



Acórdão n.º 051/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 21 de novembro de 2022

Recurso n.º 092/2018 – CARF-M (A.I.I. n.º 20115000681)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessado: **BRADESCO SAÚDE S/A**

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

TRIBUTÁRIO. ISSQN RETIDO NA FONTE. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DE IMPOSTO. AUTO DE INFRAÇÃO. PAGAMENTO DO IMPOSTO COBRADO. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA. FALTA DE DETALHAMENTO DOS VALORES LANÇADOS. FALTA DE DEMONSTRAÇÃO DOS DOCUMENTOS QUE FUNDAMENTAM A AUTUAÇÃO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. VICÍO SUBSTANCIAL. MANUTENÇÃO INTEGRAL DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO DE PLENO DIREITO. RECURSO DE OFÍCIO. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **BRADESCO SAÚDE S/A.**

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, **anulando-se** o Auto de Infração e Intimação n.º 20115000681, de 27 de setembro de 2011, tendo sido mantida 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, 21 de novembro 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, REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS.

RECURSO Nº 092/2018 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 051/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2014.11209.12633.0.010226
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000681
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: BRADESCO SAÚDE S/A
RELATOR: Conselheiro PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO

RELATÓRIO

A **PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA**, vem a este douto Conselho de Recursos Fiscais interpor Recurso de Ofício, nos termos do artigo 85 da lei 1.697/83, da **Decisão nº 077/2018 – GECFI/DETRI/SEMEF** de fls. 62/69, que julgou nulo o **Auto de Infração e intimação nº 20115000681**, lavrado em 27 de setembro de 2011, contra **BRADESCO SAÚDE S/A.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 92.693.118/0008-37, Inscrição Municipal nº 983201, com sede nesta cidade, na Av. Constantino Nery, nº 1408, São Geraldo, CEP: 69050-000, sob o fundamento da retenção e não recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN retido na fonte, infringindo-se o art. 2º, inciso IV, e art. 8º, ambos, da Lei nº 1.089/06 c/c o art. 16 e 17 do Decreto nº 9.139/2007, que culminou no enquadramento da penalidade imposta pelo art. 30, inciso III, da Lei nº 254/94, com redação dada pelo art. 1º da Lei nº 1420/2010, que estabelece multa de 200% (duzentos por cento) sobre o valor do imposto retido aos que deixarem de recolhe-lo no prazo legal, resultando em um crédito tributário no valor de R\$ 124.742,42 (cento e vinte e quatro mil, setecentos e quarenta e dois reais e quarenta e dois centavos), equivalentes a 1.880,35 Unidades Fiscais do Município – UFM.

Em suas razões de impugnação, apresentou a Recorrente, resumidamente que: (i) cumpriu com sua obrigação de reter e recolher o ISSQN incidente sobre os serviços que lhe são prestados, inclusive no período objeto da autuação, o que contraria a informação no relatório de descrição do lançamento anexo ao Auto de Infração, conforme demonstram a tabela de recolhimento à fl. 20 e os Documentos de Arrecadação Municipal juntados aos autos pela Autuada às fls. 26/27; e, (ii) que a Auditora Fiscal cometeu equívoco ao lavrar o Termo de Início de Ação Fiscal e Intimação nº 104059, concedendo prazo de apenas 3 (três) dias para apresentação dos documentos que pudessem comprovar os recolhimentos do ISSQN no período de março a julho do ano de 2011, sendo que ao final do prazo, já com parte da documentação angariada, mas não toda, a Autuada solicitou dilação do prazo por mais 10 (dez) dias para a conclusão do trabalho, mas a Auditora Fiscal, além de indeferir a prorrogação do prazo, também lavrou o Termo de Encerramento de Designação Fiscal 03, optando por não realizar a conciliação dos recolhimentos com os valores por ele apurados e conferindo primazia às informações registradas no sistema informatizado de Nota Fiscal Eletrônica.

Ato contínuo, a Agente Fiscal, manifestou-se pela manutenção do postulado lançamento, tendo em vista que, a Autuada não prestava os serviços diretamente a seus usuários, posto que os serviços de saúde são executados pelos médicos e clínicas

conveniados, os quais, no ato da emissão da nota, destacam a retenção, transferindo a responsabilidade do pagamento do imposto ao Bradesco Saúde. Alegou ainda que, o prazo dado na intimação 104059 não era para apresentar documentos, mas para recolher o ISSQN lançado no sistema e, que a Autuada não possui a documentação contábil e fiscal no domicílio de Manaus, apesar de já ter recebido inúmeras fiscalizações de diversos portes, não há uma pessoa preparada para receber a fiscalização e prestar contas dos documentos, sempre alegando que centraliza tudo na matriz de São Paulo.

