



Acórdão n.º 070/2022 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 05 de dezembro de 2022

Recurso n.º 459/2022 – CARF-M (A.I.I. n.º 20145000280)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTECIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **GDK S.A**

Relator: Conselheiro **ERIVALDO LOPES DO VALE**

TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. ILEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 142, DO CTN. MANUTENÇÃO 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 **GDK 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, **cancelando-se** o Auto de Infração e Intimação n.º 20145000280, de 29 de setembro de 2014, tendo sido mantida 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, 05 de dezembro de 2022.


ERIVELTO LEAL DE OLIVEIRA

Presidente


ERIVALDO LOPES DO VALE

Relator


ANA BEATRIZ DA MÓTTA PASSOS GUIMARÃES

Representante Fiscal

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



RECURSO Nº 459/2022 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 070/2022 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2014.11209.12628.0.023798
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20145000280
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTECIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: GDK S.A
RELATOR: Conselheiro ERIVALDO LOPES DO VALE

RELATÓRIO

Trata-se do recurso de ofício interposto pelo órgão julgador de primeira instância, decorrente de Designação de Ação Fiscal – DAF-3 nº 503/2014, a qual foi lavrado o **Auto de Infração e Intimação nº 20145000280**, de 29/09/2014, em razão do sujeito passivo por substituição, GDK S.A, fiscalizado de no período de Maio, Junho e Julho de 2014, ter retido e não recolhido o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, incidente sobre serviços não declarados e não tipificados aos subitens da Lista anexa a Lei nº 714/2003, apurados a partir das notas fiscais de serviços aceitas pelo contribuinte no Sistema GISSONLINE, infringindo, conforme consta do AII, o Art. 2º, Inciso II, e Art. 8º, todos, da Lei nº. 1.089/06, combinado com o Art. 16 e 17 do Decreto 9.139/07, acarretando na aplicação da penalidade imposta pelo Art. 30, Inciso III, da Lei nº. 254/94, com redação dada pelo Art. 1º, da Lei nº. 1.420/10, que determinam a aplicação da multa de 200% (duzentos por cento) do valor do imposto devido, resultando em um crédito tributário no valor de R\$ 56.968,32 (Cinquenta e seis mil, novecentos e sessenta e oito reais e trinta e dois centavos), equivalentes a 723,04 Unidades Fiscais do Município – UFMs.

A contribuinte tomou ciência da autuação em 30 de setembro de 2014, e em sede juntou documentos de fls. 02/120. Dentre as razões da impugnação, apresenta:

Inicialmente cabe alertar para a nulidade absoluta do AII, tendo em vista que carece de elementos fundamentais que, além de confundir, dificulta sobremaneira a impugnação, gerando nulidade processual por cerceamento de defesa;

No AII em discussão não consta sequer as especificações da base de cálculo e a alíquota utilizadas para apuração do imposto supostamente devido, sendo omitido elementos indispensáveis a sua regularidade em manifesta afronta aos princípios constitucionais do Contraditório, da Ampla Defesa e do Devido Processo Legal, na medida em que não fornece informações indispensáveis a defesa da;

A escrituração fiscal, regulada pelo Art. 20-A do Decreto 9.139/2007, teve o seu encerramento confirmado no tempo hábil, sujeitando-se, dessa forma, eventualmente, em caso de não pagamento do imposto, apenas a multa de mora e não multa mais gravosa como ocorreu no caso da lavratura do AII;

Nesse sentido, seria contrário aos princípios da Proporcionalidade e Razoabilidade penalizar com multa de ofício de 200% do valor do tributo não recolhido, ou insuficientemente recolhido, o contribuinte que, cumprindo obrigação tributária acessória, forneceu à Administração tributária todas as informações necessárias à

determinação do crédito tributário; Ademais, com base na doutrina e jurisprudência, a cobrança do crédito tributário não pode ser superior ao principal por ferir frontalmente o princípio da Capacidade contributiva, tornando-se de caráter confiscatório, como ocorreu com a imputação da multa por infração de 200 % na autuação.

