

Acórdão n.º 034/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 29 de agosto de 2022

Recurso n.º 058/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20125000502)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **UNICOBA DA AMAZÔNIA LTDA.**

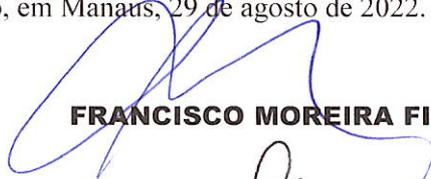
Relator: Conselheiro **PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO**

TRIBUTÁRIO. ISSRF. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. TRAI LAVRADO APÓS DECISÃO PRIMÁRIA. REVISÃO OPERADA QUANDO JÁ ESCOADO O PRAZO DECADENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE EFETUAR NOVO LANÇAMENTO OU DE REVISAR O PRIMITIVO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. NULIDADE DA AUTUAÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **UNICOBA DA AMAZÔNIA LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, Conhecer e Dar Provimento ao Recurso Voluntário, anulando-se o Auto de Infração e Intimação n.º 20125000502, de 04 de dezembro de 2012, tendo sido reformada 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, 29 de agosto 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: PAULO RODRIGUES DE SOUZA, SARAH LIMA CATUNDA, JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA e MÁRCIO DE VASCONCELOS PAIVA.



RECURSO Nº 058/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 034/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2012/11209/12628/00104
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000502
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: UNICOPA DA AMAZÔNIA LTDA.
RELATOR: Conselheiro PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO

RELATÓRIO

UNICOPA DA AMAZÔNIA LTDA. apresentou Recurso Voluntário a este douto Conselho da **DECISÃO Nº 241/2018 – GECFI/DETRI/SEMEF**, fls. 140/158, que julgou **PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000502**, de 04.12.2012, lavrado contra a Recorrente, em razão da ausência de retenção no recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN à alíquota de 5% (cinco por cento), no **EXERCÍCIO** de **2011**, sobre a Cessão de Direito de Uso de Programas de Computação, item 1.05, constante na Lista anexa à Lei Complementar nº 116/2003 e à Lei Municipal nº 714/2003, sendo dado como infringido o 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 Lei nº 1.420/2010 e 106, inciso II, alínea “c”, do Código Tributário Nacional, que estabelecem multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto não retido na fonte pelo contribuinte substituto, totalizando um crédito tributário no valor de R\$ 107.779,54 (cento e sete mil, setecentos e setenta e nove reais e cinquenta e quatro centavos), equivalente a 1.530,09 (mil, quinhentos e trinta e nove) Unidades Fiscais do Município – UFMs.

Em suas razões de Impugnação, apresentou a Recorrente, resumidamente que: **(i)** nulidade do Auto de Infração por ausência de prova da existência do crédito tributário; **(ii)** que a cessão de direito de uso de software não constitui serviços, escapando da incidência do ISS; **(iii)** a inconstitucionalidade da cobrança de ISS na importação de serviços; e, **(iv)** a natureza confiscatória (inciso IV, do Artigo 150, da Constituição Federal) da multa de 50% sobre o valor do imposto devido.

Ato contínuo, a Agente Fiscal, manifestou-se pela manutenção do postulado lançamento, tendo em vista que os documentos fiscais foram solicitados por meio do **TIAF Nº 109721**, de 16/08/2012, antes mesmo da lavratura do Auto de infração, os quais foram apresentados. Assim, mesmo com a verificação da apresentação documental não manifestou o dever de retificar o lançamento nos termos especificados acima.

Seguindo o curso natural do processo, foi proferida **DECISÃO Nº 241/2018 – GECFI/DETRI/SEMEF**, de fls. 140 a 158, que julgou **PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000502**, de 04.12.2012, haja vista a não configuração das causas de nulidade, o correto enquadramento da atividade como serviço e a



determinação de retificação da capitulação da infringência, da ocorrência verificada e da base de cálculo saneando e regularizando o ato.

Por conseguinte, conforme foi determinado na referida Decisão, houve a lavratura do **TRAI Nº 249/2021**, às fls. 165/166, cujo teor, determina a redução do valor lançado inicialmente, para R\$ 180.431,82 (cento e oitenta mil, quatrocentos e trinta e um reais e oitenta e dois centavos).

E sendo cientificada a contribuinte em 16/08/2021, da DECISÃO Nº 241/2018 – GECFI/DETRI/SEMEF, conforme se verifica às fls. 168.

A Representação Fiscal por sua vez, através do **PARECER Nº 058/2021 – CARF-M/RF/2º Câmara**, fls. 258 a 267, manifestou-se pelo **CONHECIMENTO e PROVIMENTO** do presente Recurso Voluntário para modificar a Decisão de Primeiro Grau e **NULIFICOU o AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000502** 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 retenção no recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN retido na fonte, incidente sobre a Cessão de Direito de Uso de Programas de Computação, item 1.05, com a alíquota a 5%, de seus prestadores, referentes ao calendário de 2011.

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 pela contribuinte e pela douta Representação Fiscal, a lavratura do Auto de Infração e Intimação nº 20125000502, de 04.12.2012, padece de vício substancial desde o seu lançamento devido a tipificação da infração, a descrição da ocorrência e a composição da base de cálculo, além da 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 e da infração arbitrada.

Nesse mesmo sentido, ainda é necessário observar que, a falta de liquidez na apuração base de cálculo do imposto é outro ponto chave para o lançamento tributário em sua forma completa, vez que é imprescindível, não deixarmos de observar o Princípio ao Contraditório e à Ampla Defesa, um dos norteadores do processo administrativo, e resguardado pela Constituição Federal, como direito e garantia fundamental.

E não menos importante, destaca-se a total e completa falta de estima, ao princípio do devido processo legal, ao determinar-se a lavratura do TRAI nº 249/2021, após a Decisão de Primeira Instância e sequer ter sido oportunizada à contribuinte, a complementação de defesa e retorno dos autos a julgamento na instância inferior.

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. 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, e a supressão do devido processo legal, vez que sequer foram juntadas as documentações que comprovassem o determinado no Auto de Infração e Intimação em voga, bem como a tipificação em desacordo com o lançamento e a falta de liquidez na base de cálculo, da qual deve se defender com 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, incisos LIV e 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:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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 todo o exposto depara-se com 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 e ofensa ao devido processo legal, 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 **PROVIMENTO** do Recurso Voluntário modificando integralmente a Decisão de Primeira Instância Administrativa, para julgar **NULO** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000502**.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 29 de agosto de 2022.

PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO
Conselheiro Relator