149."*

3. O artigo 149, do Codex Tributário, elenca os casos em que se revela possível a revisão de ofício do lançamento tributário, quais sejam:

> *"Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos:*
> *I - quando a lei assim o determine;*
> *II - quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;*
> *III - quando a pessoa legalmente obrigada, embora tenha prestado declaração nos termos do inciso anterior, deixe de atender, no prazo e na forma da legislação tributária, a pedido de esclarecimento formulado pela autoridade administrativa, recuse-se a prestá-lo ou não o preste satisfatoriamente, a juízo daquela autoridade;*
> *IV - quando se comprove falsidade, erro ou omissão quanto a qualquer elemento definido na legislação tributária como sendo de declaração obrigatória;*
> *V - quando se comprove omissão ou inexatidão, por parte da pessoa legalmente obrigada, no exercício da atividade a que se refere o artigo seguinte;*
> *VI - quando se comprove ação ou omissão do sujeito passivo, ou de terceiro legalmente obrigado, que dê lugar à aplicação de penalidade pecuniária;*
> *VII - quando se comprove que o sujeito passivo, ou terceiro em benefício daquele, agiu com dolo, fraude ou simulação;*
> *VIII - quando deva ser apreciado fato não conhecido ou não provado por ocasião do lançamento anterior;*
> *IX - quando se comprove que, no lançamento anterior, ocorreu fraude ou falta funcional da autoridade que o efetuou, ou omissão, pela mesma autoridade, de ato ou formalidade especial.*
> *Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública."*

4. Destarte, ***a revisão do lançamento tributário, como consectário do poder-dever de autotutela da Administração Tributária, somente pode ser exercido nas hipóteses do artigo 149, do CTN, observado o prazo decadencial para a constituição do crédito tributário.***

5. ***Assim é que a revisão do lançamento tributário por erro de fato (artigo 149, inciso VIII, do CTN) reclama o desconhecimento de sua existência ou a impossibilidade de sua comprovação à época da constituição do crédito tributário.***

6. Ao revés, nas hipóteses de erro de direito (equívoco na valoração jurídica dos fatos), o ato administrativo de lançamento tributário revela-se imodificável, máxime em

virtude do princípio da proteção à confiança, encartado no artigo 146, do CTN, segundo o qual "a modificação introduzida, de ofício ou em conseqüência de decisão administrativa ou judicial, nos critérios jurídicos adotados pela autoridade administrativa no exercício do lançamento somente pode ser efetivada, em relação a um mesmo sujeito passivo, quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua introdução".

7. Nesse segmento, é que a Súmula 227/TFR consolidou o entendimento de que "a mudança de critério jurídico adotado pelo Fisco não autoriza a revisão de lançamento".

8. A distinção entre o "erro de fato" (que autoriza a revisão do lançamento) e o "erro de direito" (hipótese que inviabiliza a revisão) é enfrentada pela doutrina, verbis: "Enquanto o 'erro de fato' é um problema intranormativo, um desajuste interno na estrutura do enunciado, o 'erro de direito' é vício de feição internormativa, um descompasso entre a norma geral e abstrata e a individual e concreta. Assim constitui 'erro de fato', por exemplo, a contingência de o evento ter ocorrido no território do Município 'X', mas estar consignado como tendo acontecido no Município 'Y' (erro de fato localizado no critério espacial), ou, ainda, quando a base de cálculo registrada para efeito do IPTU foi o valor do imóvel vizinho (erro de fato verificado no elemento quantitativo). 'Erro de direito', por sua vez, está configurado, exemplificativamente, quando a autoridade administrativa, em vez de exigir o ITR do proprietário do imóvel rural, entende que o sujeito passivo pode ser o arrendatário, ou quando, ao lavrar o lançamento relativo à contribuição social incidente sobre o lucro, mal interpreta a lei, elaborando seus cálculos com base no faturamento da empresa, ou, ainda, quando a base de cálculo de certo imposto é o valor da operação, acrescido do frete, mas o agente, ao lavrar o ato de lançamento, registra apenas o valor da operação, por assim entender a previsão legal. A distinção entre ambos é sutil, mas incisiva." (Paulo de Barros Carvalho, in "Direito Tributário - Linguagem e Método", 2ª Ed., Ed. Noeses, São Paulo, 2008, págs. 445/446) ***"O erro de fato ou erro sobre o fato dar-se-ia no plano dos acontecimentos: dar por ocorrido o que não ocorreu. Valorar fato diverso daquele implicado na controvérsia ou no tema sob inspeção. O erro de direito seria, à sua vez, decorrente da escolha equivocada de um módulo normativo inservível ou não mais aplicável à regência da questão que estivesse sendo juridicamente considerada.*** *Entre nós, os critérios jurídicos (art. 146, do CTN) reiteradamente aplicados pela Administração na feitura de lançamentos têm conteúdo de precedente obrigatório. Significa que tais critérios podem ser alterados em razão de decisão judicial ou administrativa, mas a aplicação dos novos critérios somente pode dar-se em relação aos fatos geradores posteriores à alteração." (Sacha Calmon Navarro Coêlho, in "Curso de Direito Tributário Brasileiro", 10ª Ed., Ed. Forense, Rio de Janeiro, 2009, pág. 708) "O comando dispõe sobre a apreciação de fato não conhecido ou não provado à época do lançamento anterior. Diz-se que este lançamento teria sido perpetrado com erro de fato, ou seja, defeito que não depende de interpretação normativa para sua verificação. Frise-se que não se trata de qualquer 'fato', mas aquele que não foi considerado por puro desconhecimento de sua existência. Não é, portanto, aquele fato, já de conhecimento do Fisco, em sua inteireza, e, por reputá-lo despido de relevância, tenha-o deixado de*

