



Acórdão n.º 035/2022 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 11 de julho de 2022

Recurso n.º 079/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20095000600)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **AMAZONAS DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S. A.**

Relator: Conselheiro **JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA**

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ISSQN. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA AO ARTIGO 142, DO CTN E ARTIGO 36, INCISO I, DO PAF. MANTIDA A 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 **AMAZONAS DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S. A.**

ACORDAM os Membros da Primeira 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 20095000600, de 07 de outubro de 2009, tendo sido ratificada a Decisão proferida em Primeiro Grau, 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, 11 de julho de 2022.


ERIVELTO LEAL DE OLIVEIRA

Presidente


JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA

Relator


ANA BEATRIZ DA MOTTA PASSOS GUIMARÃES

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: FRANCISCA ÂNGELA SILVA DE OLIVEIRA, ERIVALDO LOPES DO VALE, IVANA DA FONSECA CAMINHA e ROBERTO SIMÃO BULBOL.

RECURSO Nº 079/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 035/2022 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2009/2967/3446/00711
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20095000600
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: AMAZONAS DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S. A.
RELATOR: Conselheiro JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA

RELATÓRIO

O assunto em exame trata-se do Recurso de Ofício, ao CARF-M, interposto pela **PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA** contra a **DECISÃO Nº 126/2021 – GECFI/DETRI/SEMEF**, que julgou **NULO** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20095000600**, de 07 de outubro de 2009, lavrado em desfavor da empresa **AMAZONAS DISTRIBUIDORA DE ENERGIA S. A.**, devidamente qualificada nos autos do processo, na qualidade de substituta tributária, em decorrência da ausência de retenção e recolhimento do ISSQN, relativos a serviços diversos tomados nos **EXERCÍCIO** do ano **2004, 2005 e 2006**, constantes no **“RELATÓRIO DE INCONSISTÊNCIA/SEMEF”**, entretanto, não declarados e não tipificados aos subitens da Lista anexa a Lei nº 714/2003, infringindo o Artigo 4º, da Lei nº 231/1993, culminando na aplicação da penalidade prevista no Artigo 11, inciso II, da Lei nº 1.089/2006, que estabelece multa de 120% do valor do imposto devido, totalizando um crédito tributário no valor de R\$ 2.775.278,75 (Dois milhões, Setecentos e setenta e cinco mil, duzentos e setenta e oito reais e sessenta e cinco centavos) equivalentes a 46.223,83 UFMs.

ALEGAÇÕES DA AUTUADA:

A autuada por intermédio do **PROCESSO Nº 2009/2967/3441/25813** apresentou sua Impugnação em Primeira Instância Administrativa, e, em pequena síntese, requereu o seguinte:

- 1) Que seja afastada a imposição da multa de ofício aplicada pelo Fiscal autuante, uma vez que ela tem por base legislação inexistente na época do fato gerador dos débitos cobrados;
- 2) Que o lançamento fiscal seja julgado improcedente em relação às Notas Fiscais que jamais constaram do Sistema Interno da Impugnante e que jamais foram pagas, bem como em relação às Notas Fiscais em que houve efetivo recolhimento do ISSQN retido ao Município de Manaus ou a outro Município onde o serviço foi executado;
- 3) Quanto à parcela das Notas Fiscais remanescentes, acaso ultrapassada a preliminar antes aduzida, o que somente se admite para fim de debate, requer a Impugnante seja afastada a multa qualificada de 120% em relação aos casos em que não houve retenção do imposto;



4) E, por último, a Impugnante protesta, além da prova pericial descrita nos autos, pela produção de prova documental suplementar.