DA RÉPLICA DA AUTORIDADE FISCAL AUTUANTE

Em Réplica, às fls. 52 a 55, a Auditora Fiscal atuante, após expor as razões da Impugnante, apresenta suas contrarrazões, sinteticamente, nos seguintes termos: O procedimento teve dificuldade em seu desenvolvimento uma vez que a empresa estava em dificuldade de funcionamento na área administrativa, visto que o atendimento inicial se deu na portaria da fábrica;

Este procedimento, por ser pontual, DAF 3, não implica a verificação de documentos fiscais e contábeis, nem aferição do montante do imposto devido pelo contribuinte além daqueles explicitamente contido nas notas fiscais eletrônicas emitidas pelo mesmo;

Como se diz na contestação, o próprio contribuinte declarou, escriturou e confessou o débito, portanto, o intuito da fiscalização é conceder prazo para que se recolha o débito; O não atendimento da solicitação para pagamento dentro do prazo concedido implica à lavratura do AII conforme ocorreu neste procedimento;

Quanto à multa confiscatória de 200%, que é regulamentada pela Lei nº 1.420/2010, não pode ser contestada nesta esfera administrativa, pois a mesma encontra-se em plena vigência legal, incorrendo-se em crime de improbidade administrativa sua eventual não aplicação; Lavrou-se o TRAI nº 030/2016 somente para reafirmar a base de cálculo do AII lavrado, explicitando os nomes dos prestadores de serviços que tiveram o ISS retido na fonte, o valor de cada serviço, a alíquota e o valor do imposto retido pelo contribuinte substituto autuado; O referido TRAI foi publicado no DOM, Edição nº 3958, pg. 9, do dia 25/08/2016;

Sobreveio então a decisão primária que julgou improcedente auto de infração, determinou no dispositivo da decisão, a nulidade conforme determinada na fl. 103 da decisão.

DO PARECER DA REPRESENTANTE FISCAL

Seguindo o trâmite regular do processo, o ilustre Representante Fiscal, emitiu o **Parecer nº 048/2021-CARF-M**, fls. 116/120, opinando pelo **Conhecimento e Improvimento** do Recurso de Ofício, mantendo a decisão e o de 1º grau pela nulidade do Auto de Infração nº 20145000280, de 29 de setembro de 2014, lavrado contra GDK S.A.

É o Relatório.

VOTO

Antes de adentrar a análise do 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 análise gira em torno do cancelamento do AI no 20145000280 pelo órgão julgador primário, que acolheu as alegações do sujeito passivo quanto à nulidade do lançamento.

Nesse aspecto, reconhece-se o acerto do entendimento exposto pelo órgão julgador primário, não merecendo a decisão recorrida qualquer tipo de reparo.

Conforme demonstrado na decisão de 1º grau, o Auto de Infração não satisfazia plenamente os requisitos previstos no art. 142 do CTN e art. 36, I do PAF, que impõe às autoridades fazendárias lançadoras o dever funcional de identificar e descrever detalhada e claramente os fatos geradores autuados. Assim, ante a subsistência de tal impropriedade, a Decisão nº 057/2020 – GECFI/DETRI/SEMEF declarou a nulidade total do lançamento, em virtude de diversas impropriedades no lançamento tributário.

Os fatores que fundamentam a nulidade da exigência fiscal por parte da primeira instância administrativa são: i) deixou de comprovar de quais documentos teriam sido extraídas as informações que levaram à autuação (notas fiscais eletrônicas apenas citadas, mas sem qualquer identificação); ii) deixou de discriminar os prestadores e os serviços tomados, além de suas respectivas subsunções aos subitens da Lis de serviços.

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 Art. 142 do Código Tributário Nacional – 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. (grifou-se) Parágrafo único - A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Observa-se que o lançamento é um ato administrativo vinculado pelo qual a autoridade competente constitui o crédito tributário identificando e comprovando a materialidade dos seguintes elementos: a) fato gerador; b) matéria tributável; c) valor do tributo devido d) sujeito passivo (contribuinte ou responsável); e d) eventual penalidade cabível, caso o contribuinte não cumpra a sua responsabilidade tributária.

Reforçando a ideia da necessidade de comprovação da ocorrência do fato gerador para a validade do lançamento, o Art. 36º, Inciso I, do PAF, faz a seguinte previsão: “Art. 36 - O ônus da prova incumbe: I - A fazenda, quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação; (...)”

