

Acórdão n.º 071/2022 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 12 de dezembro de 2022

Recurso n.º 112/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 201800002884)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTECIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **AEROSOFT CARGAS AÉREAS LTDA.**

Relatora: Conselheira **FRANCISCA ÂNGELA SILVA DE OLIVEIRA**

TRIBUTÁRIO - ISSQN. AUTO DE INFRAÇÃO LAVRADO EM DECORRÊNCIA DA FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ISSQN NA FONTE. CERCEAMENTO DE DEFESA. VIOLAÇÃO AO PRINCÍPIO DA AMPLA DEFESA. O FATO DO AUDITOR FISCAL AUTUANTE TER EFETUADO O LANÇAMENTO SEM FORNECER AO AUTUADO QUADRO DEMONSTRATIVO COM A DESCRIÇÃO DOS ELEMENTOS QUE CONSTITUEM O FATO GERADOR DO IMPOSTO MUNICIPAL. IMPROVIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO. MANUTENÇÃO TOTAL DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA DE JULGAMENTO. NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **AEROSOFT CARGAS AEREAS 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 nº 201800002884**, de 29 de novembro de 2018, 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, 12 de dezembro de 2022.


ERIVELTO LEAL DE OLIVEIRA

Presidente


FRANCISCA ÂNGELA SILVA DE OLIVEIRA

Relator


DENIEL RODRIGO BENEVIDES DE QUEIROZ

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: IVANA DA FONSECA CAMINHA, JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA, ERIVALDO LOPES DO VALE, ROBERTO SIMÃO BULBOL.

RECURSO Nº 112/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 071/2022 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2018.11209.12627.0.061893
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 201800002884
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: AEROSOFT CARGAS AEREAS LTDA
RELATORA: Conselheira FRANCISCA ÂNGELA SILVA DE OLIVEIRA

RELATÓRIO

A PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA, fundamentada no Artigo 85, da Lei n.º. 1697/83, recorre de ofício a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, da **Decisão nº 444/2020 – DIJET/DETRI/SEMEF**, exarada nos autos dos Processos nº **2018.11209.12627.0.061893 e 2019.11209.12613.0.001344**, fls.160-171, que declarou a nulidade do Auto de Infração e Intimação n. 201800002884, lavrado no dia 29/11/2018 em desfavor da empresa **AEROSOFT CARGAS AEREAS LTDA** não ter recolhido o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN, no período de 01/01/2014 a 31/12/2014, incidente sobre serviços não descritos, não identificados e não subsumidos aos subitens da Lista de Serviços, anexa a Lei nº 714/2003, infringindo-se o Art. 1º, Inciso III e § 4º, todos da Lei nº 1.090/06, combinado com Art. 17 do Decreto nº 9.139/07, acarretando na aplicação da penalidade imposta pelo Art. 30, Inciso I, da Lei nº 254/94, com redação dada pelo Art. 1º da Lei nº 1.420/10, que prevê a multa de 50% sobre o imposto devido, resultando em um crédito tributário no valor de R\$ 1.935.883,19 (Um milhão, novecentos e trinta e cinco mil, oitocentos e oitenta e três reais e dezenove centavos).

DAS ALEGAÇÕES DO AUTUADO

O Autuado, em sede de Impugnação, traz como razões de defesa as seguintes alegações:

Não há qualquer especificação acerca da natureza do serviço prestado (fato gerador do tributo – critério material e quantitativo), do tomador do serviço (critério pessoal), quando e onde este foi efetivamente executado (critério temporal e espacial), ou, ainda, cópia de qualquer nota fiscal emitida pela impugnante ou de algum contrato firmado com o tomador do serviço.

O Autuante não se desincumbiu do seu dever, previsto no art. 142 do Código Tributário Nacional, de demonstrar a concretização da hipótese de incidência do ISSQN sobre o fato impositivo presumidamente realizado pelo contribuinte.

Com a leitura do seu Contrato Social, constata-se que a sociedade tem como objeto o transporte rodoviário de cargas: agenciamento de cargas aéreas e rodoviárias, nacionais e internacionais; operação de transporte multimodal – OTM e locação de veículos com motorista municipal e intermunicipal.





A atividade exercida preponderantemente especialmente na filial de Manaus, ora fiscalizada, consiste basicamente, em realizar o frete aéreo e/ou rodoviário interestadual de mercadorias, ou seja, retirar cargas de diversos municípios da Federação, a exemplo de São Paulo, e transportá-las até o estabelecimento do seu contratante, por meio de aviões e caminhões próprios ou sublocados.

Por se tratar de transporte de cargas interestadual, a atividade está sujeita ao recolhimento do ICMS, e não do ISSQN, conforme se verifica do próprio Código Tributário do Município de Manaus que, em seu rol taxativo, apenas prevê, no item 59 da Lista anexa de Serviços, a incidência do ISSQN sobre a prestação de serviço de transporte, coleta, remessa ou entrega de bens ou valores, dentro do território do município, deixando claro, portanto, que não há incidência do ISSQN sobre a prestação de serviço de frete e transporte de cargas interestadual, como é o caso da impugnante, sendo tal atividade tributada pelo ICMS, imposto devido ao Estado do Amazonas.

