



Acórdão n.º 013/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 20 de abril de 2022

Recurso n.º 034/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20135000265)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **DE PASQUAL HOTÉIS E TURISMO LTDA.**

Relator: Conselheiro **HUMBERTO DA COSTA CORRÊA JÚNIOR**

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ISSQN RETIDO NA FONTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. 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 **DE PASQUAL HOTÉIS E TURISMO 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 20135000265, de 26 de setembro de 2013, 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, 20 de abril de 2022.


FRANCISCO MOREIRA FILHO

Presidente


HUMBERTO DA COSTA CORRÊA JÚNIOR

Relator


DAVID MATALON NETO

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: FRANCISCA ÂNGELA SILVA DE OLIVEIRA, ATALIBA DAVID ANTONIO FILHO, JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA e PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO.

RECURSO Nº 034/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 013/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2013/11209/12613/30319
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20135000265
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: DE PASQUAL HOTÉIS E TURISMO LTDA.
RELATOR: Conselheiro HUMBERTO DA COSTA CORRÊA JÚNIOR

RELATÓRIO

O Órgão Julgador de Primeira Instância Administrativa, fundamentado no Artigo 85, da Lei nº 1.697/1983, alterada pela Lei nº 1.186/2007, recorre de ofício a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, da **DECISÃO Nº 023/2020 – GECFI/DETRI/SEMEF**, exarada nos autos dos **PROCESSOS Nºs 2013/11209/12613/30319** e **2013/11209/12613/33159**, julgando pela nulidade do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20135000265**, de 26.09.2013, lavrado em face da falta de retenção e conseqüentemente o não recolhimento do ISSQN.

DA FUNDAMENTAÇÃO LEGAL E DOS FATOS:

O Auto de Infração e Intimação em lide fora lavrado contra a autuada, abrangendo o período de **01/JANEIRO/2010** a **31/DEZEMBRO/2012**, consumado na infringência capitulada no Artigo 2º, Inciso IX, da Lei 1.089/2006, ocasionando a aplicação da penalidade imposta pelo Artigo 30, Inciso I, da Lei nº 254/1994, com redação dada pelo Artigo 1º, da Lei nº 1.420/2010 c/c os Artigos 2º, da mesma Lei e o Artigo 106, Inciso II, alínea “c” do Código Tributário Nacional, determinando a aplicabilidade da multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto devido, perfazendo o Crédito Tributário no valor de R\$ 157.133,47 (cento e cinquenta e sete mil, cento e trinta e três reais e quarenta e sete centavos), correspondente a 2.105,50 Unidades Fiscais do Município – UFMs.

Na qualidade de contribuinte substituto tributário, o contribuinte autuado não efetuou a retenção do ISSQN na fonte sobre os serviços tomados, tipificados no subitem 17.11, da Lista de Serviços anexa à Lei nº 714/2003.

DAS ALEGAÇÕES DA AUTUADA:

Em sua impugnação, a autuada alega os seguintes fatos:

. constata-se ao analisar o Auto de Infração e seus documentos de sustentação, que os serviços tributados foram prestados à Impugnante pela empresa,

ATLÂNTICA HOTELS INTERNATIONAL BRASIL LTDA., com sede fora do município de Manaus;

. de conformidade com os contratos de prestação de serviços, a Atlântica Hotels International Brasil Ltda., presta serviços à Impugnante, objetivando a padronização de informações, otimização de custos, eficiência dos serviços e precipuamente a manutenção do padrão de qualidade em todo território nacional, sendo que esses serviços são particularizados de forma centralizada, a fim de viabilizar o empreendimento hoteleiro que possui mais de uma unidade. Portanto, na condição de rede, detentor de várias unidades, a falta de um suporte central, inviabilizaria o empreendimento. E quanto ao valor do ISS proveniente desta prestação de serviço, é recolhido no município onde tais empresas estão sediadas;

. em consonância com Artigo 3º, da Lei Complementar nº 116/2003, o ISSQN é devido *“no local do estabelecimento prestador”*, isto é, no município onde está localizado o estabelecimento prestador do serviço;

. por fim, a Impugnante requer a suspensão da exigibilidade do crédito tributário até decisão final, na forma do Artigo 151, Inciso III, do CTN e que o resultado do julgamento do processo, seja a nulidade e a improcedência total do lançamento constante no Auto de Infração e Intimação nº 20135000265, sob arguição dos fatos acima discorridos.

