

Acórdão n.º 037/2022 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 18 de julho de 2022

Recurso n.º 040/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20135000264)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **GARINNI MOTORS INDÚSTRIA DE VEÍCULOS LTDA.**

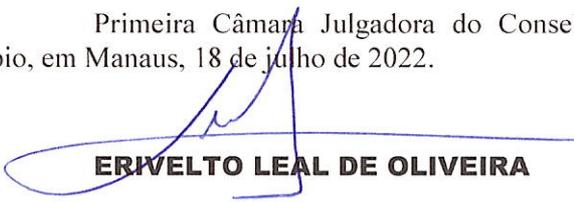
Relatora: Conselheira **IVANA DA FONSECA CAMINHA**

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. ISSQN RETIDO NA FONTE. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. AUSÊNCIA DE DESCRIÇÃO DETALHADA DOS FATOS EM QUADROS ESPECÍFICOS COM SUBSUNÇÃO DOS FATOS À NORMA. MANTIDA 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 **GARINNI MOTORS INDÚSTRIA DE VEÍCULOS LTDA.**

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 20135000264, 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.

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


ERIVELTO LEAL DE OLIVEIRA

Presidente


IVANA DA FONSECA CAMINHA

Relatora


ANA BEATRIZ DA MOTTA PASSOS GUIMARÃES

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: FRANCISCA ÂNGELA SILVA DE OLIVEIRA, JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA e ROBERTO SIMÃO BULBOL.

RECURSO Nº 040/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 037/2022 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2013/11209/12613/30326
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20135000264
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: GARINNI MOTORS INDÚSTRIA DE VEÍCULOS LTDA.
RELATORA: Conselheira IVANA DA FONSECA CAMINHA

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela então **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**, fundamentado no Artigo 85, da Lei nº 1.697/1983 contra a **DECISÃO Nº 208/2019 GECFI/DETRI/SEMEF**, exarada nos autos dos Processos nºs **2013/11209/12613/30326** e **2013/11209/12613/32638**, fls. 040/048, que julgou pela **NULIDADE** do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20135000264**, lavrado no dia 26/09/2013, em desfavor do sujeito passivo, por substituição, **GARINNI MOTORS INDÚSTRIA DE VEÍCULOS LTDA.**, em virtude de descumprimento do recolhimento do ISSQN retido na fonte incidente sobre diversos fatos geradores ocorridos nos meses de **MARÇO/2011** a **AGOSTO/2013** tendo sido apurado o Movimento Econômico por meio do Sistema GISSONLINE.

DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO:

A autuada, em sede de Impugnação, traz como razões de defesa as seguintes alegações:

- O Auto de Infração e Intimação é nulo, pois não foram produzidas provas de que os serviços contratados estão sujeitos a retenção na fonte do ISSQN;
- O Fisco não apontou quais foram os serviços contratados passíveis de tributação;
- O Auto de Infração e Intimação fora lavrado com manifesta preterição do direito de defesa,
- A natureza abusiva e contrária aos princípios da proporcionalidade e do não confisco da multa aplicada

DA RÉPLICA DA AUTORIDADE FISCAL AUTUANTE:

O Auditor Fiscal atuante, em sua Réplica, às fls. 24 a 27 dos autos do Processo nº 2013/11209/12613/32638, manifesta-se arguindo:

- Não há contestação do mérito do Auto de Infração ou inobservância de qualquer formalidade que venha a nulificar o lançamento;
- O Contribuinte reconhece ser substituto tributário e que reteve o imposto e não repassou aos cofres municipais;
- A planilha com a identificação dos prestadores de serviços que tiveram o ISS retido na fonte prova que os serviços tomados são submetidos à retenção do ISSQN;
- A autuada em relação aos meses anteriores à autuação procedeu à retenção do ISSQN de forma sistemática e correta, não cabendo alegar o desconhecimento desta obrigação, ou que há a necessidade da produção de provas pelo Fisco de algo que já é do conhecimento da autuada,
- Não cabe ao Auditor atuante fazer juízo de sua validade da multa por infração aplicada instituída por lei.

Diante dos fatos acima expostos, o Órgão Julgador Primário proferiu a **DECISÃO Nº 208/2019 – GECFI/DETRI/SEMEF**, às fls. 040 a 048, declarando a **NULIDADE** do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 201350000264**, de 26/09/2013, interpondo Recurso de Ofício contra a referida Decisão a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, em atendimento a norma contida no Artigo 85, da Lei nº 1.697/1983.

Instado a se manifestar, o ilustre Representante Fiscal, nos termos do **PARECER Nº 20/2021 – CARF-M/RF/1ª Câmara**, às fls. 68 a 70, opinou pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício interposto nos presentes autos, mantendo **“in totum”** a Decisão primária que declarou a nulidade do Auto de Infração e Intimação nº 20135000264, de 26/09/2013.

