



Acórdão n.º 023/2022 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 18 de maio de 2022

Recurso n.º 053/2021 – CARF-M (A.I.I. nº 20115000645)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **AÇO ENGENHARIA LTDA.**

Relator: Conselheiro **ARMANDO CLAUDIO SIMÕES DA SILVA**

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. FALTA DE RECOLHIMENTO DE ISSQN. INCIDÊNCIA SOBRE SERVIÇOS DE CESSÃO DE ADAIMES E OUTRAS ESTRUTURAS DE USO TEMPORÁRIO E SERVIÇOS DE CONSTRUÇÃO CIVIL. SUBITENS 3.05 E 7.02 DA LISTA DE SERVIÇOS ANEXA À LEI Nº 714/2003. TRAI LAVRADO APÓS DECISÃO PRIMÁRIA. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU COM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **AÇO ENGENHARIA LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, Conhecer o Recurso de Ofício e Declarar a Nulidade da Decisão proferida em Primeiro Grau, procedendo-se a devolução dos autos à Primeira Instância Administrativa para refazimento da Instância suprimida, nos termos do Relatório e Voto que passam a integrar o presente julgado.

Primeira Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 18 de maio de 2022.


SELMA SOCORRO MACHADO CLAUDINO

Presidente


ARMANDO CLAUDIO SIMÕES DA SILVA

Relator


DENIEL RODRIGO BENEVIDES DE QUEIROZ

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA, ROBERTO SIMÃO BULBOL e FRANCISCO DE ASSIS MOURÃO JÚNIOR.



RECURSO Nº 053/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 023/2022 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2011/2967/3446/00674
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000645
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: AÇO ENGENHARIA LTDA.
RELATOR: Conselheiro ARMANDO CLAUDIO SIMÕES DA SILVA

RELATÓRIO

ÓRGÃO JULGADOR DE PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA recorre de ofício a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, contra a **DECISÃO Nº 113/2019 – GECFI/DETRI/SEMEF**, que julgou **PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000645**, de 13/09/2011, alterado pelo **TRAI Nº 223/2020**, lavrado contra **AÇO ENGENHARIA LTDA.**, originariamente em razão da ausência de recolhimento do ISSQN incidente sobre serviços de cessão de andaimes e outras estruturas enquadrados nos subitens 3.05 e 7.02 da Lista de Serviços anexa à Lei Municipal nº 714/2003, consubstanciando infração aos Artigos 1º, §1º, inciso III, §4º, da lei nº 1.090/2006 c/c Artigos 16 e 17 do Decreto nº 9.139/2007, impondo a penalidade pelo Artigo 30, inciso I, da Lei nº 254/1994, com redação dada pelo Artigo 1º, da Lei nº 1.420/2010, que estabelece a aplicação da multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto devido, resultando em um crédito tributário no valor de R\$ 202.553,93 (Duzentos e dois mil, quinhentos e cinquenta e três reais e noventa e três centavos), equivalentes a 3.053,27 Unidades Fiscais do Município — UFMs.

DA IMPUGNAÇÃO À PRIMEIRA INSTÂNCIA PELA AUTUADA:

A empresa autuada interpôs Impugnação ao Auto de Infração e Intimação em julgamento, arguindo em resumo:

- a) Que os serviços prestados dizem respeito à locação de bens móveis, conforme se pode constatar nas Notas Fiscais Eletrônicas emitidas, os quais são utilizados pelos locatários em obras de construção civil, não havendo incidência de ISSQN;
- b) Que não se pode tributar essas operações com o ISSQN, posto que não diz respeito à prestação de serviços a uma obrigação de fazer, mas sim a uma obrigação de dar;
- c) Que a Súmula Vinculante do STF de nº 31 prevê: "*É inconstitucional a incidência do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza — ISS sobre operações de locação de bens móveis.*"; e



d) Que mesmo se houvesse a incidência do ISSQN, a exigência recairia sobre os substitutos tributários, visto que os locatários o são, conforme se pode conferir nas Notas Fiscais de Serviços.

DA RÉPLICA DO AUDITOR FISCAL AUTUANTE:

Após a análise dos argumentos e documentação apresentados pela empresa autuada, opinou, em síntese, pela manutenção integral do supracitado Auto de Infração e Intimação, com os seguintes argumentos:

a) Que na Cláusula Segunda do Contrato Social da Impugnante identifica-se que ela tem como objetivos a Construção Civil em geral, Projetos, Assessorias e Consultorias na área de Engenharia Civil;

b) Que a empresa é contratada para, além de fornecer estrutura metálica de uso temporário, também montar a estrutura que servirá de base para a concretagem de laje com fornecimento de mão-de-obra e de material para a referida concretagem;

c) Que o tipo de serviço contratado e prestado pela Impugnante é bem mais complexo do que apenas a simples entrega de bem móvel por tempo determinado;

d) Que a autuada é responsável pelo transporte, instalação, uso, desinstalação e retirada da obra da estrutura metálica; e

e) Que o subitem 3.05 compreende a atividade de cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário continua em vigor, visto que não foi revogado, em virtude de tal atividade ser complexa e de ser de fato prestação de serviço;