Não há obrigatoriedade para a realização de escrituração eletrônica (GissOnline), uma vez que tal obrigação acessória é imputada apenas àqueles contribuintes do ISSQN, o que não é o caso, pois a atividade desenvolvida sujeita-se ao ICMS;

A receita de serviços declarada na DRE ECF 2014 é de serviço de transporte interestadual, conforme consta do próprio documento, o que torna incompreensível a autuação ora combatida.

O imposto foi calculado de forma anacrônica, sem qualquer referência a alguma prestação de serviço;

Houve impossibilidade de acesso aos elementos necessários para exercer o direito de defesa, devendo o respectivo ato/processo administrativo ser extirpado do sistema, uma vez que representa, em si, notório desrespeito aos anseios e prescrições consagradas na Carta Magna.

A ausência dos elementos fundamentais no lançamento gera vício insanável, que enseja a respectiva nulidade.

Propugna, ao final, pela nulidade ou improcedência do lançamento.

DA RÉPLICA DA AUTORIDADE FISCAL AUTUANTE

Contestando as argumentações apresentadas pelo Autuado, o Auditor Fiscal autuante, em sua Réplica, às fls. 157-159, apresenta as seguintes considerações:

A Impugnante não apresentou a documentação necessária antes da lavratura do Auto, o único contato com o contador, foi por meio de telefone, o qual informou que enviou a documentação por e-mail, mas após a lavratura do Auto, quatro representantes da empresa compareceram à SEMEF, e no momento da visita, a eles foi solicitada a apresentação do movimento econômico.

A empresa continua em atividade, sem emitir nota fiscal, conseqüentemente sem recolher o ISSQN, embora seja prestadora de serviços.

Diante dos fatos acima expostos, a Primeira Instância Administrativa exarou a **DECISÃO Nº 444/2020 - DIJET/DETRI/SEMEF**, às fls. 160-171, declarando a nulidade do guereado Auto de Infração e Intimação n.º. 201800002884, de 29/11/2018, em vista da deficiência na motivação (comprovação do fato gerador do imposto), cuidando de recorrer da referida Decisão a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF-M, em atendimento ao determinado no Artigo 85, da Lei n.1.697/83,



Seguindo o trâmite normal do processo, o Autuado fora notificado sobre a Decisão exarada pela Primeira Instância Administrativa, conforme ciência em 29/07/2021, assinalada no Termo de Ciência, à fl. 172.

O ilustre Representante Fiscal, em seu Parecer n.º. **PARECER Nº 054/2022 - CARF-M/RF/1ª Câmara**, às fls. 186-189, opinou pelo **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício interposto pelo Órgão Julgador de Primeiro Grau, mantendo a decisão de 1º grau que declarou a nulidade do Auto de Infração e Intimação n. 201800002884, de 29 de novembro de 2018.

É o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração e Intimação deve conter a descrição detalhada e clara da figura do ilícito tributário praticado e vir acompanhado de informações e documentos que comprovam a materialidade da infração, tudo no escopo de garantir ao Autuado o direito ao contraditório e à ampla defesa. O nobre Auditor Fiscal ao lavrar o Auto de Infração e Intimação sob exame não cumpriu tais exigências, uma vez que não apresentou a descrição detalhada e clara do ilícito tributário praticado pelo Autuado, tampouco comprovou a ocorrência do fato gerador, ao deixar de fornecer as informações e a documentação comprobatória da infração respectiva.

À fl. 157, o próprio Auditor Fiscal autuante informa que houve dificuldade quanto à fiscalização do imposto e que seria o arbitramento o meio para conseguir o valor respectivo tributo, alega, ainda, que não houve documentação necessária para a apuração da base de cálculo e que para concluir a fiscalização precisou lavrar o Auto de Infração e Intimação.

É cediço que o lançamento é um procedimento administrativo em que uma autoridade competente verifica a subsunção do fato concreto à hipótese legal, determinando a matéria tributável, mediante a valoração dos seus elementos constitutivos (base de cálculo), a aplicação da alíquota disciplinada na lei para a apuração do montante do tributo devido, a identificação do sujeito passivo, e, sendo o caso, a propositura de penalidade cabível.

Haverá, portanto, sempre um documento exteriorizado daqueles atos, que é o lançamento eficiente para a constituição definitiva do crédito tributário, preparando o título executivo da Fazenda Pública.

E é nesse contexto que se insere o Processo Administrativo Tributário como um instrumento de observância dos princípios da ordem jurídica, visando à justiça fiscal, os princípios jurídicos da Legalidade e do Contraditório e da Ampla Defesa, ambos insculpidos na Carta Magna em seus art. 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).

