PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/028090/16		Jefferson da C. Silva Matr. 2001.849-8	115

Senhor Presidente:

Trata-se de RECURSO VOLUNTÁRIO relativo ao auto de infração nº 50.385/17, lavrado em 06/12/16 contra LOGSHORE ARMAZÉNS GERAIS LTDA, inscrita no cadastro de contribuintes sob o nº 154.490-7. O fundamento da autuação foi a ausência de recolhimento de ISS incidente sobre a prestação de serviços de **guarda e estacionamento de veículos terrestres automotores, de aeronaves e de embarcações**, previstos no subitem 11.01 da lista do Anexo III da lei nº 2.597/08. O auto de infração compreende o período de janeiro a dezembro de 2013.

Impugnação nas folhas 10 a 27.

Contrarrazões nas folhas 69 a 75.

Parecer FCEA nas folhas 79 a 86.

A ora recorrente tomou ciência da decisão de Primeira Instância em 07/04/17, uma sexta-feira. Dessa forma o prazo recursal se iniciou em 10/04, encerrando-se no dia 02/05, mesmo dia de apresentação do RECURSO VOLUNTÁRIO, o qual é, portanto, tempestivo.

A autuada informa que alugou os galpões situados na Rua Manoel Pacheco de Carvalho, números 98 e 102, no início do ano de 2011. Os imóveis estão localizados nas proximidades do Porto de Niterói, arrendado por NITPORT SERVIÇOS PORTUÁRIOS S/A e NITSHORE ENGENHARIA E SERVIÇOS PORTUÁRIOS S/A, controladas pelo mesmo grupo de acionistas. Alega que tencionava explorar a atividade de armazéns gerais, tendo inclusive solicitado alvará nesta Secretaria de Fazenda para este fim. No entanto, face à aquisição de área muito maior no município de São Gonçalo, teria desistido da empreitada.

Dessa forma, teria sido dada outra destinação aos imóveis, *"servindo como lugar de apoio"*, não tendo sidos explorados comercialmente, seja pela autuada, seja por qualquer outra empresa do grupo. Por fim, em janeiro de 2016 os galpões teriam sido devolvidos ao proprietário, com o término do contrato de locação.

Em junho de 2016, sempre conforme o relato da autuada, foi instaurado procedimento fiscalizatório a fim de apurar o recolhimento do ISSQN relativo à atividade de armazenagem, realizada nos imóveis acima referidos.

Foram lavrados diversos Autos de Infração, alguns referentes a não apresentação de DIEF anos-base 2011 a 2014 (50.107, 50.109, 50.110, 50.112), outros por não autenticação dos livros fiscais (50.113 e 50.114), por não atendimento à intimação (49.411) e por não recolhimento de ISS sobre a atividade de armazenamento- subitem 11.04 (50.120, 50.190, 50.192, 50.193 e 50.194), atinentes aos exercícios 2011 a 2015.

Na impugnação, a autuada apresentou informações que levaram à retificação dos Autos de Infração que exigiam o ISSQN, ao ressaltar que não teria realizado qualquer atividade no local. Segundo alegou, parte do imóvel fora destinado a servir como área de estacionamento **gratuito** para funcionários e clientes das empresas arrendatárias, pertencentes ao mesmo grupo controlador da autuada. Outra parte seria igualmente utilizada como estacionamento, também

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/028090/16			116

gratuito, agora para alunos da ESPM (Escola Superior de Polícia Militar); e a parte restante fora sublocada à Alpina Briggs, empresa prestadora de serviços na área do Porto.

Face às novas informações, o fiscal de tributos solicitou a apresentação dos documentos (Contrato de sublocação, declaração do Comandante da ESPM, fotos dos veículos dos oficiais que utilizaram o local, dentre outros). Mais à frente foram requisitados os documentos relativos ao acordo entre a PMERJ (PM do Estado do Rio de Janeiro) e NITPORT SERVIÇOS PORTUÁRIOS S/A. Teriam sido apresentados dois documentos: Um "Termo de Cessão Onerosa" e um "Termo de Compromisso e Responsabilidade".

