

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60.755/10	13/10/2010	<i>Nulidade de Placa Duas Mat. 226.514-9</i>	88

Senhor Presidente e demais membros do Conselho:

Trata-se de RECURSO interposto por CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PLAZA SHOPPING LTDA, inscrito no cadastro de contribuintes desta Secretaria, referente a auto de infração relativo a imposto sobre serviços alegadamente não retido pelo recorrente.

DO RECURSO

O recorrente alega:

- Nulidade do auto de infração, tendo em vista que o fiscal teria se baseado, tão somente, nos dados constantes na contabilidade e nos livros comerciais do recorrente, implicando cerceamento de seu direito de defesa.
- Não incidência do ISS sobre os serviços da empresa "Depósito de Papel Santa Cecília", que em sua visão consistiriam em transporte intermunicipal, e não retirada de lixo;
- O serviço em questão seria objeto de tributação pelo ICMS; a exigência, pelo fisco de Niterói, de ISS sobre a mesma implicaria bitributação;
- A procedência da autuação representaria ofensa ao Princípio do Não-Confisco.

CONSIDERAÇÕES

Integram o auto de infração planilha e relação de notas fiscais emitidas pela contratada contra o recorrente. Em resposta à impugnação, o fiscal autuante informa que (folhas 60 a 61):

1. O auto combatido foi lavrado no curso da ação fiscal, tendo as informações que o fundamentaram sido fornecidas por funcionário do recorrente, por este escolhido para assistir ao fiscal;
2. O fiscal também se baseou no livro "Razão" do recorrente, em que ficou demonstrada a não retenção do tributo sobre os alegados serviços prestados pela contratada;

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60.755/10	13/10/2010	Néida de Souza Duarte Mat. 226.514-8	89


3. Os demais documentos não foram examinados em face da demora do recorrente, que após três meses, não os apresentou; estes documentos estariam, conforme informado pelo funcionário do recorrente, em um "arquivo morto";
4. O fiscal examinou os registros relativos aos recolhimentos efetuados pelo recorrente, sendo este procedimento preliminar ao trabalho fiscal.
5. O recorrente confunde o serviço prestado com o meio de transporte utilizado na sua realização.

O FCEA, em seu parecer (folhas 63 a 65) opina pela procedência da autuação, pelos motivos seguintes:

1. A escrita contábil do recorrente, sendo regular e com observância das determinações da legislação, faz prova a favor e contra aquele, podendo fundamentar a autuação, e não causando qualquer cerceamento de defesa ao recorrente;
2. Nos termos da legislação municipal, o ônus de provar a extinção do crédito tributário incumbe ao autuado (art. 33, § 1º do Decreto nº 10.487/09);
3. O auto de infração está em conformidade com as exigências do artigo 142 do CTN, bem como do artigo 16 do Decreto nº 10.487/09;
4. Não se pode confundir os meios e equipamentos necessários à prestação dos serviços com os serviços efetivamente prestados. O serviço de retirada de lixo implica necessariamente o transporte do mesmo até o ponto de coleta, mantendo-se inalterada a natureza do serviço. O transporte é apenas meio para a consecução daquele.

No Recurso, limitou-se o recorrente a apresentar os mesmos argumentos já ofertados quando da impugnação.

No que tange à alegação de cerceamento de defesa, implicando nulidade do auto de infração, concordamos com a tese do FCEA. As informações contidas nos registros

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60.755/10	13/10/2010		90

contábeis e livros comerciais do recorrente são dignas de crédito e hábeis portanto a fundamentar a autuação, principalmente quando há demora na apresentação de outros documentos.

O auto de infração atende aos requisitos da legislação, tendo ao recorrente sido oferecidas todas as possibilidades de defesa, não logrando a nosso ver provar suas alegações.

Da mesma forma, entendemos improcedentes as alegações de não incidência do tributo. Afinal, não se pode decompor um serviço, composto por atividades em si não alcançáveis pelo imposto, a fim de descaracterizá-lo como aquilo que evidentemente é. Assim ocorre com o serviço previsto no subitem 7.09 ("Varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer"). Quer o recorrente fazer crer que o contrato em questão trataria apenas de transporte intermunicipal (de resíduos), hipótese não compreendida no campo de incidência do ISS.

