

Acórdão n.º 015/2023 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 20 de março de 2023

Recurso n.º 183/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 201800002495)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **BRASIL NORTE BEBIDAS S. A.**

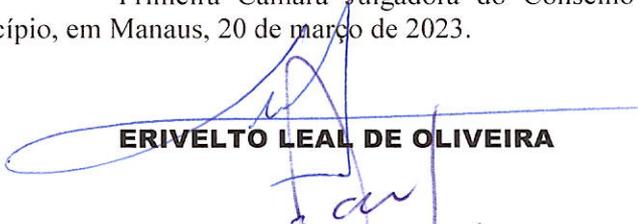
Relator: Conselheiro **JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA**

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. ILEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR DO TRIBUTO. AFRONTA AOS PRINCÍPIOS DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA AO ARTIGO 142, CTN. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DOS RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **BRASIL NORTE BEBIDAS S. A.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, Conhecer e Negar Provimento aos Recursos de Ofício e Voluntário, cancelando-se o Auto de Infação e Intimação n.º 201800002495, de 04 de junho de 2018, tendo sido ratificada a Decisão proferida em Primeiro Grau, nos termos do Relatório e Voto que passam a integrar o presente julgado.

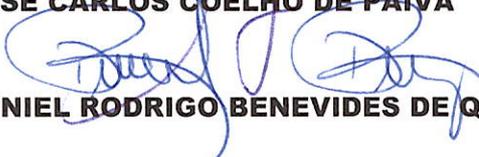
Primeira Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 20 de março de 2023.


ERIVELTO LEAL DE OLIVEIRA

Presidente


JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA

Relator


DENIEL RODRIGO BENEVIDES DE QUEIROZ

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: IVANA DA FONSECA CAMINHA, ERIVALDO LOPES DO VALE, HUBERTO DA COSTA CORRÊA JÚNIOR e ROBERTO SIMÃO BULBOL.



RECURSO Nº 183/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 015/2023 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2018.11209.12628.0.026878
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 201800002495
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: BRASIL NORTE BEBIDAS S. A.
RELATOR: Conselheiro JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA

RELATÓRIO

O assunto em exame trata-se do Recurso de Ofício, ao CARF-M, interposto pela Primeira Instância Administrativa contra a **DECISÃO Nº 025/2021 – DIJET/DETRI/SEMEF**, que julgou **NULO** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 201800002495**, de 04 de junho de 2018, lavrado em desfavor da empresa **BRASIL NORTE BEBIDAS S. A.**, devidamente qualificada nos autos do processo, na qualidade de substitua tributária, em decorrência da ausência de recolhimento do ISSQN incidente sobre a prestação de serviços de leasing, descritos no item 15.09, arrendamento mercantil de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, quando o agente fiscal se deparou com a Decisão Liminar na Ação Cautelar 5.835/DF, então, fez-se necessário formalizar o lançamento tributário através de Auto de Infração para evitar a decadência tributária, uma vez que a Sentença apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário, não a contagem do prazo decadencial. A base de cálculo foi apurada pelo **CONTRATO Nº 1872282 BANCO IBM S. A.**, no valor de R\$ 2.209.407,56, sendo assim, lavrou-se o Auto de Infração por falta de recolhimento do ISS retido na fonte, com o valor do imposto devido, mais as cominações legais. No Quadro Demonstrativo anexo ao Auto de Infração e Intimação, foram discriminados o movimento econômico tributável e o respectivo ISS retido na fonte que deixou de ser recolhido. Foi dado como infringido o Artigo 30, inciso I, da Lei nº 254/1994, com redação dada pelo Artigo 1º, da Lei nº 1.420/2010 c/c Artigo 2º, da Lei nº 1.420/2010 e Artigo 106, II, do CTN, culminando na aplicação da penalidade prevista no Artigo 30, inciso I, da Lei nº 254/1994, com redação dada pela Lei nº 1.420/2010 c/c Artigo 2º, da Lei nº 1.420/2010 que estabelece multa de 50% do valor do imposto devido, totalizando um crédito tributário no valor de R\$ 85.319,89 (Oitenta e Cinco Mil, Trezentos e Dezenove Reais e Oitenta e Nove Centavos).

DAS ALEGAÇÕES DA AUTUADA:

A autuada apresentou sua defesa em Primeira Instância, e, em pequena síntese, alegou os seguintes fatos:

1) Preliminarmente, argui a decadência em relação aos lançamentos em data anterior a julho de 2013, sob a alegação de que a autuada tomou ciência do lançamento em **13 de julho de 2018**, de modo que resta decaído o direito do fisco em realizar o lançamento de qualquer crédito tributário anterior a esta data;

