

Acórdão n.º 029/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 27 de julho de 2022

Recurso n.º 078/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20125000405)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessado: **J TOLEDO DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.**

Relator: Conselheiro **PAULO RODRIGUES DE SOUZA**

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ISSQN. SERVIÇOS MÉDICOS E HOSPITALARES TOMADOS DE EMPRESAS LOCALIZADAS FORA DO MUNICÍPIO – ARTIGOS 3º, CAPUT, E 4º, DA LEI COMPLEMENTAR Nº 116/2003. DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO. IMPROCEDÊNCIA DO LANÇAMENTO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **J TOLEDO DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS 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, cancelando-se o Auto de Infração e Intimação nº 20125000405, de 29 de agosto de 2012, 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, 27 de julho de 2022.


FRANCISCO MOREIRA FILHO

Presidente


PAULO RODRIGUES DE SOUZA

Relator


DAVID MATALON NETO

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: SARAH LIMA CATUNDA, JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA, REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS e PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO.



RECURSO Nº 078/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 029/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2012/11209/12628/00017
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000405
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: J TOLEDO DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.
RELATOR: Conselheiro PAULO RODRIGUES DE SOUZA

RELATÓRIO

A **PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA** recorre de ofício da **DECISÃO Nº 030/2019 – GECFI/DETRI/SEMEF**, exarada nos autos do **PROCESSO Nº 2012/11209/12628/00017**, fls. 067/078, que julgou **IMPROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000405**, lavrado no dia 29 de agosto de 2012, contra **J TOLEDO DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE VEÍCULOS LTDA.**, na condição de sujeito passivo por substituição, por que não teria sido retido e recolhido o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN incidente sobre serviços de assistência médica, prestados pelo grupo de empresas da SAMEL, à seus colaboradores, no âmbito do Município de Manaus, durante o período de **JANEIRO/2009** a **DEZEMBRO/2010**, tipificados no subitem 4.22 da Lista de Serviços anexa a Lei Municipal nº 714/2003, infringindo conforme está no Auto de Infração, o Artigo 2º, inciso II, da Lei nº 1.089/2006, acarretando na 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 Artigos 2º, da mesma Lei, e 106, II, "c", do Código Tributário Nacional – CTN, que determinam a aplicação da multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto devido.

DA IMPUGNAÇÃO:

No dia 03/09/2012, a empresa atuada protocolou a sua Impugnação, fls. 33 a 36, que arguiu, em síntese, o que segue:

I – Que foi atuada por ter entendido a fiscalização que a mesma deixou de recolher o ISSQN ao não efetuar retenção na fonte, no ato do pagamento, dos serviços de assistência médica tomados da empresa SAMEL – Plano de Saúde, pelo período de Janeiro de 2009 a Dezembro de 2010;

II – Que, devido à sentença exarada no Processo Judicial nº 001.0362022-9, da 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal, em que contende **SAMEL – PLANO DE SAÚDE X PREFEITURA DO MUNICÍPIO DE MANAUS**, o Ilmº Sr. Juiz de Direito Dr. Jomar Ricardo Saunders Fernandes, determinou pelo despacho na Execução Provisória que **“...O MUNICÍPIO DE MANAUS SE ABSTENHA DE EXIGIR DOS CLIENTES DA AUTORA (SAMEL)**



RESIDENTES EM MANAUS O PAGAMENTO DO TRIBUTO ISSQN, SOB PENA DE APLICAÇÃO DE MULTA DIÁRIA DE R\$ 10.000,00 (DEZ MIL REAIS) NA FORMA DO ART. 408 DO CÓDIGO CIVIL.”;

III – Que a Impugnante está amparada por esta Decisão judicial, proferida no processo de número 001.03062022-9, determinando a abstenção da cobrança do ISS pelo Município dos clientes da empresa SAMEL e que, por consequência, não deve prosperar, também, a multa pretendida;

IV – Que a manutenção do Auto de Infração poderá caracterizar descumprimento de ordem judicial por parte da municipalidade.