RÉPLICA DO AUDITOR FISCAL:

O Auditor Fiscal autuante, em 28.12.2009, apresentou sua Réplica, e em atenção à Impugnação impetrada pelo contribuinte acima qualificado, manteve o Auto de Infração, mas opinou por correção do mesmo, argumentando os seguintes fatos:

a) Afirmou que parte da documentação anexada pela Recorrente corresponde a, aproximadamente, 36% das situações pendentes apontadas pela autuação fiscal, foram justificadas, sendo 130 referentes a ISSQN retido e não recolhido, 155 de ISSQN pagos, totalizando 285 pendências justificadas, de um total de 789 pendências apontadas no Auto de Infração e Intimação;

b) Em relação à proposta feita pela Impugnante, da realização de diligência ou perícia contábil, ele diz que em virtude das circunstâncias apresentadas, das dificuldades da Recorrente em esclarecer ou justificar 64% das pendências, seria de bom alvitre a realização de uma diligência ou perícia físico-contábil, a fim de resolver em definitivo as divergências existentes.

Por fim, o Auditor Fiscal autuante conclui e opina pela correção do Auto de Infração e Intimação nº 20095000600, que deverá ter a concordância da autoridade superior pela realização da diligência ou perícia esclarecedora e definidora das obrigações da Recorrente.

Em 17.09.2019, a Julgadora de Primeira Instância Administrativa, através do **DESPACHO Nº 89/2019 – DIJET/DETRI/SEMEF**, solicitou o encaminhamento dos autos à Gerência de Apoio à Ação Fiscal – GAAF, para que a Auditor Fiscal autuante procedesse diligência físico contábil junto ao contribuinte para que fosse esclarecido o seguinte:

a) Acerca da existência, ou não, de Notas Fiscais relacionadas no Auto de Infração nos termos orientativos: **i)** as que foram efetivamente pagas pela Impugnante ao Município de Manaus; **ii)** as que não houve retenção de ISSQN e que constam da presente autuação como ISSQN retido e não recolhido; **iii)** relacionadas no Relatório de Inconsistência, que serviu de base para autuação, mas não consta qualquer registro na contabilidade da Impugnante e do prestador; **iv)** relativas a serviços prestados a outro Município e que o prestador não seja domiciliado em Manaus uma vez que o entendimento jurisprudencial predominante nos Tribunais Superiores à luz da interpretação na Lei Complementar nº 116/2003 é de que o ISSQN é devido ao Município onde se encontram os meios necessários à prestação de serviço, ou seja, onde existe uma organização sob forma de uma unidade econômica;

b) Após análise e, conforme conclusão, retificar, se for o caso, a planilha específica descritiva apenas nas operações que foram objeto da autuação e permaneçam no lançamento, ou seja, relacione somente os valores cujo ISSQN não foi retido e recolhido, com o nome do prestador, número do documento fiscal, alíquota aplicável, valor do ISSQN devido, totalizado por quinzena, de modo que os valores do

ISSQN constantes desta planilha correspondam aos valores do Quadro Demonstrativo do Termo de Retificação de Auto de Infração – TRAI a ser elaborado.

c) Que lavre o TRAI, visando alterar a tipificação da infringência constante do Auto de Infração e Intimação, sugerindo a seguinte redação: **“Artigo 2º, VII, da Lei nº 231/1993 c/c Artigo 4º, do mesmo diploma legal”**;

d) Cientificar a Impugnante acerca desse procedimento, inclusive colhendo assinatura na planilha elaborada conforme alínea “b”, concedendo-se novo prazo para Impugnação, no sentido de garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa.

Após isso, foi lavrado o **TRAI nº 222/2020**, atendendo parcialmente às solicitações do **DESPACHO Nº 89/2019 – DIJET/DETRI/SEMEF**, especificamente, em relação à alínea “b” citada acima, que por falha de origem não se solicitou a subsunção dos serviços tributados à Lista de Serviços, o que levou o Auditor Fiscal atuante a não descrever os serviços correspondentes nem os subsumir aos itens e subitens da Lista de Serviços, além do fato de não ter juntado nenhuma cópia dos documentos fiscais relacionados na planilha.

Diante do exposto, o Órgão Julgador de Primeira Instância, exarou a **DECISÃO Nº 126/2021 – DIJET/DETRI/SEMEF**, onde julgou **NULO** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20095000600**, assim como o **TRAI Nº 222/2020**, haja vista as irregularidades nas tipificações da infringência e da penalidade, e a deficiência da motivação (comprovação do fato gerador) do ato administrativo do lançamento, sendo desnecessária a reconstituição da ação fiscal, nos termos do Artigo 173, inciso II, do CTN, por impossibilidade material de saneamento e/ou regularização do ato.

