PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/021765/17			60

Senhor Presidente:

Trata-se de RECURSO VOLUNTÁRIO face à decisão de primeira instância que manteve o auto de infração nº 53.096 de 20 de setembro de 2017 (folha 3), lavrado contra EPASA SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA, inscrita no cadastro de contribuintes desta secretaria sob o nº 101.319-2. O auto em questão é referente ao não recolhimento de ISS incidente sobre os serviços prestados de manutenção em bens de terceiros, no setor naval, previstos no subitem 14.01 da lista do anexo III da lei nº 2.597/08. O auto de infração compreende o período entre setembro e outubro de 2012.

O fiscal autuante informa, no relato constante do auto de infração, que a autuação se baseou nas notas fiscais eletrônicas emitidas pela autuada tendo como local de prestação dos serviços o município do Rio de Janeiro.

A autuada apresentou, a título de impugnação, documentos relativos às retenções de ISS, com declaração da Prefeitura Municipal de Ipojuca atestando a retenção e o recolhimento do tributo, que não têm relação com o auto aqui discutido.

O Parecer do FCEA (fls. 28 a 33), opina pelo indeferimento da impugnação. Alega que o fato de a autuada ter retido e recolhido o tributo em outro município não afasta a competência tributária de Niterói; e que sendo a autuada prestadora de serviços de reparo e manutenção naval, com estabelecimento em Niterói, mostra-se correto o lançamento tributário.

É o relatório.

A contribuinte tomou ciência da decisão de primeira instância em 05 de dezembro de 2017, tendo apresentado o recurso voluntário no dia 20 do mesmo mês (folha 38). Dessa forma, nos termos do art. 33, § 2º, o recurso voluntário é tempestivo.

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/021765/17			61

Nesta instância, (fl. 39), a defesa salienta que tem amparo na lei complementar nº 116/03; que os serviços foram efetuados dentro das instalações da empresa; e que o ISS seria devido no local, até mesmo porque houve comprovação da retenção do tributo.

Embora a recorrente apresente documentos que comprovem a retenção do tributo em outro município, tal fato não se afigura capaz de afastar a competência tributária do município de Niterói. As notas fiscais fazem menção a ordens de serviço, boletins de medição e contratos; no entanto, nenhum destes documentos, que poderiam oferecer alguma sustentação às teses da recorrente, foram apensados.

Segundo os documentos acostados, os serviços prestados se incluem entre os previstos no subitem 14.01 da lista de serviços anexa à lei complementar nº 116/03:

14.01 – Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto (exceto peças e partes empregadas, que ficam sujeitas ao ICMS).

A descrição dos serviços é compatível com a natureza daqueles elencados no referido subitem.

Já o art. 3º da LC/116 nos indica o local em que o tributo é devido:

Art. 3º O serviço considera-se prestado e o imposto devido no ***local do estabelecimento prestador*** *ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local.*

EMENTA: EMENTA: TRIBUTÁRIO – AUTO DE INFRAÇÃO - ISS – SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E REPAROS NAVAIS – TIPIFICADOS NO ART. 65, ANEXO III, ITEM 14.01 DA LISTA DE SERVIÇOS -EM SEDE PREMLIMINAR VÍCIO FORMAL NULIDADE DO LANÇAMENTO – AUTORIZAÇÃO DE PRORROGAÇÃO

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/021765/17			67

O subitem 14.01 não se encontra entre as exceções ao art. 3º, contidas em seus incisos; logo, submete-se à regra geral do ISS, de recolhimento no local do estabelecimento prestador.

O contrato social da recorrente (folha 17) informa que a sociedade está estabelecida na rua 8, nº 4, Ilha da Conceição, Niterói. Inexistindo comprovação de que a recorrente teria outro estabelecimento no município de Ipojuca, mesmo que temporário, não há como pretender afastar a exação.

Pelos motivos expostos, opinamos pelo conhecimento do Recurso Voluntário e seu não provimento.

FCCN, 18 de outubro de 2018.

Helton Figueira Santos

Representante da Fazenda

MUNICIPIO 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 030021765/2017
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 23/10/2018
Hora: 14:29
Usuário: JEFFERSON DA COSTA SILVA
Público: Sim

63

Processo : 030021765/2017
Data : 15/09/2017
Tipo : AUTO DE INFRAÇÃO
Requerente : EPASA SERVICOS TECNICOS LTDA
Observação : Auto de Infração nº. 53096.

Titular do Processo : EPASA SERVICOS TECNICOS LTDA
Hora : 10:32
Atendente : ELIZABETH C.A. C. DOS SANTOS CARNEIRO

Despacho : Ao Conselheiro Manoel Alves Junior para relatar.