lado, no momento do lançamento. Se o Fisco passa, em momento ulterior, a dar a um fato conhecido uma 'relevância jurídica', a qual não lhe havia dado, em momento pretérito, não será caso de apreciação de fato novo, mas de pura modificação do critério jurídico adotado no lançamento anterior, com fulcro no artigo 146, do CTN, (...). Neste art. 146, do CTN, prevê-se um 'erro' de valoração jurídica do fato (o tal 'erro de direito'), que impõe a modificação quanto a fato gerador ocorrido posteriormente à sua ocorrência. Não perca de vista, aliás, que inexiste previsão de erro de direito, entre as hipóteses do art. 149, como causa permissiva de revisão de lançamento anterior." (Eduardo Sabbag, in "Manual de Direito Tributário", 1ª ed., Ed. Saraiva, pág. 707)

9. In casu, restou assente na origem que: "Com relação a declaração de inexigibilidade da cobrança de IPTU progressivo relativo ao exercício de 1998, em decorrência de recadastramento, o bom direito conspira a favor dos contribuintes por duas fortes razões.

Primeira, a dívida de IPTU do exercício de 1998 para com o fisco municipal se encontra quitada, subsumindo-se na moldura de ato jurídico perfeito e acabado, desde 13.10.1998, situação não desconstituída, até o momento, por nenhuma decisão judicial. Segunda, afigura-se impossível a revisão do lançamento no ano de 2003, ao argumento de que o imóvel em 1998 teve os dados cadastrais alterados em função do Projeto de Recadastramento Predial, depois de quitada a obrigação tributária no vencimento e dentro do exercício de 1998, pelo contribuinte, por ofensa ao disposto nos artigos 145e 149, do Código Tribunal Nacional. Considerando que a revisão do lançamento não se deu por erro de fato, mas, por erro de direito, visto que o recadastramento no imóvel foi posterior ao primeiro lançamento no ano de 1998, tendo baseado em dados corretos constantes do cadastro de imóveis do Município, estando o contribuinte notificado e tendo quitado, tempestivamente, o tributo, não se verifica justa causa para a pretensa cobrança de diferença referente a esse exercício."

10. Consectariamente, verifica-se que o lançamento original reportou-se à área menor do imóvel objeto da tributação, por desconhecimento de sua real metragem, o que ensejou a posterior retificação dos dados cadastrais (e não o recadastramento do imóvel), hipótese que se enquadra no disposto no inciso VIII, do artigo 149, do Codex Tributário, razão pela qual se impõe a reforma do acórdão regional, ante a higidez da revisão do lançamento tributário.

10. Recurso especial provido. Acórdão submetido ao regime do artigo 543-C, do CPC, e da Resolução STJ 08/2008.

(Resp 1130545/RJ, Rel. Min. Luiz Fux, Primeira Seção, DJe 22/02/2011)
(grifo nosso)

Ocorre que, em que pese o entendimento deste subscritor acerca do mérito recursal, excepcionalmente, **em respeito ao órgão colegiado com representação técnica e da sociedade civil**, recomendo o não provimento do Recurso de Ofício.

Com a decisão acima, a autoridade competente estará afastando, expressamente, os fundamentos expostos no voto do Sr. Conselheiro Relator, de fls. 764/771, em que pese manter a conclusão da decisão do D. Conselho de Contribuintes.

Recomenda-se que esta nova ação fiscal analise e leve em consideração a documentação, fls. 81-593, trazida pelo sujeito passivo para definir a base de cálculo da tributação, único elemento questionado pelo D. Conselheiro Relator em relação a ação fiscal promovida por esta SMF, mas que foi, aparentemente, ignorado nos autos do 030/012861/2016 para evidenciar os motivos justificadores da exclusão do contribuinte do SIMPLES.

Por evolver decisão a ser proferida pelo Ilmo. Prefeito, submeto a presente Promoção à ratificação do Procurador Geral do Município.

Após, remetam-se os autos para apreciação e julgamento do Recurso de Ofício pelo Ilmo. Prefeito.

FSJU, 27/08/2018.

CARLOS EDUARDO LIMA
SUPERINTENDENTE JURÍDICO
PROCURADOR DO MUNICÍPIO
MAT. Nº 1.242.023-3 – OAB/RJ Nº 202.832

NITERÓI
PREFEITURA

PROCURADORIA GERAL DO MUNICÍPIO DE NITERÓI

GABINETE

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030/017579/2016	**19/07/2016**	Matrícula 1229.881-8	782

Visto

Aprovo integralmente a Promoção nº 71/CEL/FSJU/2018, de autoria do ilustre Superintendente Jurídico da Secretaria Municipal de Fazenda Carlos Eduardo Lima. A análise restou exauriente e precisa, razão pela qual a acolhemos por seus próprios termos.

Na Promoção em comento, o il. Superintendente corretamente opinou pelo não provimento do recurso de ofício, mantendo-se a decisão do Recurso Voluntário.

Contudo, como ressaltado na peça, as decisões do Conselho de Contribuintes devem ser submetidas a ato homologatório de Vossa Excelência, nos termos do art. 40 do Decreto nº 10.487/2009 c/c artigo 24 da Lei nº 2.228/2005.

Sendo assim, encaminho o presente processo administrativo para apreciação e julgamento.

Ao Gabinete do Prefeito, com a manifestação jurídica.

Niterói, 12 de setembro de 2018.

Carlos Raposo
Procurador Geral do Município