Ainda nesta Decisão, o Órgão Julgador de Primeira Instância interpôs Recurso de Ofício ao CARF-M, uma vez que, nos termos do Artigo 85, da Lei nº 1.187/1983, o valor do Auto de Infração e Intimação, nulificado, ultrapassa o limite de alçada daquele Órgão.

É o Relatório.

DOS FATOS E DA FUDAMENTAÇÃO LEGAL:

Antes de analisar o mérito da defesa apresentada, é imperioso proceder ao exame dos pressupostos procedimentais de admissibilidade e tempestividade do Recurso, e ambos os quais entendo terem sido atendidos neste caso.

O Recurso de Ofício em questão, interposto pelo Órgão Julgador de Primeiro Grau contra a **DECISÃO Nº 126/2021 - DIJET/DETRI/SEMEF**, que julgou **NULO o AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20095000600**, de 07 de outubro de 2009, com as alterações implementadas pelo **TRAI nº 222/2020**, tem como objeto a ausência de retenção e recolhimento do ISSQN, relativos a serviços diversos tomados nos exercícios do ano 2004, 2005 e 2006, constantes no “Relatório de Inconsistência/SEMEF”, entretanto, não declarados e não tipificados aos subitens da Lista anexa a Lei nº 714/2003, infringindo o Artigo 4º, da Lei nº 231/1993, “*in verbis*”:

Art. 4º - Os contribuintes substitutos deverão recolher o imposto retido na fonte aos cofres municipais, no prazo de até 05 (cinco) dias após o encerramento da quinzena em que se efetuou a retenção.

O órgão Julgador de Primeira Instância Administrativa tomou a Decisão de nulidade do Auto de Infração e Intimação, baseando-se nos seguintes fundamentos:

- 1) Irregularidade na tipificação da infringência e penalidade;
- 2) A não comprovação da ocorrência do fato gerador para a validade do lançamento, não apontando, identificando ou juntando os documentos idôneos para determinar os serviços prestados.

Vejamos o que diz o Artigo 36, do Decreto nº 681/1991, que regulamenta o Processo Administrativo Fiscal do Município de Manaus, que dispõe o seguinte:

Art. 36º - O ônus da prova incumbe:

I – À Fazenda, quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação;

II – Ao impugnante, quanto à inoccorrência do fato gerador ou de exclusão do crédito exigido.

Ainda acerca da necessidade da determinação e comprovação da ocorrência do fato gerador nos seus aspectos material, pessoal, temporal e quantitativo, deve-se recorrer ao que preceitua o Artigo 142, do CTN, que estabelece os requisitos mínimos para constituição do crédito tributário, “*in verbis*”:

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.

Parágrafo Único – A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Neste caso concreto, ficou claro na Decisão do Órgão Julgador de Primeira Instância Administrativa, que o Auditor Fiscal autuante fez uso apenas do “Relatório de Inconsistência/SEMEF”, sem embasar o Auto de Infração e Intimação de documentos idôneos para determinar os serviços prestados, nem mesmo quando da lavratura do TRAI nº 222/2020.

A não determinação e comprovação da ocorrência do fato gerador e respectiva apuração da base de cálculo, por documentos idôneos, compromete a validade do lançamento, caracterizando afronta aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

Considerando todos os fatos narrados por mim, neste Relato, e considerando ainda que o valor dos tributos cancelados ultrapassa o limite de alçada do Órgão Julgador de Primeiro Grau, de acordo com o Artigo 85, da Lei nº 1.187/1983, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício interposto nos presentes autos, de forma que seja mantida a Decisão de Primeira Instância Administrativa, de **NULIDADE** da autuação, com o conseqüente cancelamento do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20095000600** e do **TRAI Nº 222/2020**.

É o meu Voto.

PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 11 de julho de 2022.


JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA
Conselheiro Relator