FCCN, 23 de Outubro de 2018.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DA
MUNICIPIO DE NITEROI
PRESIDENTE

PREFEITURA DE
Niterói
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES – FCCN

Recorrente: EPASA SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA

Processo 030/021765/2017

EMENTA: EMENTA: TRIBUTÁRIO – AUTO DE INFRAÇÃO - ISS – SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E REPAROS NAVAIS – TIPIFICADOS NO ART. 65, ANEXO III, ITEM 14.01 DA LISTA DE SERVIÇOS -EM SEDE PREMLIMINAR VÍCIO FORMAL NULIDADE DO LANÇAMENTO – AUTORIZAÇÃO DE PRORROGAÇÃO DA AÇÃO FISCAL EXTEMPORÂNEA – PROCEDIMENTO FISCAL IRREGULAR – CONTAMINAÇÃO DO LANÇAMENTO – INCOMPETÊNCIA DO AUTUANTE PARA EXECUÇÃO DO ATO -PROVIMENTO TOTAL AO RECURSO VOLUNTÁRIO – CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Trata-se de Recurso Voluntário face à decisão de 1ª Instância que manteve o Auto de Infração nº 53.096, de 20.09.2017, lavrado para exigir ISS -Imposto sobre Serviços incidente nos serviços prestados de Lubrificação, limpeza, lustração, revisão, carga e recarga, conserto, restauração, blindagem, manutenção e conservação de máquinas, veículos, aparelhos, equipamentos, motores, elevadores ou de qualquer objeto, todos na área naval, tipificado no item 14.01 do anexo III da Lei 2597/08 em serviços prestados fora do Município de Niterói.

O período abrangido pela autuação é de setembro e outubro de 2012 e se baseou em Notas fiscais emitidas pelo Recorrente tendo como local da prestação e da exigibilidade do ISS no Município do Rio de Janeiro. Para

65
Mat. 226.514-6

comprovar suas afirmações anexa comprovantes de retenção e recolhimento de ISS para a Prefeitura do Rio de Janeiro. (fls. 31/58)

Parecer emitido pelo FCEA (fls. 64/69), opina pelo Indeferimento da Impugnação sustentando em tese que o serviços prestado de reparos (item 14.01) é devido no local do estabelecimento prestador, não havendo nos autos quaisquer provas que transferisse o local do estabelecimento para o Município do Rio de Janeiro.

O Representante Fazendário afirma não haver provas da realização dos serviços no Município do Rio de Janeiro e opina pelo Conhecimento e Desprovimento do Recurso Voluntário.

O Inteiro Teor da ação fiscal encontra-se digitalizado nos autos do processo PROCNIT 030/017665/2017.

É o relatório. Passo a discorrer meu voto.

A questão pauta-se na definição do local correto para o recolhimento do tributo, ou seja, qual o Município competente para a cobrança e recolhimento do ISS, nos casos em que a Recorrente e prestadora de serviços estiver sediada em local diverso da tomadora de serviços

Preliminarmente quero levantar a competência do Fiscal autuante para lavrar o auto de infração que compõe a peça inicial do presente processo administrativo fiscal.

Considerando-se que a ação fiscal teve inicio com o recebimento da Intimação nº 9487 em 2 de agosto de 2017. De acordo com o artigo 13 do Decreto 10487/09, a ação fiscal teria que ser concluída em até 30(trinta) dias da Intimação, conforme abaixo transcrevo sua integra:

"Art. 13. O procedimento com a finalidade de exame da situação do sujeito passivo deverá estar concluído dentro de 30 (trinta) dias, prorrogáveis pelo mesmo prazo, por ato do Secretário Municipal de Fazenda, que determinará seja cientificado o

66

Nicéia de Souza Duarte
Mat. 229.514-8

P/

interessado da prorrogação, antes do término do prazo anterior."

Analisando os documentos junto ao processo de nº 030/017665/2017(Procnit), fruto da ação fiscal, verifica-se que a ação fiscal teria que ter sido finalizada em 01 de setembro de 2017.

Em 31/08/2017 o Fiscal encaminha despacho com a solicitação de prorrogação nos seguintes termos:

"SR. COORDENADOR TENDO EM VISTA A NECESSIDADE DE APRECIAÇÃO MAIS DETALHADA DA SITUAÇÃO TRIBUTÁRIA DO CONTRIBUINTE JUNTO AO MUNICÍPIO DE NITERÓI, SOLICITO A V.S. A PRORROGAÇÃO DESTA AÇÃO FSICAL ATÉ 30 DE SETEMBRO DE 2017 COM FULCRO NO ART.13 DO DECRETO MUNICIPAL Nº 10.487/2009.(PROCNIT)"

Em 30/08/2017 o mesmo Notifica o Contribuinte de que havia sido prorrogada a ação fiscal por mais 30(trinta) dias, nestes termos assim descrito no relatório Procnit:

"NESTA DATA, FICA O CONTRIBUINTE ACIMA QUALIFICADO DE QUE A AÇÃO FISCAL, INICIADA ATRAVÉS DA INTIMAÇÃO 9487, DE 02/08/2017 FOI PRORROGADA POR MAIS 30(TRINTA), ATÉ 02 DE OUTUBRO DE 2017, NOS TERMOS DO DISPOSTO NO ARTIGO 13 DO DECRETO 10487/09, CONFORME AUTORIZAÇÃO DO SUPERINTENDENTE DE FISCALIZAÇÃO DE TRIBUTÁRIA, SOB DELEGAÇÃO DO SECRETÁRIO MUNICIPAL DE FAZENDA..."

