

Acórdão n.º 010/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 28 de março de 2022

Recurso n.º 066/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20145000097)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **JHSF MANAUS EMPREENDIMENTOS E INCORPORAÇÕES LTDA.**

Relator: Conselheiro **PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO**

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO ISSQN RETDO NA FONTE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. TIPIFICAÇÃO DA INFRAÇÃO E DA PENALIDADE EM DESACORDO COM O ENQUADRAMENTO. DESCUMPRIMENTO DO ARTIGO 142 DO CTN E ARTIGO 36, INCISO I, DO PAF. VÍCIO SUBSTANCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **JHSF MANAUS EMPREENDIMENTOS E INCORPORAÇÕES LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, Conhecer e Julgar Improvido o Recurso de Ofício, **anulando-se** o Auto de Infração e Intimação n.º 20145000097, de 25 de abril de 2014, tendo sido ratificada a Decisão proferida em Primeiro Grau, nos termos do Relatório e Voto que passam a integrar o presente julgado.

Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 28 de março de 2022.


FRANCISCO MOREIRA FILHO

Presidente


PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO

Relator


DAVID MATALON NETO

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: FRANCISCA ÂNGELA SILVA DE OLIVEIRA, ATALIBA DAVID ANTONIO FILHO, HUMBERTO DA COSTA CORRÊA JÚNIOR e JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA.



RECURSO Nº 066/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 010/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2014/11209/12628/00127
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20145000097
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: JHSF MANAUS EMPREENDIMENTOS E INCORPORAÇÕES LTDA.
RELATOR: Conselheiro PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO

RELATÓRIO

A **PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA** vem, a este douto Conselho Administrativo de Recursos Fiscais, interpor Recurso de Ofício, nos termos do Artigo 85 da Lei nº 1.697/83, da **DECISÃO Nº 133/2021 – DIJET/DETRU/SEMEF**, de fls. 536 a 547, que julgou **NULO** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20145000097**, lavrado em 25 de abril de 2014, contra **JHSF MANAUS EMPREENDIMENTOS E INCORPORAÇÕES LTDA.**, Pessoa Jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 09.547.849/0002-35, Inscrição Municipal nº 13367901, com sede nesta cidade, na Av. Cel. Teixeira nº 5705, Ponta Negra, CEP: 69037-000, sob o fundamento da retenção e não recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN retido na fonte, no período de **01/JUNHO/2013 a 30/SETEMBRO/2013**, incidente sobre serviços diversos, constantes de documentos fiscais e do Sistema de Notas Fiscais eletrônicas – NFS-e, entretanto, não declarados ou não descritos e não tipificados aos subitens da Lista anexa a Lei nº 714/2003, com a alíquota a 5%, infringindo-se o Artigo 2º, inciso I, e Artigo 8º, ambos da Lei nº 1.089/2006 c/c o Artigo 16 e 17 do Decreto nº 9.139/2007, que culminou no enquadramento da penalidade imposta pelo Artigo 30, inciso III, da Lei nº 254/94, o qual prevê multa de 200% (duzentos por cento) sobre o valor do imposto retido aos que deixarem de recolhe-lo no prazo legal, R\$ 56.554,67 (Cinquenta e seis mil, quinhentos e cinquenta e quatro reais e sessenta e sete centavos), equivalentes a 717,79 Unidades Fiscais do Município — UFMs.

Em suas razões de Impugnação, apresentou a contribuinte, resumidamente que: **(i)** a nulidade do Auto de Infração e Intimação pela ausência de descrição dos fatos tributáveis e da discriminação dos respectivos valores por meio de quadros demonstrativos, já que o Auditor Fiscal autuante "*apenas listou os valores que são utilizados como base de cálculo, sem que fosse feita qualquer referência à origem desses valores, impedindo a compreensão do montante supostamente devido por parte do sujeito passivo e inviabilizando completamente a sua defesa*"; **(ii)** que os pretensos fatos geradores que ensejaram a presente autuação foram objeto de Auto de Infração e Intimação nº 20145000096, de 25 de abril de 2014; **(iii)** que houve integral e correto recolhimento do ISS retido nos meses objeto da autuação; e, **(iv)** em relação à multa imputada, que esta só é cabível quando demonstrada a retenção do ISS sem o devido repasse, fato este que não se



verifica no presente caso, bem como o percentual de 200% é nítida violação aos princípios constitucionais do não-confisco, da proporcionalidade e da razoabilidade.

Em Réplica Fiscal, às fls. 455, o Auditor responsável posicionou-se pela integral procedência do Auto de Infração e Intimação, destacando que nenhum dos comprovantes de pagamento apresentados pela autuada coincidiu com os débitos em aberto apontados pelo programa "GISS ONLINE", razão pela qual, não há que falar-se em duplicidade de lançamento e diferentemente do ocorrido com Auto de Infração e Intimação nº 20145000096, nada haveria a retificar.

Deste modo, foi proferida **DECISÃO Nº 133/2021 – DIJET/DETRU/SEMEF**, que julgou nulo de pleno direito o Auto de Infração e Intimação nº 20145000097, de 25.04.2014, haja vista as irregularidades no lançamento, quais sejam, a tipificação da infração e da penalidade em desacordo com o lançamento do fato gerador e a deficiência da motivação (comprovação do fato gerador do imposto) do ato administrativo do lançamento, sendo desnecessária a reconstrução da ação fiscal, nos termos do Artigo 173, inciso II, do CTN, por impossibilidade material de saneamento e/ou regularização do ato.