DA RÉPLICA DA AUTORIDADE FISCAL AUTUANTE:

O nobre Auditor Fiscal contestou a Impugnação em Réplica, às fls 435/436, no Processo nº 2013/11209/12613/33159, retorquindo as alegações do representante da empresa autuada, informou ser indubitável que a administração, supervisão, direção e controle das operações do hotel são atividades exclusivas da Administradora, de acordo com a Cláusula 2ª, Itens 2.1 e 2.2 do Contrato de Prestação de Serviços e que a seleção do gerente geral e demais profissionais é de incumbência da Administradora, segundo consta na Cláusula 3ª, Item 3.6, letra “E” do referido contrato. Sendo assim, resta claro, que compete a Administradora, toda administração do hotel, sendo este serviço prestado por meio dos funcionários por ela selecionados e em alguns casos até mesmo remunerados, denotando que a prestadora do serviço mantém funcionários diretos trabalhando nas dependências do hotel, caracterizando a definição de estabelecimento prestador, constante no Artigo 4º da Lei nº 116/2003, concluindo-se que o serviço é prestado no Município de Manaus, local onde o ISS é devido, contrariando a alegação da Impugnante, a qual afirma que o referido imposto seria devido no Município de Barueri/SP, domicílio do prestador.

Em conclusão, demanda a manutenção do Auto de Infração e Intimação de acordo com os seus argumentos.

DA DECISÃO DO ÓRGÃO JULGADOR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA:

O julgador de Primeira Instância Administrativa analisa o fato sob aspectos distintos, ressaltamos portanto o principal:

A essência da questão está em se determinar o local onde ocorreu o fato gerador e por conseguinte onde é devido o ISSQN. Como demonstrado pela Impugnante ao analisar os fatos geradores, esta análise encontra amparo no Artigo 3º, da Lei Complementar nº 116/2003 e no Artigo 3º, incisos I a XX e Artigo 4º, da Lei Municipal nº 714/2003. Pela aglutinação dessa legislação, como regra geral, considera-se que o fato gerador ocorre e consequentemente o ISSQN é devido no local do estabelecimento prestador, sendo uma excepcionalidade o ISSQN ser devido no local do domicílio prestador, quando não for possível determinar o estabelecimento prestador.

As Notas Fiscais emitidas pelo prestador do serviço, cujos valores foram objeto da autuação, foram emitidas no domicílio fiscal desse prestador, não havendo comprovação por parte do Auditor Fiscal autuante, da existência de estabelecimento pertencente aos referidos prestadores no Município de Manaus. Além disso, em relação aos serviços prestados por Atlantica Hotels International Franquias Ltda., segundo consta nas Notas Fiscais apresentadas às folhas 33/110, conjuntamente com o contrato de prestação de serviço, a Impugnante alega e comprova a ilegitimidade da sujeição ativa quanto à cobrança do ISS correspondente aos serviços prestados, pelo Município de Manaus.

Em contestação, a Impugnante através das Notas Fiscais, comprova que o fato gerador do ISSQN incidente nas operações objeto da autuação ocorreu no Município do domicílio do prestador do serviço, qual seja, Barueri/SP.

Ante o exposto, o Órgão Julgador de Primeira Instância, por meio da Decisão nº 023/2020, reconheceu o argumento da Impugnante quanto a sua ilegitimidade e incapacidade de sujeição passiva, referente a obrigação relativa ao ISSQN incidente sobre os serviços tomados e tributados na autuação, já que o imposto é devido ao município do domicílio prestador, neste caso, Barueri no Estado de São Paulo, julgando improcedente o Auto de Infração e Intimação nº 20135000265, de 26/09/2013. Ato contínuo, recorreu de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, em razão de, o valor cobrado através do Auto de Infração em questão, exceder o limite nos termos do Artigo 85, da Lei nº 1.697/1983, alterada pela Lei nº 1.186/2007.