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa como subprincípio do devido processo legal amplia a transparência administrativa, proporcionando o equilíbrio entre as partes, sem conotações pessoais, tornando as defesas iguais, com decisões objetivas e concisas, conforme foi estabelecido pela vontade do legislador na elaboração da lei, supondo, assim, o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

Nesta esteira e discorrendo sobre o Princípio da Ampla Defesa, leciona o autor Sérgio Ferraz Adilson Abreu Dallari, conforme a seguir:

O primeiro requisito para que alguém possa exercer o direito de defesa de maneira eficiente é saber do que está sendo acusado. Por isso é essencial que qualquer processo punitivo comece pela informação ao acusado daquilo que, precisamente, pesa contra ele. Não basta, por exemplo, publicar edital dizendo que determinada pessoa cometeu infração de trânsito, sem especificá-la; é preciso efetivamente fazer chegar ao acusado a informação precisa de qual específica infração teria sido por ele cometida, com todos os detalhes necessários ao exercício da defesa.

O art. 142, parágrafo único do Código Tributário Nacional ao tratar do lançamento, como um ato vinculado à lei, preceitua quanto aos requisitos a serem atendidos:

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.

O crédito tributário constituído pelo lançamento há de ser perfeito quanto aos seus elementos constitutivos - fato gerador, sujeito passivo, matéria tributável, montante do tributo, disposição legal infringida, cabendo à autoridade lançadora o dever de observar todos os requisitos legais exigidos.

Nesta linha de entendimento, manifestam-se nossos tribunais superiores, em vários julgamentos, conforme podemos verificar da ementa dos dois acórdãos trazidos à colação:

"PROCESSO CIVIL E TRIBUTÁRIO. AGRAVO REGIMENTAL NO RECURSO ESPECIAL. AÇÃO ANULATÓRIA DE DÉBITO FISCAL. INDEFERIMENTO DE PROVA PERICIAL. Juízo DE IMPROCEDÊNCIA FULCRADO EM INSUFICIÊNCIA DE PROVAS. **CERCEAMENTO DE DEFESA EVIDENCIADO.** (destacamos).

(omissis).

2. O juízo de improcedência da ação mantido pelo acórdão recorrido não se baseou em juízo de certeza em face das provas

existentes no processo, **mas na insuficiência dos elementos probatórios apresentados pelo autor nos processos administrativo e judicial.** (destacamos).

Essa constatação acerca da fragilidade da prova apresentada não permite a dispensa da produção da perícia oportunamente postulada sob pena de cerceamento de defesa." (ST). AgRg no REsp n. 1209 I 73/MG, Relator Ministro Benedito Gonçalves - Primeira Turma - D1. 07/12/201 I).

"PROCESSUAL CIVIL E TRIBUTÁRIO. RESPONSABILIDADE OBJETIVA POR INFRAÇÃO À LEGISLAÇÃO TRIBUTÁRIA: ART. 136 DO CTN.

1. É dever do contribuinte ou responsável portar a documentação da mercadoria que transporta.
2. Justificada, no processo administrativo, a ausência dos documentos, por razão relevante, não houve oportunidade de o contribuinte provar a alegação.
3. **Cerceamento de defesa** que afasta a responsabilidade objetiva do art. 136 do CTN.
4. (omissis). (ST1. REsp n. I 17301/RS, Relatora Ministra Eliana Calmon - Segunda Turma. - D1. 04/1 2/2000).

O lançamento do crédito tributário deve atender, ainda, a requisitos legais previstos na Lei municipal n.1.697/83, em seus Artigos 76 e 77, dispõe textualmente:

Art. 76 - A exigência do crédito tributário será formalizado em auto de infração ou notificação de lançamento.

Art. 77 - O auto de infração será lavrado no local da verificação e conterá:

- 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 determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;
- VI. a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função.

Com efeito, estatui, ainda, o Artigo 36, inciso I do Decreto n.º. 681/91, que regulamentou o Processo Administrativo Fiscal no âmbito do Município de Manaus:

Art. 36 - **O ônus da prova** incumbe:

- I. **A fazenda**, quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação; (o grifo não consta do original).

Em assim sendo, evidenciado está que a autoridade lançadora não comprovou a ocorrência do fato gerador durante a realização do procedimento fiscal.

Diante de tudo o que foi exposto, **VOTO** pelo **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício, e pela manutenção integral da **Decisão nº 444/2020 - GECFI/DETRI/SEMEF** exarada em sede de 1º Grau que declarou a nulidade do **Auto de Infração e Intimação nº 201800002884**, de 29 de novembro de 2018 e do crédito tributário dele decorrente.



É o meu voto.

**PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO
ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO**, em Manaus, 12 de
dezembro de 2022.

FRANCISCA ÂNGELA SILVA DE OLIVEIRA

Conselheiro Relatora