O Termo de Cessão Onerosa (folhas 60 a 64) tinha por objeto a cessão de uso dos 5º e 6º andares do imóvel de propriedade da NITPORT, incluindo mobiliário e equipamentos, bem como o fornecimento de alimentação para o efetivo administrativo da ESPM (30 policiais militares) e a disponibilização de 100 vagas de estacionamento de veículos, de acordo com o número de oficiais-alunos por curso.

Estabeleceu o instrumento a responsabilidade do cedente pelas despesas relativas ao consumo de água, energia elétrica e serviços de limpeza das instalações cedidas. Aquela ainda poderia arcar com o custo de benfeitorias no imóvel que a cessionária entendesse necessárias.

Como CONTRAPRESTAÇÃO, determinou que a cessionária deveria liberar área não construída do imóvel em que se localizava sua sede, na Avenida Feliciano Sodré, números 273 e 275, Centro, Niterói para projeto de EXPANSÃO do Porto de Niterói. O acordo duraria até que fosse finalizada a construção da sede definitiva da ESPM no bairro SULACAP, no Rio de Janeiro.

Já o Termo de Compromisso e Responsabilidade (folhas 66 a 68) tinha por objeto a construção da sede já mencionada, a cargo da NITPORT, no prazo inicial estimado de 14 meses.

Após a análise da documentação, os Autos de Infração relativos ao ISSQN foram retificados, sendo emitido um novo Auto de Infração (50.385), ora sob análise, para exigir o ISSQN incidente sobre a atividade de guarda e estacionamento de veículos que teria ocorrido nos galpões locados.

Inicialmente, argumenta a autuada que não haveria como sustentar a afirmação de ocorrência de prestação de serviços de guarda e estacionamento de veículos, apenas e tão-somente com base nos documentos apresentados à fiscalização.

No mérito, contesta a prestação dos serviços, pois inexistiria uma *obrigação de fazer*, elemento central da configuração daquela. Defende que a "cessão de vagas" constituiria uma *obrigação de dar*, não podendo ser encarada isoladamente a fim de se determinar a existência de prestação de serviços.

Procura afastar o argumento de que haveria um controle formal de entrada e saída de veículos pela autuada, sustentando que este era realizado unicamente pela ESPM.

No tocante à existência de segurança no local, admite que havia, prestada por uma contratada da NITPORT (Original Vigilância e Segurança Ltda). No entanto, atribui o fato à falta

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/028090/16			117

generalizada de segurança, e aduz que a existência do serviço não configura a prestação organizada de serviço de estacionamento. Complementa dizendo que os serviços tomados se destinavam a fornecer segurança em geral, e não apenas aos veículos que ali permaneciam.

Em reforço, salienta que, no contrato de sublocação firmado com a empresa Alpina Briggs, havia previsão expressa de que a locadora assumiria o encargo de prover segurança ao local.

Informações importantes teriam sido desconsideradas pelo Parecer FCEA, consistentes na resposta apresentada ao ofício nº 8.919, assim como o contrato acima mencionado, *"apenas para forçar a existência de atividades para configurar um serviço de estacionamento inexistente"* (folha 103).

Critica a tese de que, havendo uma vantagem, em um acordo bilateral, haverá prestação de serviços e consequente incidência do ISSQN. A vantagem, assevera a autuada, é intrínseca aos acordos bilaterais.

No que tange às vagas disponibilizadas aos clientes da NITSHORE e NITPORT, seriam utilizadas, de modo idêntico ao caso anterior, ou seja, de forma gratuita. Haveria, como já alegado anteriormente, uma obrigação de dar, não se atendendo aos requisitos da regra matriz de incidência do ISSQN. O objeto do contrato seriam os serviços de apoio logístico *offshore,* estando a obrigação de dar nítida nos contratos daquela espécie.

Ressalta que tanto a NITPORT quanto a NITSHORE seriam contribuintes do ISSQN. Dessa maneira, ainda que se entendesse que a "cessão de vagas" constituiria prestação de serviços, estaria incluída no contrato, tendo o imposto sido integralmente recolhido. As duas empresas teriam sido fiscalizadas, não tendo o fisco municipal levantado qualquer exigência de natureza tributária sobre tais operações, o que indicaria que o recolhimento teria se dado da forma correta.