Deve-se enfatizar o fato de que o douto Representante Fiscal, ao emitir o Parecer nº 023/2021, fls. 538/545 – CARF-M, opina pelo Improvimento do Recurso de Ofício, mantendo na íntegra a Decisão de Primeiro Grau que nulificou o Auto de Infração e Intimação em lide e o crédito tributário dele decorrente.

É o Relatório.

Analisando o contexto dos autos, resta indubitavelmente claro que a Decisão proferida pela autoridade julgadora de Primeiro Grau, foi pautada na imparcialidade e justiça fiscal. Sem protelação, atemo-nos, ao fato determinante que resultou na Decisão da Primeira Instância, ou seja, a cobrança indevida do ISSQN por meio do Auto de Infração e Intimação em lide. Tal débito tributário foi imputado à Impugnante para recolhimento do referido imposto, na condição de contribuinte substituto, portanto, tendo a obrigatoriedade de reter e recolher o ISSQN proveniente de serviços a ela prestados, como não o fez, o resultado da auditoria culminou com a lavratura do Auto de Infração. Entretanto, a autoridade fiscal autuou por entender que o serviço foi prestado no Município de Manaus, sem considerar o domicílio fiscal do prestador do serviço.

Portanto, a questão principal e determinante para a sustentação legal do Auto de Infração e Intimação em contenda é estabelecer o local onde ocorreu o fato gerador e, por conseguinte, onde é devido o ISSQN.

O Auto de Infração está devidamente pautado em seus aspectos formais e enquadramento legal, a controvérsia neste caso é determinar, obviamente em consonância com os dispositivos legais pertinentes, o local onde foram prestados os serviços descritos nas Notas Fiscais apensadas ao processo.

Então, seguimos analisando a legislação concernente ao fato ocorrido, com transcrição dos seguintes dispositivos legais, Artigo 3º, da Lei Complementar nº 116/2003, Artigo 3º, incisos I a XX e Artigo 4º, ambos da Lei Municipal nº 714/2003, nestes termos:

“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 prestador, exceto na hipóteses previstas nos incisos I a XX, quando o imposto será devido no local:

I – do estabelecimento do tomador ou intermediário do serviço ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, na hipótese do § 1º do art. 1º desta Lei Complementar;

II – da instalação dos andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas, no caso dos serviços descritos na subitem 3.05 da lista anexa;

III – da execução da obra, no caso dos serviços descritos no subitem 7.02 e 7.17 da lista anexa;

IV – da demolição, no caso dos serviços descritos no subitem 7.04 da lista anexa;

V – das edificações em geral, estradas, pontes, portos e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.05 da lista anexa;



VI – da execução da varrição, coleta, remoção, incineração, tratamento, reciclagem, separação e destinação final de lixo, rejeitos e outros resíduos quaisquer, no caso dos serviços descritos no subitem 7.09 da lista anexa;

VII – da execução da limpeza, manutenção e conservação de vias e logradouros públicos, imóveis, chaminés, piscinas, parques, jardins e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.10 da lista anexa;

VIII – da execução da decoração e jardinagem, do corte e poda de árvores, no caso dos serviços descritos no subitem 7.11 da lista anexa;

IX – do controle e tratamento do efluente de qualquer natureza e de agentes físicos, químicos e biológicos, no caso dos serviços descritos no subitem 7.12 da lista anexa;

X – do florestamento, reflorestamento, sementeira, adubação e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.14 da lista anexa;

XI – da execução dos serviços de escoramento, contenção de encostas e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 7.15 da lista anexa;

XII – da limpeza e dragagem, no caso dos serviços descritos no subitem 7.16 da lista anexa;

XIII – onde o bem estiver guardado ou estacionado, no caso dos serviços descritos no subitem 11.01 da lista anexa;