2) Inobservância do princípio da irretroatividade, onde alega que o serviço disposto no item 15.09 foi instituído pela Lei Complementar nº 157/2016, assinada em 31 de maio de 2017 e que, considerando que o fato gerador que embasa o Auto de Infração e Intimação ocorreu em fevereiro e março de 2016, corroborando com o Princípio da Irretroatividade, não há embasamento hábil para que o tomador de serviço seja responsável pelo recolhimento do suposto tributo, ainda que seja devido, conforme a lei que, de fato, se aplica, não constitui uma das exceções previstas no Artigo 3º, da Lei Complementar nº 116/2003, vigente à época do fato gerador e, pelos motivos expostos em linhas pretéritas, aplicável ao caso concreto. Ou seja, o Artigo 3º, XXV, da Lei Complementar nº 116/2003;

3) Vícios, material e formal, alegando a ausência de motivação do lançamento ou ausência de demonstração do fato imponible, o que segundo alega a Impugnante violaria o Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa, impedindo a elaboração detalhada da defesa, bem como por faltar legitimidade da autoridade administrativa na formalização da Auto de Infração em razão de suposta qualificação imprecisa do fato, de forma clara e concreta;

4) No Mérito, alega que a legislação tributária municipal (Lei nº 1.089/2006) afronta a legislação federal (Lei Complementar nº 116/2003), ao atribuir responsabilidade tributária de retenção do ISS à Impugnante (empresa industrial beneficiada por incentivo fiscal), defendendo ser devido o ISS ao Município em que estabelecido o prestador do serviço, invocando Jurisprudência da 1ª Seção do STJ, pugnano pela nulidade do Auto de Infração e Intimação.

5) E, por último, pugna seja julgado totalmente improcedente o lançamento, com o consequente cancelamento do lançamento, ante a afronta ao Princípio da Legalidade, nos termos do Artigo 28 do Decreto nº 681/1991.

DA RÉPLICA DO AUDITOR FISCAL AUTUANTE:

O Auditor Fiscal autuante apresentou sua Réplica, e, em atenção à Impugnação impetrada pelo contribuinte acima qualificado, argumentou que a **“base de cálculo apurada substanciada no relatório de controle contábil (contrato 1872282 IBM S. A. - R\$ 2.209.407,56), ficando esclarecer que o ISSQN devido ficou na Comarca da realização do contrato e não na sede do tomador”**. Sustenta que ao fazer o lançamento do referido Auto de Infração, se deparou com a Decisão Liminar na Ação Cautelar nº 5.835/DF. Então, fez-se necessário formalizar o lançamento tributário, através do Auto de Infração e Intimação, para evitar a decadência tributária, uma vez que a Sentença apenas suspende a exigibilidade do crédito tributário, não a contagem do prazo decadencial.

Por fim, o Auditor Fiscal autuante conclui e sustenta que o referido Auto de Infração foi necessário e oportuno, mas pugna pela nulidade do Auto de Infração e Intimação e deferimento da Impugnação da autuada.

Diante do exposto, o Órgão Julgador de Primeira Instância Administrativa, exarou a **DECISÃO Nº 025/2021 - DIJET/DETRI/SEMEF**, onde julgou **NULO** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 201800002495**. Embora tenha reconhecido a nulidade da autuação, a Decisão também determinou a **“restituição da ação fiscal, nos**

termos o Art. 173, inciso II, do CTN, por tratar-se de fiscalização com caráter homologatório.”, e interpôs Recurso de Ofício ao CARF-M, uma vez que, nos termos do Artigo 85, da Lei nº 1.187/1983, o valor do Auto de Infração e Intimação, nulo, ultrapassa o limite de alçada daquele Órgão.

Em 03 de setembro de 2021, a autuada interpôs Recurso Voluntário a este Conselho, requerendo o Provimento do presente Recurso para que a Decisão recorrida seja parcialmente reformada, reconhecendo-se a nulidade do lançamento por vício material e, por conseguinte, afastando a aplicação do Artigo 173, II, do CTN.

É o Relatório.

V O T O

DOS FATOS E DA FUDAMENTAÇÃO LEGAL:

Antes de analisar o Mérito da Defesa apresentada, é imperioso proceder ao exame dos pressupostos procedimentais de admissibilidade e tempestividade dos Recursos, e ambos os quais entendo terem sido atendidos neste caso.

O Recurso de Ofício interposto pelo Órgão Julgador de Primeiro Grau, contra a Decisão nº 025/2021 – DIJET/DETRI/SEMEF, que julgou Nulo o Auto de Infração e Intimação nº 201800002495, tem como objeto ausência de recolhimento do ISSQN incidente sobre a prestação de serviços de leasing, descritos no item 15.09, arrendamento mercantil de quaisquer bens, inclusive cessão de direitos e obrigações, quando o agente fiscal se deparou com a Decisão Liminar na Ação Cautelar 5.835/DF, então, fez-se necessário formalizar o lançamento tributário através do Auto de Infração para evitar a decadência tributária, uma vez que a sentença apenas suspendia a exigibilidade do crédito tributário, não a contagem do prazo decadencial.