Teria havido, no entender da autuada, "violação à intimidade" nas dependências da Secretaria Municipal de Fazenda. Isto porque em suas "contrarrazões", o fiscal autuante afirmou que o órgão *"dispõe de cópias de instrumentos de contratos nos quais a NITPORT e a NITSHORE cobram dos seus clientes, pela utilização das vagas de estacionamento, valores bem superiores aos utilizados no arbitramento da base de cálculo do Auto de Infração ora impugnado"* (folha 109). A autuada entende que, não sendo parte na fiscalização as empresas NITPORT e NITSHORE, tampouco tendo havido solicitação de tais documentos, os quais estariam cobertos por "cláusula de confidencialidade", não poderiam ter sido aqui utilizados, por estarem disponíveis apenas em outro procedimento fiscalizatório. Alude ao art. 198, § 2º, do CTN, que trata do sigilo fiscal.

Nesta esteira, afirma ter ocorrido *"tráfico de informações" com a intenção de garantir a procedência do Auto de Infração"* (folha 110). Afirma preocupação com tal prática por parte da administração, pois se ela *"se utiliza de expedientes dessa natureza com tranquilidade, sem qualquer pudor, nada impediria que o mesmo possa ser feito perante terceiros, já que inexiste controle administrativo sobre esse intercâmbio"* (*ibidem*).

PROCESSO	DATA	RUBRICA	FOLHA
030/028090/16		Jefferson de C. Silva Mat. 292.846-8	118

Requer dessa forma a nulidade do procedimento administrativo, com base no art. 20, III do Decreto nº 10.487/09 (*"São nulos... os atos e decisões que impliquem em preterição,* ***prejuízo*** *ou cerceamento do direito de defesa"*) grifo da autuada. Admite, no entanto, que o "ilícito administrativo" não lhe causou dano efetivo (folha 111).

Informa que, em caso de dano decorrente dos possíveis vazamentos de informações, adotará as medidas cabíveis.

É o relatório.

No que se refere à questão de mérito, impõe-se a análise da atividade efetivamente realizada nas dependências da autuada na época considerada no lançamento. Temos que o espaço foi oferecido e utilizado para permanência de veículos, em parte de clientes e funcionários da NITPORT e NITSHORE, em parte de alunos da ESPM.

A caracterização da atividade de guarda e estacionamento de veículos, como prevista no subitem 11.01 da lista de serviços anexa à lei nº 2.597/08, obriga a presença de determinados fatores, sem os quais inexiste a prestação do serviço específico, fato gerador do tributo exigido.

No caso em tela, como destacou o Parecer FCEA, tratando do "Termo de Cessão Onerosa de Uso" relativamente à ESPM (folha 79) havia a obrigatoriedade de disponibilização de 100 (cem) vagas de estacionamento para os alunos da instituição; dever de fiscalização da área e controle de acesso de pessoal, inclusive com contratação de empresa de vigilância; demarcação de vagas e sinalização; confecção de cartões de estacionamento.

Deste modo, salvo melhor juízo, fica demonstrada a assunção de deveres da autuada para com a ESPM, quanto à preservação dos veículos sob sua guarda. Saliente-se ainda a impossibilidade de afastamento da tributação por força de avenças particulares, sob qualquer denominação, nos termos do art. 123 do CTN.

No que tange à definição da base de cálculo do tributo, embora não houvesse cobrança direta pela prestação dos serviços, entendemos que houve a percepção de benefício indireto pela autuada, na forma de liberação de área de seu interesse, para ampliação de atividades.

Da mesma maneira, a relação com as empresas NITPORT e NITSHORE, e a utilização de vagas por seus clientes e funcionários, não se afasta do afirmado acima. Pois aquilo que é oferecido, e usufruído, pelos clientes daquelas é o serviço de estacionamento, o qual, ademais, encontra-se incluído nos contratos por elas celebrados com seus clientes. Mais uma vez, há o benefício indireto da autuada.

A legislação autoriza o fisco a proceder ao arbitramento da base de cálculo do tributo em certas hipóteses, como no caso de indeterminação do preço dos serviços. Assim, o fiscal, baseando-se nos preços praticados por estabelecimentos do mesmo tipo, e adotando metodologia bastante conservadora (vide Representação Circunstanciada de Arbitramento, folhas 55 a 58) estabeleceu a base de cálculo do tributo no lançamento ora em discussão.