XIV – dos bens ou do domicílio das pessoas vigiadas, seguradas ou monitoradas, no caso dos serviços descritos no subitem 11.02 da lista anexa;

XV – do armazenamento, depósito, carga, descarga, arrumação e guarda do bem, no caso dos serviços descritos no subitem 11.04 da lista anexa;

XVI – da execução dos serviços de diversão, lazer, entretenimento e congêneres, no caso dos serviços descritos no subitem 12, exceto o 12.13, da lista anexa;

XVII – do Município onde está sendo executado o transporte, no caso dos serviços descritos pelo subitem 16.01 da lista anexa;

XVIII – do estabelecimento do tomador da mão-de-obra ou, na falta de estabelecimento, onde ele estiver domiciliado, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.05 da lista anexa;

XIX – da feira, exposição, congresso ou congêneres a que se referir o planejamento, organização e administração, no caso dos serviços descritos pelo subitem 17.09 da lista anexa;

XX – do porto, aeroporto, ferropuerto, terminal rodoviário, ferroviário ou metroviário, no caso dos serviços descritos pelo subitem 20 da lista anexa.

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."

Em concordância com o texto legal apresentado, conclui-se que o fato gerador é considerado ocorrido e o ISSQN devido, no local do estabelecimento prestador, em outras palavras, no local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços. No entanto, essa é a regra geral, a qual é passível de exceções, quando de maneira excepcional, não haja a possibilidade de definição do estabelecimento prestador, o ISSQN será devido no local do domicílio do prestador, exceto nos casos listados nos itens I a XX do Artigo 3º, da Lei nº 714/2003 que determina que o imposto será devido no local da prestação.

Considerando-se a mencionada legislação ao fato ocorrido que gerou o Auto de Infração em querela, entende-se que o referido Auto está eivado, não tendo alicerce legal suficiente para sustentá-lo. O Auditor Fiscal autante não comprova peremptoriamente a existência de qualquer tipo de estabelecimento prestador, em relação ao prestador do serviço, para enquadramento no dispositivo legal, Artigo 4º, da Lei nº 714/2003. A autoridade fiscal informa que a prestadora do serviço, mantém funcionários remunerados diretamente por ela, interpretando este fato, como sendo suficiente para caracterizar a existência do estabelecimento prestador no Município de Manaus. Contudo, ao analisarmos a situação, à luz da legislação pertinente, concluímos que tal interpretação não condiz com a descrição de estabelecimento prestador especificado no Artigo 4º, da Lei nº 714/2003.

Em contraponto, a Impugnante comprova através da apresentação das Notas Fiscais emitidas com autorização dos Municípios de Barueri/SP, às fls. 76/110, que o fato gerador incidente nas operações, serviço de administração e gerenciamento, o qual foi objeto da lavratura do Auto de Infração e Intimação, ocorreu no referido Município, onde se encontra o domicílio do prestador do serviço. Por outro lado, como já mencionado, não houve comprovação, por parte da autoridade fiscal autante, da existência no Município de Manaus de quaisquer tipo de infraestrutura ou estrutura física que configure estabelecimento de qualquer espécie dos prestadores de serviços, conforme determina o Artigo 4º, da Lei nº 714/2003 e o Decreto nº 681/1991 (PAF) em seu Artigo 36, inciso I:

Art. 36 - O ônus da prova incumbe:

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

Por conseguinte, conclui-se que o ISSQN proveniente das operações tributadas no Auto de infração e Intimação, é devido ao Município do domicílio do prestador, qual seja, Barueri/SP. O fato gerador, foi efetivado no

referido Município, denotando não haver legitimidade na cobrança do ISSQN para o Município de Manaus.

Diante do exposto **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício, mantendo a Decisão de Primeira Instância Administrativa que julgou **IMPROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20135000265**, de 26/09/2013, lavrado contra **DE PASQUAL HOTEIS E TURISMO LTDA.**

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 20 de abril de 2022.



HUMBERTO DA COSTA CORRÊA JÚNIOR
Relator