Por conseguinte, foi proferido o Despacho de fls. 59/60, em que a Gerência do Contencioso Fiscal determinou que os autos retornassem à Gerência de Apoio Fiscal para que o Agente Autuante se manifestasse acerca dos seguintes pontos: (i) adimplemento da obrigação tributária; e (ii) lavrar TRAI, caso concluísse pelo adimplemento, ainda que parcial das obrigações. Contudo, não há informação de cumprimento do despacho nos autos.

Seguindo o curso natural do processo, foi proferida **Decisão nº 077/2018 - GECFI/DETRI/SEMEF** de fls. 62 a 69, que julgou nulo de pleno direito o auto de infração nº **20115000681**, de 27.09.2011, haja vista que houve o descumprimento de requisito formal exigido como procedimento inicial de uma ação fiscal em conformidade com o disposto no Decreto n. 0035/2009, de 19 de fevereiro de 2009, alterado pelo Decreto n. 342, de 04/11/2009, quanto ao cumprimento do prazo de 05 (cinco) dias imediatos à intimação emitida pela autoridade fiscal competente.

A Representação Fiscal por meio de Parecer (fls. 77 a 83) nº 042/2022 – CARF-M/RF/2º Câmara manifestou-se pelo conhecimento e **IMPROVIMENTO** do presente recurso de ofício para manter a decisão de primeiro grau que anulou de pleno direito o Auto de Infração e Intimação nº **20115000681** 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 a falta de recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN retido na fonte, de seus prestadores de serviços, mas não efetuou o recolhimento, com a retenção constando no Sistema da Nota Fiscal Eletrônica e o procedimento fiscal iniciou-se com o TIAF nº 104059 de 21/09/11.

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, pelo nobre julgador de primeira instância e por fim pela douta Representação Fiscal, a lavratura do Auto de Infração e Intimação nº 20115000681, de 27.09.2011 padece de vício substancial desde o seu lançamento devido à falta de demonstração dos documentos idôneos da Autuada ou dos prestadores de serviço dos quais teriam sido extraídas as informações que resultaram no valor lançado pelo Agente Fiscal. E não menos importante a falta de enquadramento em atividade descrita nos itens ou subitens da Lista anexa de serviços.

Tais fatos ainda são agravados pela simplicidade das informações descritas no “Quadro Demonstrativo de Auto de Infração”, onde não é possível identificar a origem dos valores utilizados como base de cálculo para o lançamento dos tributos.

Nesse mesmo sentido, destaca-se que os valores referentes ao ISSQN devido à época são menores dos que os valores declarados e recolhidos pelo Contribuinte e a falta de cumprimento do Despacho exarado pela Gerência do Contencioso quanto a manifestação do Agente Autuante referente aos valores apresentados como recolhidos, demonstrou ainda mais despreço pelo lançamento em voga.

Noutro ponto, ressalte-se que o prazo concedido para o recolhimento do tributo, não observou o que determinava a legislação municipal no artigo 4º, inciso III e parágrafo único do Decreto nº 35/2009, alterado pelo Decreto nº 342/2009, agindo, portanto, o nobre Auditor Fiscal de forma indiscriminada e incompatível com o que determina o artigo 16, inciso III, do Decreto nº 681/1991 sobre as condições obrigatórias acerca do lançamento do auto de infração.

Deste modo, é necessário observar que, a falta de detalhamento da apuração base de cálculo do Imposto é outro ponto chave para o lançamento tributário em sua forma completa, vez que é necessário não deixarmos de observar o princípio ao contraditório e ampla defesa, um dos norteadores do processo administrativo.

Isto posto, há se considerar que 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, repisa-se 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 ampla defesa do Contribuinte, vez que sequer foram juntadas as documentações que comprovassem o determinado no Auto de Infração em voga, não subsistindo assim a alegação da incorrência do fato gerador da obrigação lançada, da qual deve se defender sem 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, inciso 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:

[...]

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 o disposto na acertada decisão de primeira instância repisa-se 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, sendo o lançamento do Auto 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 **IMPROVIMENTO** do recurso de ofício mantendo integralmente a decisão de primeira instância, julgando **NULO** o **Auto de Infração nº 20115000681**.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 21 de novembro de 2022.



PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO
Conselheiro Relator