Como se verifica o Fiscal notificou o contribuinte da prorrogação sem sequer ter encaminhado o despacho de solicitação de prorrogação de prazo.

Argumenta Marcus Vinícius Bittencourt (2011) que um ato administrativo é um ato jurídico, pois o autor tem que estar revestido de total competência jurídica para produzi-lo, de antemão pelo artigo 37 da nossa Lei Maior:

Art. 37 - A administração pública direta e indireta de qualquer dos Poderes da União, dos Estados, do Distrito Federal e dos

67
Nicolle de Souza Duarte
Mat. 2281
P/

Municípios obedecerá aos princípios de legalidade, impessoalidade, moralidade, publicidade e eficiência e, também, ao seguinte: (Redação dada pela Emenda Constitucional nº 19, de 1998)

Cretella Junior define o ato administrativo como **"a manifestação de vontade do Estado, por seus representantes, no exercício regular de suas funções, ou extinguir situações jurídicas subjetivas, em matéria administrativa"** (APOSTILA DE NOÇÕESDE DIREITO ADMINISTRATIVO).

Conforme a doutrina de Hely Lopes Meirelles, o ato administrativo exige cinco requisitos que são o da Competência, da Finalidade, Forma (vinculados), Motivo e Objeto, estes, classificados como discricionários.

Pelas razões aqui já demonstradas vou privilegiar a Competência, enfatizando sua relevância à luz da doutrina do Direito Administrativo, mostrando, outrossim, a falta da mesma como prevalência para as nulidades e outras invalidações dos atos administrativos.

É a Competência um dos requisitos do ato administrativo que, seguido da Finalidade, da Forma, Motivo e Objeto, torna o ato administrativo perfeito, em consonância com o ordenamento jurídico que o torna válido. Entende-se por competência administrativa o poder atribuído ao agente da Administração para o desempenho específico de suas funções. A competência resulta da lei e por ela é delimitada. Todo ato emanado de agente incompetente, ou realizado além do limite de que dispõe a autoridade incumbida de sua prática, é inválido por lhe faltar um elemento básico de sua perfeição, qual seja, o poder jurídico para manifestar a vontade da Administração (Apud Fábio Brych, MEIRELLES, 2006. p. 151)

O Fiscal autuante não tem a competência para prorrogar prazos de ação fiscal. A notificação 9524 de 30 de agosto de 2017, insere informações

Rolie de Souza Duarte
Mat. 228.514-8

errôneas e equivocadas. Ao alegar que já se encontra expressa autorização pelo Superintendente de Fiscalização quando este sequer recebeu o despacho com a solicitação, o que ocorreria somente no dia posterior.

O artigo 13 do Decreto 10487/09 afirma que o Secretário da Fazenda poderá autorizar a prorrogação por mais 30(trinta) dias, e este ato **"deverá ser cientificado o interessado da prorrogação, antes do término do prazo anterior."**

Hely Lopes Meirelles, Celso Antonio Bandeira de Mello, são os autores mais consultados no assunto, mesmo que num ponto ou noutro, discordem entre si quanto a teoria dos Atos Administrativos, são porém unânimes, quanto a exigência e a soberania da Competência.

Tanto que a auto-executoriedade aparece já de imediato quando da outorga legal ao agente público, posto **que "implícita está na própria lei que conferiu competência à Administração para fazê-lo, pois a competência é um dever-poder e ao outorgar o dever de executar a lei, outorgou o poder para fazê-lo, seja ele implícito ou explícito".**

Administrativista apreciado, Celso Bandeira de Mello nomina Competência como Pressuposto da Validade, assim observada:

"É o dever-poder atribuído por lei a alguém para exercer atos da função administrativa O ato administrativo deve ser editado por quem tenha competência. O Estado, através do poder de auto-organização, estabeleceu dentro de sua estrutura várias áreas de atuação. Assim, para que o ato administrativo seja editado pela pessoa competente, precisa atender três perspectivas, senão será inválido: Ser praticado pela pessoa jurídica competente. Que o órgão que pratique o ato dentro da pessoa jurídica também seja competente. Que a pessoa física de dentro do órgão tenha competência para praticar o ato.(Apud Kitani, Alessandra, MELLO, Celso Antônio Bandeira de. Curso de Direito Administrativo. 4. ed. Rio de Janeiro: Forense, 1967)

64
Nicole de Souza Duarte
Mat. 226.514-6
P/

A autorização de prorrogação da ação fiscal por mais 30(trinta) dias se deu conforme despacho no PROCNIT em 18/09/2017 e foi assim expresso:

Nº do documento: (S/N) Tipo do documento: DESPACHO

Descrição: null

Autor: 2423160 - BRUNO FERREIRA BOTELHO LOPES

Data da criação: 18/09/2017 16:00:53

Código de Autenticação: 47FBFAF3720A4AFB-6

PREFEITURA MUNICIPAL DE NITERÓI - PMN 030 - SMF - SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA FCPF - COORDENAÇÃO DE PLANEJAMENTO E FISCALIZAÇÃO

D.O. ao F.T. Césio, Declaro prorrogada a presente ação fiscal pelo prazo de 30 dias a contar de 31/08/2017. Constatar que o processo foi enviado ao setor errado, "FCPF-ARQUIVO", **postergando a localização e declaração desta prorrogação. FCPF**

Vejam que a cientificação da autorização ao interessado conforme prevê a Lei foi feita extemporaneamente, após o término do prazo anterior, ou seja, após o término dos 30(trinta) dias do início da ação fiscal contados da intimação (02/08/2017).