Com base na legislação exposta acima que prevê a necessidade de determinação, descrição e comprovação da ocorrência do fato gerador, além da demonstração da apuração da respectiva base de cálculo, observando-se os dados descritos na “Ocorrência Verificada” do AII e nos Quadros Demonstrativos anexos (fls. 15 e 16), pode-se concluir – embora se tenha citado que a apuração teria se dado a partir das notas fiscais de serviços eletrônicas aceitas pela Impugnante, sem contudo relacioná-los em quadro específico contendo sua remuneração e subsunção ao item da lista de serviços sendo a juntada necessária somente quando se tratar de nota fiscal de fora do município de Manaus – que não foram cumpridos os requisitos legais necessários à regular constituição do crédito tributário, uma vez que se deixou de: a) comprovar de quais documentos idôneos da Impugnante ou dos prestadores dos serviços teriam sido extraídas as informações que levaram à autuação (notas fiscais eletrônicas apenas citadas, sem identificação); e b) discriminar os prestadores e serviços tomados, além de suas respectivas subsunções aos subitens da Lista de Serviços aprovada pela Lei Municipal nº 714/2003. Tais omissões afrontam os princípios constitucionais da Ampla Defesa e do Contraditório.

Acerca da origem das informações constantes do Quadro Demonstrativo anexo ao AII (fls. 15 e 16), verifica-se, por meio de relatos (fls.) constantes da réplica fiscal, e do TRAI nº 030/2016, elaborado após a Impugnação, que a base de cálculo foi apurada a partir de notas fiscais eletrônicas emitidas contra a Impugnante e por ela aceitas, destoando, neste ponto, das determinações constantes do Art. 142 do CTN e Art. 36º, Inciso I, do PAF, que obrigam a Fazenda Pública a comprovar a ocorrência do fato gerador.

Vale notar, que em função das argumentações constantes da impugnação, a Auditora Fiscal autuante, talvez, aquiescendo com algumas delas, providenciou a retificação do AII por meio do TRAI nº 030/2016 de 28/07/2016 (fls. 56 a 58), sem, contudo, novamente elaborar quadro demonstrativo específico de identificação exata dos documentos fiscais, prestadores e serviços prestados, além da respectiva subsunção clara e específica dos mesmos nos subitens da Lista de Serviços.

Ressalte-se, neste ponto, que parte da identificação da documentação (notas fiscais), apresentada pelo TRAI nº 030/2016, poderia, com base no Art. 23, combinado com o Art. 25, ambos do PAF, servir de base para suprir parte da omissão incorrida pela Autoridade tributante, caso os valores totalizados das notas fiscais dele constantes correspondessem aos valores do Quadro Demonstrativo de Auto de Infração (fls. 3 e 4), porém não é o que ocorre, não servindo, desta forma, para fazer prova da ocorrência do fato gerador e de esclarecimento sobre a composição da base de cálculo.

Portanto, como não estão presentes todos os requisitos legais do AII, particularmente, aqueles inerentes à capitulação da penalidade e a descrição e comprovação plena da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, nos seus aspectos material, pessoal, temporal e quantitativo, somos obrigados a considerar e concordar com o argumento da Impugnante que sustenta a nulidade do auto de infração.

Em razão de todo o exposto, no uso das atribuições que me são conferidas pelo Inciso I, do Art. 86, da Lei nº 1.697, de 20/12/1983, JULGAMOS NULO o

Auto de Infração e Intimação nº 20145000280, de 29/09/2014, e, conseqüentemente o TRAI nº 030/2016, de 27/02/2015, haja vista a irregularidade na tipificação da penalidade e a deficiência da motivação (comprovação do fato gerador do imposto) do ato administrativo do lançamento, sendo desnecessária a reconstituição da ação fiscal, nos termos do Art. 173, inciso II, do CTN, por impossibilidade material de saneamento e/ou regularização do ato, além do fato da fiscalização ser pontual é não ter o caráter homologatório. Deste ato Recorremos de Ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, uma vez que o valor do Auto de Infração e Intimação, ultrapassa o valor limite de alçada deste órgão julgador, nos termos do art. 85, da Lei nº 1.697/83, alterada pela Lei nº 1.186/2007.

Após análise da Decisão da Primeira Instância Administrativa nº 459/2022 – GCOF//DITR/DETR//SEMEF, que julgou pela nulidade do Auto de Infração e Intimação nº 20145000280, de 29/09/2014, do Recurso de ofício interposto pelo Parecer nº 048/2022, do Representante Fiscal Junto ao CARF-M, concluo que os argumentos apresentados em ambos, são elucidativos e baseados na Legislação municipal e tributária vigente.

Por todo o exposto, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício, mantendo a decisão proferida pelo órgão julgador de primeira instância, cancelando o **Auto de Infração e Intimação nº 20145000280**, de 29 de setembro de 2014, lavrado contra GDK S.A.

É o meu voto.

PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 05 de dezembro de 2022.


ERIVALDO LOPES DO VALE
Conselheiro Relator