O Órgão Julgador de Primeira Instância tomou a Decisão de nulidade do Auto de Infração de Intimação, baseando-se no seguinte fundamento: *“haja vista a deficiência da motivação (comprovação do fato gerador do imposto) do ato administrativo do lançamento, sendo necessária a reconstituição da ação fiscal, nos termos do Art. 173, inciso II, do CTN, por tratar-se de fiscalização com caráter homologatório.”*

A não comprovação da ocorrência do fato gerador para a validade do lançamento, não apontando, identificando ou juntando os documentos idôneos para determinar os serviços prestados, constitui uma afronta aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa, do devido processo legal.

Vejamos o que diz o Artigo 36, do Decreto nº 681/1991, que regulamenta o processo administrativo fiscal do Município de Manaus, que dispõe o seguinte:



Art. 36 – O ônus da prova incumbe:

I – À Fazenda, quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação:

II – Ao Impugnante, quanto à inoccorrência do fato gerador ou de exclusão do crédito exigido.

Ainda 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 Artigo 142, do 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 o caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo Único – A atividade administrativa de lançamento, é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

Neste caso concreto, ficou claro na Decisão do Órgão Julgador de Primeira Instância e na manifestação do Auditor Fiscal autuante, quando de sua Réplica, que apesar de descrever que a base de cálculo foi consubstanciada no controle contável da empresa autuada, na qual se constatou que o contribuinte por substituição tributária, Impugnante, deixou de reter e recolher o ISSQN no prazo legal, incidente sobre a prestação de serviços de Leasing, descritos no item 15.09 – arrendamento mercantil, de quaisquer bens inclusive cessão de direitos e obrigações, no período de Janeiro de 2013 a Dezembro de 2018 e os enquadrar na Lista de Serviços, não identificou o documento (Notas Fiscais convencionais, contrato) de onde se originaram o fato gerador, uma vez que alegou que a base de cálculo foi oriunda do Contrato nº 1872282 – BANCO IBM S. A., mas não o juntou e nem juntou cópias das Notas Fiscais de Serviços.

Entretanto, compulsando os autos, detectamos o documento que espelha a materialidade contida no Demonstrativo de Crédito Tributário – competência Março de 2016. Trata-se da Ordem de Serviço ao Contrato Master de Arrendamento Mercantil (fls. 12). Nela está consignado o Arrendatário, a Recorrente, e o Arrendador, BANCO IBM S. A., assim como os bens arrendado e os valores do financiamento e demais informações referentes a operação. Naquele documento está bastante claro que o estabelecimento do prestador se situa em São Paulo, logo, de pronto, afasta-se o Município de Manaus como sujeito ativo da relação tributária. Isto porque, conforme decidido pelo STJ, em sede de repercussão geral, a partir da Lei Complementar nº 116/2003, e até que as alterações nela promovidas, em relação ao item 15.09 pelas Leis Complementares nºs 157/2016 e 175/2020, tenham aplicabilidade prática, o sujeito ativo da relação tributária, é o Município da sede do estabelecimento prestador, que no caso é São Paulo.

Ademais, a não comprovação da ocorrência do fato gerador e respectiva apuração da base de cálculo, por documentos idôneos, no que tange a competência Fevereiro de 2016, compromete a validade do lançamento, caracterizando afronta aos

Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa. Portanto, como não estão presentes todos os requisitos legais do Auto de Infração e Intimação, particularmente, aqueles inerentes à descrição e comprovação da ocorrência do fato gerador da obrigação tributária, no seu aspecto material, faz-se necessário considerar a nulidade do Auto de Infração e Intimação.

Cabe a mim aqui também, analisar o Recurso Voluntário interposto pela Recorrente, onde requer que a Decisão recorrida seja particularmente reformada, reconhecendo-se a nulidade do lançamento por vício material e, por conseguinte, afastando a aplicação do Artigo 173, II, do CTN. Conforme afirma nosso Representante Fiscal, em seu **PARECER Nº 069/2022 – CARF-M/RF/1ª Câmara**, a Decisão acolheu as preliminares de nulidade trazidas na Impugnação/Defesa da própria Recorrente, o que indica a falta de interesse recursal prevista no ordenamento processual civil, com previsão de necessidade e utilidade do Recurso para atingir o fim desejado. A própria Decisão ratifica que o agente não cumpriu com todos os requisitos legais do Auto de Infração e Intimação, o que por si só, já ensejaria a necessidade de refazimento da ação fiscal, tendo o cuidado do cumprimento dos requisitos legais e respeitando o período decadencial, bem como o direito ao contraditório e à ampla defesa. Assim sendo, não cabe aqui o provimento do Recurso Voluntário.

Considerando todos os fatos narrados por mim, e, considerando ainda que o valor dos tributos cancelados ultrapassa o limite de alçada do Órgão Julgador de Primeiro Grau, de acordo com o Artigo 85, da Lei nº 1.187/1983, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** dos Recursos de Ofício e Voluntário, interpostos nos presente autos, de forma que seja mantida a Decisão de Primeira Instância Administrativa, de **NULIDADE** da autuação, com o consequente cancelamento do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 201800002495**, de 04 de junho de 2018.

É o meu Voto.

PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 20 de março de 2023.


JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA
Conselheiro Relator