Assim decidiu o STJ no julgamento do RESP 888.852/ES:

"É certo, portanto, que o alvo da tributação do ISS "é o esforço humano prestado a terceiros como fim ou objeto. Não as suas etapas, passos ou tarefas intermediárias, necessárias à obtenção do fim. (...) somente podem ser tomadas, para compreensão do ISS, as atividades entendidas como fim, correspondentes à prestação de um serviço integralmente considerado em cada item. Não se pode decompor um serviço porque previsto, em sua integridade, no respectivo item específico da lista da lei municipal nas várias ações-meio que o integram, para pretender tributá-las separadamente, isoladamente, como se cada uma delas correspondesse a um serviço autônomo, independente".

Da mesma forma que não é permitido decompor um serviço em várias atividades a fim de tributá-las isoladamente, também não é aceitável o contrário; ou seja, decompor uma atividade de modo a permitir que aquelas, no todo ou em parte, coloquem-se a salvo da tributação.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/60.755/10	13/10/2010	Niterói, 10 de Julho de 2013 Mat. 226.514-8	91

Parece-nos claro que o objeto da contratação e do serviço prestado reside na coleta, remoção, transporte e destinação de resíduos oriundos do shopping; assim, verifica-se de modo inequívoco a identificação entre o serviço prestado e a hipótese prevista na lei.

Dessa forma, tornam-se insubsistentes as alegações de "bitributação" e de "confisco" apresentadas pelo recorrente, vez que o fisco de Niterói exige o tributo conforme determina o ordenamento jurídico. Não há que se falar em incidência de ICMS; o tributo aplicável à atividade é, e tão somente, o ISS.

Logo, entendemos correta a autuação. Procedeu o fiscal nos estritos termos da lei municipal, como se verifica nos artigos da lei 480/83 que embasaram a autuação:

Art. 58. São responsáveis pelo recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, desde que vinculados ao fato gerador da respectiva obrigação tributária, estando sujeitos às penalidades previstas nos art. 112 e 113 desta lei, as seguintes pessoas: (Redação dada pela Lei 2118/03):

VIII - a pessoa jurídica, ainda que imune ou isenta, tomadora ou intermediária dos serviços descritos nos subitens 3.04, 7.04, 7.09, 7.10, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 11.02, 17.04, 17.05 e 17.09 da lista do Art.48. (Redação dada pela Lei 2118/03, válida até dezembro de 2005);

III - o tomador ou intermediário dos serviços descritos nos subitens 3.04, 7.02, 7.04, 7.05, 7.09, 7.10, 7.11, 7.12, 7.14, 7.15, 7.16, 7.17, 11.02, 16.01, 17.05, 17.09, 20.01, 20.02, 20.03 da lista do art. 48, quando o prestador dos serviços não for estabelecido ou domiciliado no Município ou não for identificado por documento idôneo; (Redação dada pela Lei 2284/05).

Por todo o exposto, somos pelo não acolhimento do Recurso.

FCCN, 11 de Julho de 2013.



Helton José Figueira
Representante da Fazenda



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.755/10	13/10/10	Bruno Augusto Felipe 23/10/10	95

**CONDOMINIO DO EDIFICIO PLAZA SHOPPING
AUTO DE INFRAÇÃO Nº. 01.573 DE 31 DE AGOSTO DE 2010**

EMENTA: - Manutenção de Auto de Infração por não ter o contribuinte na qualidade de tomador recolhido o ISS devido incidente sobre serviços de retirada de lixo no período de outubro de 2007 a julho de 2008.

Senhor Presidente e demais Conselheiros,

Trata-se de Recurso Voluntário impetrado por Condomínio do Edifício Plaza Shopping, aqui representado por Bichara, Barata, Costa & Rocha Advogados, já qualificado nos autos, contra decisão de Primeira Instância que manteve Auto de Infração correspondente ao não recolhimento do ISS devido, incidente sobre serviços de retirada de lixo no período de outubro de 2007 a julho de 2008 no valor total de R\$ 1.778,07, incluindo a multa fiscal de 30%.

O Recorrente alega que o referido Auto de Infração não deve prosperar, primeiramente, porque a fiscalização lavrou a autuação com base somente nas informações apuradas pelos livros contábeis, não verificando Notas Fiscais, tampouco outros documentos pertinentes, principalmente os registros da própria Prefeitura quanto ao eventual pagamento do tributo. Cita para tanto doutrinas de tributaristas renomados.

