

Acórdão n.º 046/2022 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 01 de setembro de 2022

Recurso n.º 101/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20145000243)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **METRO QUADRADO ENGENHARIA LTDA.**

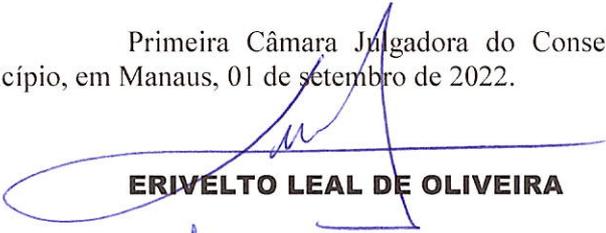
Relatora: Conselheira **IVANA DA FONSECA CAMINHA**

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DO ISSQN RETIDO NA FONTE. FALTA DE DESCRIÇÃO E COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. VIOLAÇÃO. NÃO HOUE DESCRIÇÃO DOS FATOS COM SUBSUNÇÃO DESTES À NORMA. 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 **METRO QUADRADO ENGENHARIA 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 Infação e Intimação n.º 20145000243, de 28 de agosto de 2014, 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, 01 de setembro 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, ERIVALDO LOPES DO VALE e ROBERTO SIMÃO BULBOL.



RECURSO Nº 101/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 046/2022 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2014.11209.12628.0.017217
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20145000243
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: METRO QUADRADO ENGENHARIA LTDA.
RELATORA: Conselheira IVANA DA FONSECA CAMINHA

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício, interposto pela **DIVISÃO DE ANÁLISE, JULGAMENTO E ESTUDOS TRIBUTÁRIOS – DIJET**, fundamentado no Artigo 85, da Lei nº 1.697/1983, contra **DECISÃO Nº 289/2020 – DIJET/DETRI/SEMEF**, exarada nos autos dos **PROCESSOS Nºs 2014.11209.12628.0.017217, 2014.11209.12613.0.021520 e 2016.11209.12613.0.042753**, fls. 098/108, que julgou pela **NULIDADE** do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20145000243**, lavrado no dia 28/08/2014 em desfavor do sujeito passivo, por substituição, **METRO QUADRADO ENGENHARIA LTDA.**, já qualificada nos presentes autos, em virtude do descumprimento do dever de retenção na fonte e recolhimento do ISSQN incidente sobre serviços não descritos relativos ao mês de **JANEIRO/2009**. Foi dado como infringido o Artigo 2º, inciso I, 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, combinado com o Artigo 2º, da Lei nº 1.420/2010 e Artigo 106, inciso II, “c” do CTN, que, juntos, preveem a multa de 50% sobre o imposto devido,

DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO:

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

- O lançamento deve ser devidamente fundamentado, ou seja, o fisco tem que oferecer prova concludente de que o evento ocorreu na estreita conformidade com a previsão genérica da hipótese normativa;
- As autoridades fiscais não comprovaram a ocorrência do fato gerador do ISSQN, até porque não teria como fazê-lo, eis que as retiradas efetuadas pelo sócio não são fato gerador do Imposto Sobre Serviços;
- Não se pode admitir que seja atribuído ao contribuinte o ônus de provar o impossível, sob pena de exigir que o mesmo produza prova negativa;
- É nulo o Auto de Infração em face de sua manifesta impropriedade, especialmente por inexistência de justa causa para sua lavratura;

Finaliza requerendo seja declarada a nulidade do Auto de Infração e Intimação por estar totalmente eivado de vício insanável.

**DA RÉPLICA DA AUTORIDADE FISCAL AUTUANTE:**

O Auditor Fiscal autuante, em sua Réplica, às fls. 57 a 58, manifesta-se arguindo:

- Considerando a alegação em sede de defesa de que os fatos não foram comprovados efetuei diligência junto ao Contribuinte e solicitei os documentos de caixa referentes ao mês de janeiro de 2009. Nesta ocasião o Autuado comprovou, por meio de Notas de Vendas de Mercadorias, a destinação de algumas das retiradas efetuadas pelo sócio, que não haviam sido apresentadas durante a ação fiscal e compuseram a base de cálculo do AII;

- Em obediência ao princípio da legalidade exclui do crédito tributário os valores relativos aos documentos de compras apresentados, lavrando o Termo de Retificação de Auto de Infração – TRAI nº 0045/2016; e,

- Considerando que não foram comprovadas a destinação das “Requisição de Numerário” do dia 05.02.2009, acobertadas pelos Cheques nºs 001386, 001387, 001389 e 001392, que totalizam o valor de R\$ 341.000,00 novo total do movimento econômico.

Foram juntadas aos autos as cópias das Requisições de Numerário e as respectivas cópias de cheque, fls. 62 a 69.

Ao TRAI nº 045/2016 a autuada apresentou defesa as fls. 74 a 78 reprisando as alegações apresentadas ao lançamento originário de que cabe à Fazenda Pública comprovar a existência do fato gerador.

Diante dos fatos acima expostos, o Órgão Julgador Primário exarou a **DECISÃO Nº 289/2020 – DIJET/DETRI/SEMEF**, às fls. 040 a 048, declarando a nulidade do Auto de Infração e Intimação nº 20145000243, lavrado no dia 28/08/2014, e do Termo de Retificação de Auto de Infração – TRAI nº 0045/2016, em vista da não capitulação completa da "Infringência", e ainda, em face da deficiência na motivação do ato administrativo (falta comprovação do fato gerador do imposto). Deste ato decisório, interpôs Recurso de Ofício contra a referida Decisão a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF-M, em atendimento a norma prescrita no Artigo 85, da Lei nº 1.697/1983.