DA LAVRATURA DO TERMO DE RETIFICAÇÃO DE AUTO DE INFRAÇÃO - TRAI Nº 223/2020:

Em razão do estabelecido na **DECISÃO Nº 113/2019 - DIJET/DETRI/SEMEF:**

a) Que mesmo o argumento da Impugnante de que a maioria dos serviços tributados se refeririam à locação de bens móveis, atividade não sujeita à incidência do ISSQN, pela descrição do serviço muito bem esclarecido pelo Auditor Fiscal autuante, não há dúvida acerca da subsunção das atividades desenvolvidas pela autuada, registradas em NFS-e e constantes do Auto de Infração e Intimação, aos subitens 3.05 e 7.02, da Lista de Serviços aprovada pelo Artigo 10 da Lei Municipal nº 714/2003, a saber:

"Art. 10 - O Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza ISSQN tem como fato gerador à (sic) prestação de serviços constantes da lista anexa, ainda que esses não se constituam como atividade preponderante do prestador.

(...)

*Lista de Serviços**(...)**- Serviços prestados mediante locação, cessão de direito de uso e congêneres.**3.05 - Cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário.**(...)**7 - Serviços relativos à engenharia, arquitetura, geologia, urbanismo, construção civil, manutenção, limpeza, meio ambiente, saneamento e congêneres.**(...)**7.2 - Execução, por administração, empreitada ou subempreitada, de obras de construção civil, hidráulica ou elétrica e de outras obras semelhantes, inclusive sondagem, perfuração de poços, escavação, drenagem e irrigação, terraplanagem, pavimentação, concretagem e a instalação e montagem de produtos, peças e equipamentos (exceto o fornecimento de mercadorias produzidas pelo prestador de serviços fora do local da prestação dos serviços, que fica sujeito ao ICMS).*

b) Que não procede o questionamento da Impugnante, em razão do Auditor Fiscal atuante ter informado de forma convincente que a atividade tributada não se referiu à locação de bens móveis, cujo subitem 3.01 foi revogado da Lei Municipal nº 714/2003, mas sim à atividade bem mais complexa que a simples locação de bens, no caso, a atividade constante do subitem "3.05 - Cessão de andaimes, palcos, coberturas e outras estruturas de uso temporário";

c) De reconhecer como legítimo o argumento da Impugnante de que a sujeição passiva, relativa aos fatos geradores registrados nas NFS-e consideradas na autuação, deve recair sobre os tomadores substitutos tributários, exceto ao tomador Paiva Botelho & Cia. que não se enquadra como tal; e

d) Pela Procedência do Auto de Infração e Intimação nº 20115000645, de 13/09/2011, determinando no dispositivo da Decisão, retificações da base de cálculo, conforme quadro constante na fl. 068 da Decisão e científicas ao contribuinte por meio do TRAI juntamente com a citada decisão

DA MANIFESTAÇÃO DA REPRESENTAÇÃO FISCAL:

O ilustre Representante Fiscal opina pela declaração da nulidade da Decisão primária e, em homenagem ao princípio da eficiência, opina pelo retomo dos autos à Primeira Instância Administrativa para providências, nos termos da sua fundamentação.

É o Relatório.

**V O T O**

Em primeiro lugar, registro que a adequação da base de cálculo por meio do **TRAI Nº 223/2020** foi que exigiu o reexame obrigatório por este CARF-M, nos termos do Artigo 85 da Lei nº 1.697/1983 (Código Tributário do Município).

Que em razão da **DECISÃO Nº 113/2019 - DIJET/DETRI/SEMEF**, que determinou que "*as retificações deverão ser promovidas imediatamente [...] e científicas ao contribuinte juntamente com esta decisão*", necessário se faz, antes da análise do mérito, avaliar a nulidade do julgamento.

Neste sentido, considerando que ao invés de reabrir prazo para impugnação com a lavratura do TRAI, o foi para oferecer Recurso Voluntário contra a Decisão de Primeira Instância Administrativa, observando-se assim o descumprimento ao Artigo 17, do Decreto nº 681/1991 (PAF), que estabelece:

Art. 17 - Verificado erro na aplicação de pena ou omissão, após a lavratura do Auto de Infração, serão corrigidos ou acrescentados pelo próprio autuante ou por seu chefe imediato, mediante termo de aditamento ou retificação sendo o contribuinte cientificado, e reaberto novo prazo para impugnação.

Também é nula a citada Decisão pela inobservância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, ao privar da atuada a oportunidade de oferecer nova impugnação à Primeira Instância Administrativa.

Juntamente com a Decisão primária, todos os atos consecutivos, inclusive a do lavratura do TRAI, devem ser anulados com retorno dos autos à Primeira Instância Administrativa para as providências necessárias quanto a novo julgamento

Pelo exposto, **VOTO** pela **NULIDADE** da Decisão da Primeira Instância Administrativa, devendo os autos retornarem para as providências estabelecidas na presente Decisão.

É o meu Voto.

PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 18 de maio de 2022.

ARMANDO CLAUDIO SIMÕES DA SILVA
Conselheiro Relator