Para corroborar ainda mais com esta tese, baseia-se no art. 20, inciso III, do Decreto nº. 10.487/09 que afirma "serem nulos os atos ou decisões que impliquem em preterição, prejuízo ou cerceamento do direito de defesa".

Argumenta que por estas razões o Auto de Infração é evidentemente nulo por implicar em falta dos elementos necessários a propositura do mesmo.



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.755/10	13/10/10	<i>Bruno Luiz do Carmo</i> 23/10/10	96

Também alega o Recorrente, que não há incidência de ISS no caso em tela, pois este não se trata de serviço de retirada de lixo, conforme item 7, subitem 7.9 da Lista de Serviços do art. 48 da Lei 480/83, c/c art. 63, inc. II, alínea "a" e art. 58, inc. VIII (até dezembro/2005) e art. 58, inc. III (janeiro de 2006 até setembro/2008), e sim de transporte intermunicipal, que teria como tributo o ICMS, conforme dispõe o art. 155, II, C.F.

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

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

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

Já o Fiscal autuante, a fim de sedimentar à defesa da Fazenda Municipal, pondera em seu pronunciamento que o Auto de Infração foi lavrado para cobrar o ISS que não foi retido pelo Contribuinte na qualidade de tomador, nos pagamentos que fez ao prestador do serviço de retirada de lixo no período de outubro de 2007 a julho de 2008, baseia-se o Fiscal em planilhas elaboradas a partir de informações transmitidas por funcionários do Shopping designado para assisti-lo na ação fiscal, assim como no Livro Razão onde constam lançamentos discriminados da conta "exigibilidades", subconta Impostos e Taxas, codificadas do passivo circulante. Estes lançamentos tem informação sobre o imposto (ISS), o tipo de documento (N.F ou RPA), o número do documento, o nome do prestador do serviço e o serviço prestado. Constam também os recolhimentos de ISS que foram efetuados.

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

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



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.755/10	13/10/10	Bruno Carlos Felipe 2339	97

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

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

Tendo em vista a petição do recorrente, assim como o parecer do Fiscal autuante, passamos a análise do processo e conseqüentemente ao voto.

Preliminarmente, quanto à alegação de nulidade do lançamento por haver se baseado apenas nos livros e registros contábeis do contribuinte, cabe registrar que a escrita da empresa, sendo regular e com obediência aos ditames legais, pode ser considerada pela fiscalização como idônea para se chegar à apuração do montante do imposto, tendo em vista revestir-se de documento registrado pelo próprio contribuinte, fazendo prova até mesmo em seu favor.

Neste aspecto, dispõe o art. 226 do Código Civil (Lei nº. 10.406/2002):

“Art. 226. Os livros e fichas dos empresários e sociedades provam conta as pessoas a que pertencem, e, em seu favor, quando, escriturados sem vício extrínseco ou intrínseco, forem confirmados por outros subsídios.”

Assim, se a própria fiscalização no exercício de suas funções constatou os montantes das receitas de prestação de serviços com base em documentação do próprio contribuinte, reveste-se o lançamento fiscal do imposto de regularidade e legalidade, cabendo ao contribuinte refutá-lo.

No livro contábil Razão, o Fiscal autuante verificou o nº. de Notas fiscais emitidas pelo prestador de serviços contra o tomador, bem como valor e o serviço prestado de retirada do lixo.

Acrescenta-se ainda, que o Auto de Infração como ato administrativo que é, goza de presunção de legitimidade (jûris tantum), competindo ao contribuinte o ônus da prova de extinção ou de exclusão do credito exigido oferecendo os elementos probatórios dos fatos e das afirmações.



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.755/10	13/10/10	Bruno Carlos Felipe 23/10/10	98

Em relação à falta de verificação dos pagamentos do ISS, o Fiscal atuante informou na sua manifestação que foram verificados os recolhimentos do ISS e que foram acostadas cópias extraídas do Sistema da SMF nos autos do processo de ação fiscal.

Não há portanto, cerceamento de defesa e nem é cabível de nulidade do lançamento, pois a Recorrente teve conhecimento do motivo da autuação, o lançamento realizado e os elementos pertinentes ao Auto de Infração em tela.

Fato é que o Auto de Infração relata que o ISSQN lançado é referente à responsabilidade tributária da Autuada, por substituição, indicando também todas as formalidades legais que revestem o lançamento como base legal, infringência e sanção, permitindo deste modo a defesa do Recorrente.

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

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

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

FCCN, em 08 de agosto de 2013.