Verifica-se assim que não teria mais o efeito a prorrogação solicitada por decurso do prazo legal da cientificação do interessado. Estaria desse modo a competência do Fiscal já havia sido destituída já que findou-se o período legal estabelecido para término da ação fiscalizatória. A sustentação do respeito à legalidade para que seja retirado um ato administrativo, é que o descumprimento da obrigatoriedade de um dos requisitos vinculativos, no caso a competência do autuante, o torna eivado de ilegitimidade, então, segundo Seabra Fagundes, um ato **"absolutamente inválido".**

Considerando-se que a ação teria que ter sido finalizada em 01 de setembro de 2017, 30(trinta) dias após iniciada, e a empresa deu ciência ao

Nicéia de Souza Duarte
Mat. 228.514-8

auto de infração 53097 em 20 de setembro de 2017, fora do prazo legal estabelecido para o término.

Fica assim, eivado o lançamento por vício de competência, já que a administração pública tem que ser exemplo de respeito aos princípios da legalidade.

O fundamento da invalidação do ato administrativo é o dever de obediência à legalidade e à necessidade de restauração da ordem jurídica violada. Se um ato é editado sem que se observe a norma legal, deverá ser fulminado, a fim de restaurar a ordem jurídica

Considerando a existência da Súmula 473 do STF, a administração pública deverá anular seus próprios atos quando contaminados por vícios:

Súmula 473: A Administração pode anular seus próprios atos quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial.

DA DECADÊNCIA DA COBRANÇA RELATIVAMENTE AO MÊS DE SETEMBRO/2012

Ao se observar as notas fiscais de nº 20120000104(fls. 47), 20120000105(fls. 48) e 20120000110(fls. 49) verifica-se que a foram emitidas em 11 de setembro de 2012. Considerando-se que a autuação se deu em 20 de setembro de 2017, portanto 5 anos e 09 dias após a ocorrência do fato gerador. Analisando-se o que está previsto no Código Tributário Nacional no § 4º do art. 150, ao tratar do lançamento por homologação:

71
Mat. 229.514-6

"Art. 150 (...) § 4º - Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação".

Como é de conhecimento, o lançamento por homologação ocorre nos casos em que a lei determina o pagamento antecipado pelo sujeito passivo, na época em que nasce o fato gerador. O contribuinte efetuou pagamentos de ISS, antes de constituído o crédito pelo sujeito ativo. A Fazenda Pública tem o direito de, posteriormente, verificar se aquele pagamento correspondeu à verdade. Esse direito de verificação, a posteriori, expirou em relação aos fatos geradores descritos nas notas fiscais mencionadas anteriormente. Consigna-se assim mais uma ilegalidade suplantada pelo Fiscal.

MÉRITO DA AUTUAÇÃO

Com relação ao mérito, quero ressaltar que todas as Notas fiscais de serviço utilizadas no levantamento informavam terem sido os serviços prestados fora do Município de Niterói e com o valor do ISS retido na alíquota de 5%(cinco por cento), quando a alíquota devida em Niterói seria de 2%(dois por cento). Seria estranho a empresa declarar e querer pagar um tributo maior do que o devido, contrariando dispositivo legal que lhe seria mais amplamente benéfico.

A questão de mérito é definir o local da incidência do ISS. O local do estabelecimento prestador é eleito pelo art. 3º da Lei Complementar nº

72
Rúbia de Souza Doan
Mat. 226.914-8

116/2003 como um dos aspectos espaciais do fato gerador do ISS que define o local de pagamento do imposto, isto é, define o Município competente para tributar.

"Art. 3º O serviço considera-se prestado e o **imposto devido no local do estabelecimento prestador** ou, na falta do estabelecimento, no local do domicílio do prestador, exceto nas hipóteses previstas nos incisos I a XXII, quando o imposto será devido no local:
...".

A fim de conferir efetividade ao disposto no artigo 3º supra transcrito, o art. 4º define o estabelecimento prestador nos seguintes termos:

"Art. 4º Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas."

Na verdade, o conceito de estabelecimento, para efeito de ISS, deve ser bem mais amplo. Para sua identificação deve-se levar em conta diversos fatores que, isolados ou conjugadamente, caracterizam a existência de um estabelecimento como a habitualidade da prestação de serviço em determinado município; a existência de um ponto de contacto com clientes; os cartões de visita; o *site* na Internet; as contas de telefone, de fornecimento de energia elétrica e de água; a manutenção de pessoal e equipamento necessários à execução dos serviços; as informações do tomador de serviços; as eventuais inscrições em outros órgãos públicos; os anúncios e propagandas etc. O conceito de estabelecimento não requer a existência de um prédio como pode parecer à primeira vista. Os espetáculos circenses são apresentados em diversas localidades mediante improvisação de estabelecimentos móveis.