A Representação Fiscal por meio de **PARECER** (fls. 351 a 355) Nº **005/2022 – CARF-M/RF/2ª Câmara**, manifestou-se pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do presente Recurso de Ofício para manter a Decisão de Primeiro Grau que **NULIFICOU** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20145000097** e o crédito tributário dele decorrente.

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente, é de se reconhecer que o presente Recurso de Ofício tem condições de ser apreciado por esta colenda Câmara, posto que atende todos os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação do Processo Administrativo Fiscal.

O ponto fundamental da presente demanda, refere-se à falta de recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN retido na fonte, incidente sobre as Notas Fiscais de Serviço e recibos, com a alíquota a 5%, não declarados ou não descritos e não tipificados aos subitens da Lista anexa a Lei nº 714/2003, referentes ao período de 01.06.2013 a 30.09.2013.

Deste modo, ao analisar os fatos e fundamentos apresentados nos autos há de se considerar que os argumentos demonstrados preliminarmente, acerca dos vícios identificados na lavratura do Auto de infração e Intimação, são contundentes o suficiente ao ponto de não configurar a necessidade da análise de mérito.



Isto porque, conforme já amplamente demonstrado desde as Razões de Impugnações apresentadas pelo contribuinte, pelo nobre Julgador de Primeira Instância Administrativa e, por fim, pela douta Representação Fiscal, a lavratura do Auto de Infração e Intimação nº 20145000097, de 25.04.2014 padece de vício substancial desde o seu lançamento devido à tipificação da infração e da penalidade em desacordo com o lançamento do fato gerador e a deficiência da motivação (comprovação do fato gerador do imposto) do ato administrativo do lançamento. Ante aos fatos alhures citados, que comprometem substancialmente a demonstração de ocorrência da infração tipificada no aludido Auto de Infração e da penalidade arbitrada.

Nesse mesmo sentido, ainda é necessário observar que, a falta de detalhamento da apuração da base de cálculo do imposto é outro ponto chave para o lançamento tributário em sua forma completa, vez que é necessário não deixarmos de observar o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, um dos norteadores do processo administrativo.

Isto posto, há se considerar que a legislação que norteia os fundamentos do direito tributário no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o Código Tributário Nacional – CTN, combinada com o que determina os procedimentos a serem seguidos no Processo Administrativo Fiscal – PAF no Município de Manaus pelo Decreto nº 681/1991, respectivamente em seus Artigos 142 e 36, inciso I. Vejamos:

Código Tributário Nacional – CTN:

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Decreto nº 681/1991 – PAF:

Art. 36. O ônus da prova incumbe:

I - A fazenda, quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação;

Assim sendo, não é desnecessário rememorar que o lançamento fiscal deve ser amparado, em regra, por elementos contundentes e coesos, não se firmando as imputações de lançamento das obrigações principais e acessórias baseadas em simples indícios de ocorrências do fato gerador, devendo estes, portanto, possuírem provas cabais de seu descumprimento e, por conseguinte, de sua obrigatoriedade, fatos estes que não se vislumbram no lançamento ora discutido.

Nesse mesmo sentir, ressalte-se ainda o disposto no Artigo 16, incisos III e IV e Parágrafo 2º acerca dos itens que devem fazer parte indissociável do Auto de Infração e Intimação. Leia-se:

Decreto nº 681/1991 – PAF:

Art. 16. O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e não deverá conter rasuras, entrelinhas ou emendas, devendo nele constar:

[...]

III - A descrição do fato;

IV - A disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

[...]

§ 2º - A discriminação dos débitos deverá ser feita por meio de quadros demonstrativos em separado para cada exercício, que integrarão o auto de infração para todos os efeitos legais.

Nestes termos, resta evidenciado o manifesto cerceamento ao direito de defesa com ampla restrição ao contraditório e à ampla defesa do contribuinte, vez que sequer foram juntadas as documentações que comprovassem o determinado no Auto de Infração e Intimação em voga, fato este que poderia confirmar se as Notas lançadas no Auto de Infração nº 20145000097, realmente diferem das lançadas no Auto de Infração nº 20145000096, bem como a tipificação em desacordo com o lançamento, da qual deve se defender sem os detalhamentos e fundamentos determinados em lei. Ressalte-se, que tal privação vai de encontro ao disposto na Carta Constitucional de 1988, em seu Artigo 5º, inciso LV. Vejamos:

Constituição Federal 1988:

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

LV - aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes;

Por todo o exposto, vício substancial verificado ao longo deste processo administrativo, caracteriza-se pela falta de observância na autuação dos aspectos material e quantitativo da obrigação tributária, tornando duvidoso o lançamento e a cobrança do crédito em si.

Por fim, considerando o disposto na acertada Decisão de Primeira Instância repisa-se a falta de necessidade da reconstituição da ação fiscal, por se tratar de fiscalização pontual, sem caráter homologatório, observando o disposto no Artigo 173, inciso II, do CTN. “*In verbis*”:

Código Tributário Nacional – CTN:

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

[...]

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.



Desta forma, não se verifica subsistência ao lançamento sumariamente realizado por esta Secretaria, posto que a contribuinte sofreu claro cerceamento do direito de defesa, sendo o lançamento do Auto de Infração e Intimação nulo de pleno direito, conforme alhures demonstrado, a legislação é expressa quanto aos procedimentos e determinações a serem observadas.

Deste modo, por todo o alegado, esgotando-se as razões apresentadas a este Conselho, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício, mantendo integralmente a Decisão de Primeira Instância Administrativa, julgando totalmente **IMPROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 2014500097**.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 28 de março de 2022.

PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO
Relator