DA RÉPLICA FISCAL:

Já em Réplica (fls. 55 e 56), a Auditora Fiscal autora da fiscalização se posiciona com os seguintes argumentos frente à Impugnação formulada pela empresa:

I – Que o contribuinte, na qualidade de substituto tributário, no período de Janeiro de 2009 a Dezembro de 2010, não fez a retenção na fonte do ISSQN na alíquota de 2% (dois por cento), incidente sobre o valor mensal dos serviços de assistência médica prestados, por sua ordem, pelo grupo de empresas da SAMEL, a seus colaboradores, no âmbito do Município de Manaus, tipificados no subitem 4.22 da Lista de Serviços anexa a Lei nº 714/2003;

II – Que o Município competente para exigir o ISSQN é aquele onde o serviço é prestado, e que, no caso concreto, restou comprovado que os colaboradores da Impugnante receberam os serviços de assistência médica no Município de Manaus;

III – Que o Auto de Infração e Intimação foi lavrado em consonância com o que determina a legislação tributária municipal;

IV – Que se abstém de adentrar ao mérito da autuação por força do Despacho datado de 20/02/2008 na Ação Ordinária, relativo ao Processo nº 001.03062022-9.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA:

O julgador da Gerência do Contencioso Fiscal/DETRI, por meio da **DECISÃO Nº 030/2021 – GECFI/DETRI/SEMEF**, fls. 67 a 78, proferida em 29/01/2021, julgou **IMPROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000405**, lavrado em 29/08/2012, em razão da Impugnante não ter realizado a retenção e o recolhimento do ISSQN incidente sobre o pagamento dos serviços de assistência média tipificados no item 4.22 da Lista de Serviços anexa a Lei nº 714/2003, prestados, por sua ordem, pelo grupo de empresas da SAMEL à seus colaboradores no âmbito do Município de Manaus, no período de Janeiro de 2009 a Dezembro de 2010, resultando em um crédito tributário no valor de R\$ 28.122,47 (vinte e oito mil, cento e vinte dois reais e quarenta e sete centavos), equivalentes a 399,24 Unidades Fiscais do Município - UFM.



Em sua Decisão, o Julgador de Primeira Instância, em síntese, fundamenta que, apesar da regularidade na constituição do crédito tributário em seus aspectos formais, quanto ao mérito da autuação o cerne da questão está na regra geral estabelecida no Artigo 3º, da Lei Complementar nº 116/2003, reproduzida no mesmo Artigo da Lei Municipal nº 714/2003, que estabelece que o imposto é devido, como regra geral, **“no local do estabelecimento prestador”** ou seja, no **“local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços”**, e que, os casos excepcionais são os listados nos incisos do Artigo 3º, da referida lei.

Assim, considerando que os responsáveis pela autuação não expuseram e nem comprovaram, nos autos, a existência em Manaus, de estabelecimento de qualquer espécie (na forma do Artigo 4º, da Lei nº 714/2003) do prestador de serviços, e considerando ainda o teor do julgado na Ação Ordinária constante no Processo Judicial nº 001.03062022-9, tramitado na 1ª Vara da Fazenda Pública Municipal, com trânsito em julgado, que reconheceu os fatos geradores do ISSQN incidentes nas operações objeto da autuação como tendo ocorrido no município do domicílio do prestador, qual seja, no Município do Rio Preto da Eva/AM, decidiu pela improcedência do Auto de Infração e Intimação nº 20125000405.

Dessa forma, face o valor do Auto de Infração e Intimação ultrapassar o valor limite de alçada do Julgador de Primeira Instância Administrativa, ensejou o Recurso de Ofício a este CARF-M.

O douto Representante Fiscal, às fls. 86 a 92, através do **PARECER Nº 13/2021 – CARF-M/RF/2ª Câmara**, opinou pelo **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício para manter a Decisão primária que julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração e Intimação e o crédito tributário dele decorrente.

É o Relatório.