...cília de Souza Duarte
Mat. 226.514-8
P/

Enfim, para caracterização do estabelecimento prestador do serviço, que define o sujeito ativo do imposto segundo a regra do *caput* do art. 3º da LC nº 116/03, é preciso analisar, caso a caso, verificando os fatores diversos retroapontados.

Não pode e nem deve, contudo, mediante interpretação ampliativa do art. 4º da lei de regência nacional do ISS esvaziar o conteúdo da norma do art. 3º deslocando a competência impositiva para outro Município.

Os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 116/2003 devem ser interpretados conjugada e harmonicamente, não se podendo extrair a validade de um deles à custa do esvaziamento total ou parcial de outro dispositivo.

Referiu-se o legislador, como estabelecimento prestador, ao local onde o contribuinte realiza a prestação de serviço, de modo temporário ou permanente, e que configure unidade econômica ou profissional, independentemente de sua denominação.

Também a doutrina houve por bem definir estabelecimento prestador. Segundo as lições de Aires Barreto, ***"configura estabelecimento prestador o lugar no qual, de modo concreto, se exercitem as funções de prestar serviços, independentemente do seu tamanho, do seu grau de autonomia, ou qualificação específica (não importa se se trata de matriz, ou sede, filial, sucursal, agência, loja, escritório ou qualquer outra denominação da espécie)"***. E continua o jurista, aduzindo que "***estabelecimento prestador é, pois, o local em que a atividade (facere) é efetivamente exercida, executada, culminando com a consumação dos serviços"***.

Estabelecimento prestador, pois, nada mais é senão o local onde os serviços são, de fato, prestados. Não importa de que local se trata. O que importa é verificar se nesse local a atividade prestar serviços foi desenvolvida.

74
Mat. 226.514-8

Tem-se dizer, que o legislador, ao se valer da expressão "estabelecimento prestador", não se referiu ao estabelecimento físico do prestador. Referiu-se, sim, ao local da efetiva prestação do serviço. E não poderia ser diferente, uma vez que o Texto Constitucional, por meio do princípio da territorialidade, preconiza a incidência do ISS no local em que realizado o signo presuntivo de riqueza, no caso, a prestação do serviço.

O Contribuinte anexa às fls. 74/107 comprovantes de que os valores foram retidos e repassados aos cofres do Município do Rio de Janeiro, configurando-se prova cabal de que a prestação dos serviços efetivamente se deu no local da prestação. Não há como se deslocar uma equipe de manutenção para reparos em uma embarcação sem que se leve uma estrutura de apoio junto. Não se trata de um serviço de reparo em ar condicionado ou em um equipamento doméstico mas sim em um navio de 300 toneladas e docado em outro local, que não o local do estabelecimento prestador, com a necessidade de deslocamento de uma estrutura complexa e equipada para execução dos serviços propostos. A atividade é plenamente desenvolvida no local e lá é iniciada e finalizada.

AS JURISPRUDÊNCIAS FIRMADAS EM RELAÇÃO AO TEMA

Existem, pacificadas nos tribunais pátrios, decisões que reiteram a configuração de estabelecimento em locais diferentes do local do estabelecimento. Seguem no sentido da correta relação jurídica estabelecida entre o Contribuinte e os tomadores de serviço.

75
Adão de Souza Dias
Mat. 226.514-8

RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. ISS. LEI COMPLEMENTAR Nº 116/03. SERVIÇO DE INFORMÁTICA. COMPETÊNCIA PARA SUA COBRANÇA. FATO GERADOR. LOCAL DO ESTABELECIMENTO DO PRESTADOR. PRESENÇA DE UNIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL . 1. De acordo com os artigos 3º e 4º da Lei Complementar nº 116/03, conclui-se que a municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços, considerando-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de sua denominação. 2. Ocorre que, no presente caso, o Tribunal a quo, em seu voto revisor, considerou que os serviços de informática foram prestados na sede da instituição financeira, localizada em Brasília, sendo disponibilizados técnicos residentes para a manutenção da solução durante o período, caracterizando uma unidade econômica ou profissional no âmbito do Distrito Federal, o que legitima esse ente estatal para a cobrança o ISS. 3. Para infirmar o acórdão recorrido, neste ponto, faz-se necessário o revolvimento de matéria fático-probatória, o que é inviável em sede de recurso especial pelo óbice do enunciado n. 7 da Súmula desta Corte. 4. Recurso especial parcialmente conhecido e, nessa parte, não provido.