ALCIDIO HAYDT SOUZA
CONSELHEIRO/RELATOR.



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.755/10	22/08/13	<i>Niterói, 22 de Agosto de 2013.</i> <i>João</i>	<i>João</i>

VOTO-VISTA

Sr. Presidente e demais conselheiros,


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

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

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



SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHAS
030/60.755/10	22/08/13	 Nicéia de Souza Lima Mat. 228.814.7	101

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

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

FCCN, em 22 de agosto de 2013.


CARLOS MAURO NAYLOR
Conselheiro Revisor.

102
Nírcia de Souza Duarte
Nírcia de Souza Dalia
Mat. 229.514-8



**PREFEITURA
DE NITERÓI**

**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES**

**PROCESSO Nº. 030/60.755/10
DATA: - 22/08/2013**

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

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

PRESIDENTE: - Sérgio Dalia Barbosa

CONSELHEIROS PRESENTES

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

VOTOS VENCEDORES: - Os dos Membros sob o nº.s (01, 02, 03,05, 06, 07, 08)

VOTOS VENCIDOS: - Dos Membros sob o nº (04)

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

VOTO DE DESEMPATE: - SIM () NÃO (x)

RELATOR DO ACÓRDAO: - Sr. Carlos Mauro Naylor

FCCN, em 22 de agosto de 2013

Nírcia de Souza Duarte
Mat. 229.514-8

Secretária



**PREFEITURA
DE NITERÓI**

**SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUÍNTES**

ATA DA 623ª Sessão Ordinária

data: 22/08/2013

DECISÕES PROFERIDAS

Processo 030/60.755/10

RECORRENTE: - Condomínio do Edifício Plaza Shopping

RECORRIDO: - Fazenda Pública Municipal

RELATOR: - Sr. Alcídio Haydt Souza

REVISOR: Sr. Carlos Mauro Naylor

DECISÃO: - Por maioria de votos, foi negado provimento ao Recurso Voluntário, mantendo a decisão de Primeira Instância, conseqüentemente, mantido o Auto de Infração nº. 01.573, datado de 31 de agosto de 2010, nos termos do voto do relator, abstendo-se em proferir voto o Conselheiro, Dr. Guilherme Penalva Santos, por se julgar impedido pelo fato de estar representando o Município em ação judicial em que é autor o Recorrente.

EMENTA APROVADA

ACÓRDÃO Nº. 1.555/2013

"Manutenção de Auto de Infração por não ter o contribuinte na qualidade de tomador recolhido o ISS devido incidente sobre serviços de retirada de lixo no período de outubro de 2007 a julho de 2008."

FCCN, em 22 de agosto de 2013.

Sérgio Delfino Barbosa
Município 246.005-1
Presidente do Conselho de Contribuintes FCCN

104
Núcleo de Souza Dias
Mat. 228.542.9


PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO: - 030/60.755/10 –
“CONDOMÍNIO DO EDIFÍCIO PLAZA SHOPPING”
RECURSO VOLUNTÁRIO
INSCRIÇÃO MUNICIPAL Nº. 079.322-4

Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado, por maioria de votos, foi de negar provimento ao Recurso Voluntário, mantendo o Auto de Infração nº. 01.573, datado de 31 de agosto de 2010, nos termos do voto relator, abstendo-se em proferir voto o Conselheiro, Dr. Guilherme Penalva Santos, por se julgar impedido pelo fato de estar representando o município em ação judicial em que é autor o Recorrente.

Em face do disposto no § 5º, do art. 40 do Decreto nº. 10.487/09, submeto à manifestação de Vossa Senhoria para ato homologatório do Exmo. Senhor Prefeito.

FCCN, em 22 de agosto de 2013.

Sérgio Dalla Barbosa
Matricada 216.003-1
Presidente do Conselho de Contribuintes (CCO)



**PREFEITURA
DE NITERÓI**

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FLS.
030/60.755/10	13/10/10	<i>Nírcia de Souza Duarte</i> Mat. 228.514-3	105

À
SSGF,

Senhor Subsecretário,

Tendo em vista decisão do Conselho de Contribuintes, fls. 95 a 104, encaminhamos o presente, solicitando apreciação do Senhor Secretário, face ao que dispõe o art. 40, e seus parágrafos, do Decreto n.º 10.487/09.

FNPF, em 27 de agosto de 2013.

Nírcia de Souza Duarte
Mat. 228.514-3