VOTO

No caso em questão, houve a lavratura do Auto de Infração e Intimação nº 20125000405 em 28/08/2012, com ciência da autuada no dia 29/08/2012. No dia 03/09/2012, a autuada protocolou Impugnação ao citado Auto de Infração. Devido aos fatos relatados na peça de Impugnação, o Setor de Julgamento de Primeira Instância Administrativa, através do Despacho nº 074/2016, em 23/05/2016 solicitou informações da Procuradoria do Contencioso Tributário – PCT/PGM, que informou, no dia 15/06/2016, o trânsito em julgado da Decisão favorável a SAMEL. No dia 29/01/2021 o setor de Primeira Instância, através da **DECISÃO Nº 030/2021 – DIJET/DETRI/SEMEF** julgou **IMPROCEDENTE** o Auto de Infração e Intimação, com a ciência da Impugnante no dia 22/09/2021. No dia 23/09/2021 o DIJET/DETRI/SEMEF encaminhou o Recurso de Ofício a este CARF-M, tendo em vista o valor do crédito tributário envolvido e a decisão favorável ao Impugnante.

Como se extrai do relatório elaborado a partir dos autos deste processo, a questão a ser tratada neste julgamento é a definição, a luz do arcabouço jurídico e da legislação vigente na época da ocorrência do fato gerador, ou seja, no período de Janeiro de 2009 a Dezembro de 2010, se o Município de Manaus era competente para exigir o tributo decorrente da prestação de serviços tipificado no subitem 4.22 da Lista de Serviços anexa a Lei Municipal nº 714/2003 e Lei Complementar nº 116/2003.

Até o ano de 2003, a respeito do local da efetiva ocorrência do fato gerador, era o Decreto-Lei nº 406/1968 que delineava as principais características do ISS. No que tange ao critério espacial, este Decreto-Lei trazia a seguinte disposição em seu Artigo 12:

Art. 12. Considera-se local da prestação do serviço:

- a) o do estabelecimento prestador ou, na falta de estabelecimento, o do domicílio do prestador;**
- b) no caso de construção civil o local onde se efetuar a prestação.**
- c) no caso do serviço a que se refere o item 101 da Lista Anexa, o Município em cujo território haja parcela da estrada explorada.**

A regra prevista no Decreto-Lei nº 406/1968 para o ISS continha, então, dois critérios relativos ao lugar para a incidência do imposto: o imposto seria devido no local do estabelecimento prestador ou, na ausência deste, no domicílio do prestador. O Artigo 12, no entanto, trazia as exceções a esta regra para as atividades da construção civil ou dos serviços atinentes a exploração de estradas ou rodovias, onde o tributo seria devido no local onde o serviço fosse prestado.

Com o advento da Lei Complementar nº 116, em julho de 2003, houve a revogação do Artigo 12, do diploma anterior e, além da explicitação da regra-matriz do ISS, com a manutenção de alguns serviços já previstos anteriormente, houve a inserção de novas atividades na Lista de Serviços, além de promover 22 exceções à regra inicial para caracterizar o Sujeito Ativo da relação tributária, conforme a seguir transcreve-se:



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:

I – (omissis);

(...)

XXII – (omissis).

Percebe-se que houve a manutenção do estabelecimento prestador ou do domicílio do prestador como o local em que será devido o ISS, mas, em contrapartida, a lei trouxe uma lista com vinte e duas exceções que deverão ser consideradas na definição da sujeição ativa da relação tributária. Posteriormente, outras 4 (quatro) exceções foram acrescentadas a esta Lista por meio das Leis Complementares nºs 157 e 175, em 2016 e 2020, respectivamente.

No entanto estas alterações, além de manterem o local do estabelecimento prestador como regra matriz, não incorporam em seu texto a exceção do local da prestação do serviço para os casos previstos no subitem 4.22 da Lista de Serviços anexa a Lei Municipal nº 714/2003 e Lei Complementar nº 116/2003. Desta forma, a luz da jurisprudência dominante, permanece o entendimento de que, no caso previsto neste subitem, a comprovação do local do estabelecimento prestador é determinante para definir qual é o Município que é competente para exigir o tributo, fato que não restou comprovado pela autoridade fiscal autuante.

Assim, por tudo isso posto, considerando em todos os seus fundamentos o **PARECER Nº 013/2021 – CARF-M/2ª Câmara, VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício, de modo a manter a Decisão Primária que julgou **IMPROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000405** e o crédito tributário dele decorrente.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 27 de julho de 2022.

PAULO RODRIGUES DE SOUZA
Conselheiro Relator