(STJ - REsp: 1195844 DF 2010/0097356-3, Relator: Ministro MAURO CAMPBELL MARQUES, Data de Julgamento: 01/03/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 15/03/2011)

TRIBUTÁRIO E PROCESSUAL CIVIL. ISSQN. LC 116/03. COMPETÊNCIA. LOCAL. ESTABELECIMENTO PRESTADOR. SÚMULA 83/STJ. FUNDAMENTO NÃO ATACADO. SÚMULA 283/STF. 1. De acordo com os arts. 3º e 4º da LC 116/03, a municipalidade competente para realizar a cobrança do ISS é a do local do estabelecimento prestador dos serviços. Considera-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida, independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica. Isso significa que nem sempre a tributação será devida no local em que o serviço é prestado. O âmbito de validade territorial da lei municipal compreenderá, portanto, a localidade em que estiver configurada uma organização (complexo de bens) necessária ao exercício da atividade empresarial ou profissional 2. Afastar a aplicação das regras contidas na LC 116/03 apenas seria possível com a declaração de sua inconstitucionalidade, o que demandaria a observância da cláusula de reserva de plenário. 3. No caso, o tribunal a quo concluiu que os serviços médicos são prestados em uma unidade de saúde situada no Município de Canaã, o que legitima esse ente estatal para a cobrança do ISS. 4. A recorrente deixou de combater o fundamento do acórdão recorrido para refutar a suposta violação dos princípios da bitributação e da segurança jurídica - que a autoridade apontada como coatora e o Município impetrado não compuseram a relação processual precedente. Incidência da Súmula 283/STF. Ademais, dos elementos mencionados pela Corte de Origem, não é possível precisar em que local eram prestados os serviços cuja tributação pelo ISS foi discutida no bojo da outra ação mandamental. 5. Recurso especial conhecido em parte e não provido.

030021765/17

76

Ilia de Souza Duarte
Mat. 226.514-8
P/

(STJ - REsp: 1160253 MG 2009/0188086-8, Relator: Ministro CASTRO MEIRA, Data de Julgamento: 10/08/2010, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 19/08/2010)

PROCESSUAL CIVIL. TRIBUTÁRIO. VIOLAÇÃO DO ART. 535 DO CPC. ALEGAÇÃOGENÉRICA. SÚMULA 284/STF. ISS. COMPETÊNCIA. LOCAL DO ESTABELECIMENTODO PRESTADOR. PRESENÇA DE UNIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL (FILIAL). 1. A alegação genérica de violação do art. 535 do Código de Processo Civil, sem explicitar os pontos em que teria sido omisso o acórdão recorrido, atrai a aplicação do disposto na Súmula 284/STF. 2. A jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, interpretando o art. 12, a, do Decreto-Lei n. 406/68, entendia que a competência tributária para cobrança do ISS era da municipalidade onde o serviço era prestado. 3. Com o advento da Lei Complementar n. 116/2003, a competência passou a ser o local do estabelecimento prestador do serviço, considerando-se como tal a localidade em que há uma unidade econômica ou profissional, isto é, onde a atividade é desenvolvida,independentemente de ser formalmente considerada como sede ou filial da pessoa jurídica (arts. 3º e 4º). 4. Precedentes: REsp 1.195.844/DF, Rel. Min. Mauro Campbell Marques,Segunda Turma, julgado em 1.3.2011, DJe 15.3.2011; REsp1.160.253/MG, Rel. Min. Castro Meira, Segunda Turma, julgado em10.8.2010, DJe 19.8.2010; REsp 1.139.903/GO, Rel. Min. Castro Meira,Segunda Turma, julgado em 3.8.2010, DJe 17.8.2010; REsp1.175.980/CE, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma, julgado em2.3.2010, DJe 10.3.2010; REsp 1.117.121/SP, Rel. Ministra Eliana Calmon, Primeira Seção, julgado em 14.10.2009, DJe 29.10.2009; AgRgno Ag 903.224/MG, Rel. Ministra Eliana Calmon, Segunda Turma,julgado em 11.12.2007, DJ 7.2.2008, p. 307.Recurso especial conhecido em parte e improvido.

(STJ - REsp: 1245310 MG 2011/0042873-6, Relator: Ministro HUMBERTO MARTINS, Data de Julgamento: 19/05/2011, T2 - SEGUNDA TURMA, Data de Publicação: DJe 25/05/2011)

Para concluir, não há outro caminho a seguir, tanto pela incompetência do Fiscal em Notificar o Recorrente autorizando, antes mesmo da apreciação de seu superior, a prorrogação do prazo da ação fiscal. Por si só bastaria para se declarar a Nulidade do ato emanado e consequentemente o cancelamento do auto imputado por vício de incompetência. Mas aprofundando-se no mérito verifica-se pelas provas amealhadas aos autos que não houve

77
...cília de Souza Duarte
Mat. 226.514-8
P/

prestação de serviços no local do estabelecimento prestador, devendo o ISS ser recolhido aos cofres do Município do Rio de Janeiro.

Diante dos fatos e evidências, encaminho meu voto no sentido de conhecer o Recurso Voluntário e seu PROVIMENTO TOTAL.

Niterói, 05/12/2018

Conselheiro MANOEL ALVES JÚNIOR

MUNICIPIO 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 030021765/2017
IMPRESSÃO DE DESPACHO
Data: 06/12/2018
Hora: 19:08
Usuário: NILCEIA DE SOUZA DUARTE
Público: Sim

Nilceia de Souza Duarte
Mat. 225.514-8

Processo : 030021765/2017
Data : 15/09/2017
Tipo : AUTO DE INFRAÇÃO
Requerente : EPASA SERVICOS TECNICOS LTDA
Observação : Auto de Infração nº. 53096.