É o Relatório.

V O T O

Da análise dos autos, resta solarmente claro que a declaração de nulidade do Auto de Infração e Intimação nº 201350000264, de 26/09/2013, pelo Órgão Julgador de Primeiro Grau deu-se pelo fato do referido Auto de Infração e Intimação estar deficiente quer quanto à descrição dos fatos que o motivaram, quer quanto à comprovação da ocorrência do fato gerador, acarretando a sua fragilidade tanto no que tange ao seu aspecto material quanto no formal.

Noutro giro verbal, o lançamento é um procedimento administrativo em que uma autoridade verifica a subsunção do fato concreto à hipótese legal, determinando a matéria tributável, mediante a valoração dos seus elementos constitutivos (base de cálculo), a identificação do sujeito passivo, e, sendo o caso, a propositura de penalidade cabível. Esta é a dicção do Artigo 142, do Código Tributário Nacional.¹

O lançamento do crédito tributário formalizado não contém a descrição dos fatos, nem tampouco quadro especificando os serviços tributados e suas subsunções à Lista de Serviço. Foram apenas entregues à autuada Relatório de Serviços Tomados pelo Substituto Tributário com Retenção na Fonte de ISSQN, fls. 005 a 009 do Processo Fiscal, baseado em informações extraídas do GISSONLINE, em flagrante falha na motivação, por ausência de demonstração de que os pressupostos de fato, realmente existiram.

Alie-se a isso a ausência de comprovação por meio da contabilidade da infratora, de seus prestadores ou outro meio igualmente idôneo, de que os valores relativos ao ISSQN foram efetivamente retidos, trazendo como consequência direta a impossibilidade de se apreciar se correta aplicação da penalidade.

A simples indicação de dispositivos legais, sem que seja demonstrada a correlação destes com as circunstâncias de fato – que deram origem e fundamentaram o crédito tributário – impede o contribuinte de exercer plenamente seu direito de defesa, pois torna impossível identificar em que ponto as normas foram violadas, configurando em cerceamento de defesa em total afronta aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, ambos insculpidos na Carta Magna em seu Artigo 5º, inciso LV, a seguir:

Art. 5º (omissis)

LV - aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes. (o grifo não consta do original).

¹ 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. (grifou-se)

Como se vê a Carta Magna em seu texto consagrou os Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa.

Seguindo esse primado, o Auto de Infração e Intimação, repita-se deve conter a descrição detalhada da figura do ilícito tributário praticado e vir acompanhado de informações e documentos que comprovam a materialidade da infração, tudo no escopo de garantir o efetivo exercício ao direito ao contraditório e à ampla defesa.

Aqui chegados, constata-se, que houve, na prática, a ocorrência de presunção, a partir das Notas Fiscais Eletrônicas emitidas contra a Impugnante por meio do sistema GISSONLINE, de que a mesma teria retido e não recolhido o ISSQN, mas não se buscou na contabilidade da autuada ou de seus prestadores, ou por outros meios idôneos, a comprovação da efetiva prestação de serviços, assim como a prova inequívoca da retenção dos valores relativos ao ISSQN configurando descumprimento do ônus probatório que incumbe a Fazenda Pública Municipal quanto à ocorrência do fato gerador, e qualquer outro fato ocorrido, para a validade do lançamento, “*ex vi*”, do enunciado do Artigo 36, do Decreto nº 681/1991 (Regulamento Administrativo Fiscal do Município de Manaus – PAF):

“Art. 36 - O ônus da prova incumbe:

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

(...).”

De tudo exposto, é de clareza solar que o lançamento não atendeu aos requisitos previstos no Artigo 16, notadamente os incisos III e IV, do PAF, conforme a seguir:

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:

I - A qualificação do autuado;

II - O local, a data e a hora da lavratura;

III - A descrição do fato;

IV - A disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

V - A assinatura do infrator, seu representante legal ou preposto;

VI - A determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

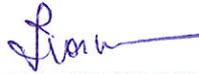
VII - A assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

Portanto, como já demonstrado, estão ausentes ao menos dois dos requisitos legais do Auto de Infração em lide contidos do riscado normativo acima transcrito, inerentes à incerteza da regular capitulação da Penalidade aplicável pela falta de comprovação da efetiva retenção do ISSQN, e, falta da descrição e subsunção dos serviços tributados aos subitens da Lista de Serviços, além da ausência da comprovação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária.

Ante o exposto, pelo meu **VOTO, CONHEÇO e NEGO PROVIMENTO** ao Recurso de Ofício, para manter incólume a **DECISÃO Nº 208/2019 – GECFI/DETRI/SEMEF** exarada em sede de Primeira Instância que julgou pela **NULIDADE do AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20135000264**, 26 de setembro de 2013.

É o meu Voto.

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



IVANA DA FONSECA CAMINHA
Conselheira Relatora