Instada a se manifestar, a ilustre Representante Fiscal, nos termos do **PARECER Nº 026/2022 – CARF-M/RF/1ª Câmara**, às fls. 116 a 120, 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 20145000243**, lavrado no dia 28/08/2014.

É o Relatório.



V O T O

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 aplicação de penalidade cabível. Esta é a dicção do Artigo 142, do Código Tributário Nacional.¹

Da análise dos autos, resta solarmente claro que a declaração de nulidade do Auto de Infração e Intimação nº 20145000243, lavrado no dia 28/08/2014, pelo Órgão Julgador Primário deu-se pelo fato do referido Auto de Infração estar deficiente quer quanto à descrição dos fatos que o motivaram, quer quanto à comprovação da ocorrência do fato gerador, acarretando a sua fragilidade.

Isto porque o lançamento do crédito tributário constituído por meio do Auto de Infração em tela não contém a descrição dos fatos, nem tampouco quadro especificando os serviços tributados e suas subsunções à Lista de Serviço.

Assim, o crédito tributário foi constituído, contendo flagrante falha na motivação, por ausência de demonstração de que os pressupostos de fato, realmente existiram, pois, o movimento econômico tributável foi apurado tomando por base os lançamentos nos livros contábeis Razão e Diário da empresa fiscalizada relacionados às retiradas efetuadas pelo Sócio, a título de despesas com obras e pagamentos feitos aos fornecedores no período, docs. fls. 62/69, sem, contudo, ter sido feita demonstrada a correlação destes pagamentos com o fato gerador do ISSQN.

Nesta esteira, 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 – maculam o Auto de Infração por não atender aos requisitos previstos no Artigo 16, notadamente o inciso III, 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:

(...)

III - A descrição do fato;

(...).

Aqui chegados, constata-se, que houve, na prática, a ocorrência de presunção, a partir de documentos extraídos da contabilidade da autuada relativos a retiradas efetuadas pelo seu Sócio, a título de despesas com obras, de que a empresa teria tomado serviços tributáveis pelo ISSQN, entretanto, não se logrou êxito em determinar a materialidade, posto que não há comprovação da efetiva prestação de serviços a ensejar a obrigação de retenção e recolhimento do imposto por parte da autuada, assim como, não há qualquer enquadramento dos serviços, tidos como devidos, aos subitens da Lista, sequer

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)



foram citados no Auto de Infração e Intimação quaisquer serviços, configurando descumprimento do ônus probatório que incumbe à 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;

(...).”

Pontuo, que não restaria descumprido tal ônus se a conclusão, baseada em mera presunção, a que chegaram as autoridades fiscais, estivesse embasada em norma presuntiva municipal. Isto porque as ocorrências de infrações quando estabelecidas por normas de cunho presuntivo devem se enquadrar como presunção legal “*juris tantum*”, vale dizer, o ônus probante se inverte para o sujeito passivo, ressaltando-lhe o direito de produzir provas que se contraponham às acusações.

Ocorre que, não há na legislação ordinária municipal norma que tenha o condão de dar respaldo a presunção a que chegou a autoridade autuante e, conseqüentemente, à presente ação fiscal e a existência dessa norma é imprescindível, uma vez que o sistema tributário brasileiro tem seus alicerces fincados nos princípios da **estrita legalidade** e da **tipicidade cerrada**, assim, não vislumbramos a possibilidade de utilização da presunção como meio de prova, salvo aquelas presunções legais.

Assim, por força dos citados princípios, o surgimento da obrigação tributária depende de que se realize em concreto aquela hipótese prevista abstratamente na lei de incidência do tributo. A subsunção do fato à norma tem que ser completa, isto é, o evento ocorrido na vida real tem que satisfazer a todos os critérios identificadores tipificados na hipótese normativa, sob pena de não se configurar a incidência. E, para se operar essa incidência mister se faz a prova da ocorrência de fato.

Ocorre que nem sempre há condições absolutas de integral demonstração da ocorrência do fato descrito, como no caso dos presentes autos, embora seja possível identificar alguns eventos que, por apresentarem íntima correlação com o fato descrito, indicam necessariamente a sua existência. Estes fatos, portanto, apresentam um tal grau de significância em relação ao fato descrito e coexistem com ele de tal forma constante, que isso permite ao legislador “presumir” que sempre que certos eventos ocorram se entenda comprovado o fato descrito.

Ora, tendo presente, de um lado, que o direito tributário é informado pelo princípio da estrita legalidade e de outro lado que a obrigação tributária nasce com a ocorrência do fato gerador e que este, por se tratar de evento do mundo fenomênico, comporta prova, só é aceitável a utilização de presunções em matéria fiscal desde que, no mínimo:

- a) essa utilização decorra de previsão legal;
- b) seja garantido o direito de produzir prova em contrário;

Aqui chegados como demonstrado, estão ausentes no caso concreto, os requisitos legais essenciais do Auto de Infração nos termos do riscado normativo antes



transcrito, inerente à falta da descrição e subsunção dos serviços tributados aos subitens da Lista de Serviços, além disso, não houve a comprovação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, dito isto, e, considerando a inexistência de presunção legal que possa dar sustentação a conclusão à que chegou a autoridade fiscal por meio de utilização de prova indireta, imperioso concluir pela nulidade da autuação.

Ante o exposto, pelo meu **VOTO, CONHEÇO** e **NEGO PROVIMENTO** ao Recurso de Ofício, para manter incólume a **DECISÃO nº 289/2020 - DIJET/DETRI/SEMEF**, exarada em sede de Primeira Instância que julgou pela **NULIDADE** do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20145000243**, lavrado no dia 28/08/2014.

É o meu Voto.

PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 01 de setembro de 2022.

IVANA DA FONSECA CAMINHA
Conselheira Relatora