Titular do Processo : EPASA SERVICOS TECNICOS LTDA
Hora : 10:32
Atendente : ELIZABETH C.A. C. DOS SANTOS CARNEIRO

Despacho : Na reunião realizada nesta data foi o presente aberto vista ao Conselheiro, Sr. Carlos Mauro Naylor.

FCCN, em 06 de dezembro de 2018

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030021765/2017	31/01/2019		

ISS – LANÇAMENTO DE OFÍCIO
Auto de Infração nº 53.096, de 20/09/2017
Voto divergente

ISS. Lançamento de ofício mediante auto de infração. Serviços de reparos de embarcações previstos no subitem 14.01 da lista de serviços do Anexo III da Lei nº 2.597/08. Fato gerador considerado como ocorrido no local do estabelecimento prestador, nos termos do caput do art. 3º da Lei Complementar nº 116/03. Possibilidade de convalidação, pelo Coordenador de Planejamento e Fiscalização, da notificação não autorizada de prorrogação do prazo da ação fiscal, nos termos do inciso I do parágrafo único do art. 57 da Lei nº 3.048/13. Extinção parcial dos créditos lançados por decadência, nos termos do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, sempre que haja algum pagamento do imposto relativo ao mesmo período de competência a que se referem os créditos lançados. Recurso voluntário não provido.

Sr. Presidente do Conselho e demais conselheiros,

Trata-se de recurso voluntário à decisão de primeira instância que julgou procedente o lançamento de ofício do ISS mediante o Auto de Infração nº 53.095, de 20/09/2017, cujo valor principal do imposto no momento da lavratura era de R$ 1.061.849,92. O imposto lançado refere-se à prestação, pela recorrente, de serviços de reparos de embarcações classificados como incluídos nas hipóteses previstas no subitem 14.01 da lista de serviços do Anexo III da Lei nº 2.597/08.

O recorrente, em sua petição recursal, alega que pagou para outros municípios o imposto correspondente às operações de reparos navais tributadas pelo auto, porque entende que o ISS não é devido a Niterói,

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030021763/2017	31/01/2019		

muito embora não tenha feito nenhuma prova de que os serviços tenham sido executados fora do território niteroiense.

O representante da Fazenda, por seu turno, opina no sentido da improcedência do recurso, pela razão de que os serviços elencados no subitem 14.01 deverão ser tributados segundo a orientação dada pelo art. 3° da Lei Complementar n° 116/03 que determina que, não se tratando das hipóteses excepcionais previstas em seus incisos I a XXII, o local de ocorrência do fato gerador deverá ser considerado como aquele em que está localizado o estabelecimento prestador ou, na falta deste, onde está domiciliado o prestador. Não sendo uma dessas exceções o serviço classificado no subitem 14.01 da lista do Anexo III da Lei n° 2.597/08, a regra de tributação no local em que se situa o estabelecimento prestador só pode ser relativizada se houver de fato um estabelecimento prestador no território de outro município. Como o recorrente não trouxe prova aos autos de que possui outro estabelecimento prestador fora de Niterói, a presunção é de que o ISS sobre as suas operações é todo devido a este município.

O ilustre relator, em seu voto, contrapôs-se à opinião do representante da Fazenda e anexou jurisprudência do STJ que afirma o entendimento de que, em virtude do princípio de territorialidade, o fato gerador do ISS está inexoravelmente relacionado à execução dos serviços prestados e, sendo assim, não importa o que diz a regra geral da Lei Complementar n° 116/03, pois mesmo para as hipóteses não contempladas com a regra excepcional instituída pelos incisos de I a XXII, a ocorrência do fato gerador é necessariamente no local de execução dos serviços.

Além disso, o voto do ilustre relator entendeu ser nulo o lançamento recorrido em função de o fiscal autuante ter notificado o recorrente da prorrogação da ação fiscal em momento anterior ao da autorização dada pelo Coordenador de Planejamento e Fiscalização. A notificação sem autorização prévia da autoridade competente para fazê-la, na opinião do relator, consiste em um ato administrativo com vício insanável que prejudicou a validade de todos os atos posteriores dele decorrentes, entre eles o lançamento em questão.

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030021763/2017	31/01/2019		

Finalmente, o relator entende que os créditos do imposto referentes à competência de setembro de 2012 foram extintos pela decadência, nos termos do §4° do art. 150 do Código Tributário Nacional, tendo em vista que, no momento de ciência pelo recorrente do lançamento através do auto de infração, já tinham se passado mais de cinco anos contados da ocorrência dos fatos geradores relativos aos créditos lançados.

Relativamente a nulidade do lançamento como um todo em função da invalidade da notificação de prorrogação da ação fiscal em momento anterior ao da autorização pela autoridade competente, ouso discordar. O inciso I do parágrafo único do art. 57 da Lei n° 3.048/13, lei que disciplina o processo administrativo geral do município de Niterói e normatiza em caráter suplementar o processo administrativo tributário naquilo que suas normas especiais não contradizem, dispõe que os vícios de competência podem ser convalidados pela autoridade competente para praticar o ato viciado. Foi provado no processo de ação fiscal, conforma apresenta o próprio relator em seu voto, que o Coordenador de Planejamento e Fiscalização autorizou retroativamente a prorrogação da ação fiscal já notificada ao recorrente pelo fiscal autuante. No meu entender, esta autorização retroativa resultou em uma convalidação da notificação expedida pelo fiscal autuante, saneando completamente o vício de competência nos termos do art. 57, parágrafo único, inciso I, da Lei n° 3.048/13.

No que diz respeito ao mérito, discordo também do ilustre relator. Em minha opinião, somente uma prova, trazida aos autos pelo recorrente, de que a execução dos serviços tributáveis foi efetivamente realizada em um estabelecimento prestador, ainda que irregular, poderia afastar a aplicação da regra geral do art. 3° da Lei Complementar n° 116/03 que, em regra, considera como ocorrido o fato gerador do ISS no local onde se situa o estabelecimento prestador do contribuinte. Isto porque uma das funções precípuas da lei complementar é dirimir conflitos de competência e, sendo assim, suas regras não devem ser interpretadas de forma a não realizarem este propósito de forma eficaz. Este é o atual entendimento da jurisprudência do STJ.

Processo	Data	Rubrica	Folhas
030021763/2017	31/01/2019		

Meu voto é, portanto, pelo provimento parcial do recurso voluntário, excluindo-se do montante dos créditos lançados aqueles referentes ao mês de setembro de 2012 considerados como extintos pelo decurso do prazo decadencial.

Em 31/01/2019,

Carlos Mauro Naylor

Conselheiro Revisor

PREFEITURA DE NITERÓI

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

PROCESSO Nº.030/021765/17 **DATA: - 31/01/2019**

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

1098º SESSÃO HORA: - 13:00 DATA: 31/01/2019

PRESIDENTE: - Paulo Cesar Soares Gomes

CONSELHEIROS PRESENTES

1. Carlos Mauro Naylor
2. Alcídio Haydt Souza
3. Celio de Moraes Marques
4. Eduardo Sobral Tavares
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. (03, 05, 06, 07, 08)

VOTOS VENCIDOS: - Dos Membros sob o nºs. (01, 02, 04)

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

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

VOTO DE DESEMPATE: - SIM ( ) NÃO (X)

RELATOR DO ACÓRDÃO: - Sr. Manoel Alves Junior

FCCN, em 31 de janeiro de 2019.

SECRETÁRIA

Niterói
PREFEITURA DE

SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

ATA DA 1098º Sessão Ordinária **DATA: - 31/01/2019**

DECISÕES PROFERIDAS
Processo 030/021765/2017 – EPASA SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA

RECORRENTE: - – Epasa Serviços Técnicos Ltda
RECORRIDO: - Fazenda Pública Municipal
RELATOR: - - Manoel Alves Junior
REVISOR: - - Carlos Mauro Naylor

DECISÃO: - Por cinco (05) votos, contra três (03) a decisão foi no sentido de dar provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, consequentemente, recurso provido.

EMENTA APROVADA
ACÓRDÃO Nº 2319/2019

"TRIBUTÁRIO – AUTO DE INFRAÇÃO – ISS – SERVIÇOS DE MANUTENÇÃO E REPAROS NAVAIS TIPIFICADOS NO ART. .65, ANEXO III ITEM 14.01 DA LISTA DE SERVIÇOS - EM SEDE PRELIMINAR – VÍCIO FORMAL – NULIDADE DO LANÇAMENTO – AUTORIZAÇÃO DE PRORROGAÇÃO DA AÇÃO FISCAL EXTEMPORÂNEA – PROCEDIMENTO FISICAL IRREGULAR - CONTAMINAÇÃO DO LANÇAMENTO – INCOMPETÊNCIA DO AUTUANTE PARA EXECUÇÃO DO ATO – PROVIMENTO TOTAL AO RECURSO VOLUNTÁRIO – CANCELAMENTO DO AUTO DE INFRAÇÃO."

FCCN em 31 de janeiro de 2019

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE

85

NITERÓI
PREFEITURA
SECRETARIA MUNICIPAL DE FAZENDA
CONSELHO DE CONTRIBUINTES

RECURSO: - 030/021765/2017
"EPASA SERVIÇOS TÉCNICOS LTDA"
RECURSO VOLUNTÁRIO
MATERIA: - ISS AUTO DE INFRAÇÃO Nº 53096 DE 20/09/2017

Senhor Secretário,

A conclusão deste Colegiado por cinco (05) votos contra três (03), foi de dar provimento ao Recurso Voluntário, reformando a decisão de Primeira Instância, consequentemente, provendo-o.

Face ao exposto, submetemos a apreciação de Vossa Senhoria, nos termos do art. 81A da Lei nº 3368/2018.

FCCN, em 08 de fevereiro de 2019.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO
MUNICÍPIO DE NITERÓI
PRESIDENTE