



Acórdão n.º 029/2023 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 22 de maio de 2023

Recurso n.º 122/2021 – CARF-M (A. I. I. n.º 201800002500)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

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

Relatoar: Conselheira **IVANA DA FONSECA CAMINHA**

TRIBUTÁRIO. ISSQN. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ISSQN. AUSÊNCIA DE PROCESSO DE CANCELAMENTO DOS DOCUMENTOS FISCAIS CONSOANTE PREVISÃO DA LEI MUNICIPAL. NULIDADE POR VÍCIO FORMAL POR FALTA DE INDICAÇÃO DOS SUBITENS DA LISTA DE SERVIÇO ANEXAS ÀS LEIS Nº 714/2003 e LEI Nº 2.251/2017 NO QUADRO ANEXO AO LANÇAMENTO. POSSIBILIDADE DO REFAZIMENTO DO LANÇAMENTO NOS TERMOS DO ART. 173, II, DO CTN.

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 Provedimento** ao Recurso Voluntário e Julgar **Provido** o Recurso de Ofício, **anulando-se** o Auto de Infração e Intimação n.º 201800002500, de 05 de junho de 2018, com a possibilidade de refazimento da Ação Fiscal, tendo sido retificada 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, 22 de maio de 2023.


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 122/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 029/2023 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2018.11209.12628.0.026884
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 201800002500
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: BRASIL NORTE BEBIDAS S.A.
RELATORA: Conselheira IVANA DA FONSECA CAMINHA

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos do recurso voluntário e de recurso de ofício interposto pelo órgão julgador de primeiro grau contra **Decisão nº 026/2021-DIJET/DETRI/SEMEF**, que julgou nulo o **Auto de Infração e Intimação nº 201800002500**, de 05/06/2018, lavrado em desfavor do sujeito passivo, por substituição, **BRASIL NORTE BEBIDAS S/A**, em descumprimento do recolhimento do ISSQN não retido na fonte tido como incidente sobre diversos fatos geradores ocorridos nos meses de março/2013 a junho/2016 constantes do Relatório gerado pelo GISS ONLINE, fls. 09 a 37, com infringência ao artigo Art. 2º, Inciso II da Lei n. 1.089/06, acarretando na aplicação da penalidade imposta pelo Art. 30, Inciso I, da Lei n 254/94, combinado com os Arts. 2º da Lei n. 1.420/10 e 106, Inciso II, "c" do CTN, que, juntos, preveem a multa de 50% (cinquenta por cento) sobre o imposto devido, resultando em um crédito tributário no valor de R\$ 187.356,62 (Cento e oitenta sete mil, trezentos e cinquenta e seis reais e sessenta e dois centavos).


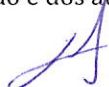
DAS RAZÕES DE IMPUGNAÇÃO

O Autuado, em sede de impugnação, traz as razões de defesa:

Em Preliminar, alega:

- Decadência em relação aos lançamentos em data anterior a julho de 2013, sob a alegação de que a Defendente tomou ciência do lançamento em 13/07/2018, de modo que resta decaído o direito do Fisco em realizar o lançamento de qualquer crédito tributário anterior à 13/07/2013;
- VÍCIOS MATERIAL E FORMAL - 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 do auto de infração em razão de suposta qualificação imprecisa do fato, de forma, clara, concreta e inquestionável, pugna pela nulidade da autuação e dos atos subsequentes;

No mérito, alega:





a) A incorreta apuração dos valores lançados, porque o próprio Município traz na tabela apresentada a indicação das empresas em que há a incidência de "imunidade" e mesmo assim soma ao valor final, supostamente devido, de modo que o valor apurado não condiz com o valor supostamente devido. Foi instituído sem qualquer análise concreta dos lançamentos, corroborando com os demais vícios do auto de infração.

b) Que *Legislação Tributária Municipal (Lei 1.089/06)* afronta a *Legislação Federal (L.C. 116/03)*, ao atribuir responsabilidade tributária de retenção do ISS estando ou não o prestador domiciliado em Manaus, defendendo ser devido o ISS ao município em que estabelecido o prestador do serviço, invocando jurisprudência da 1.^a Seção do STJ, pugnando pela nulidade do AI;

Requer:

1. seja JULGADO TOTALMENTE IMPROCEDENTE O LANÇAMENTO, com o conseqüente cancelamento do lançamento, ante a afronta ao princípio da Legalidade, nos termos do artigo 28 do Decreto 681/91;
2. ou, requer-se a intimação das prestadoras de serviços, para juntar seus registros contábeis referentes às NFs autuadas, de modo que permita ser identificado o valor efetivamente recebido da Impugnante, a fim de comprovar a prestação dos serviços;
3. ALTERNATIVAMENTE, em caso de improcedência do pedido principal de nulidade, seja aplicada a multa em valor condizente com a atual situação econômica da autora, diante dos reiterados prejuízos computados pelo setor sucroalcooleiro, e em respeito aos princípios da proporcionalidade e da razoabilidade, consoante os documentos e provas anexadas aos autos;
4. Protesta-se pelo direito de anexar posteriormente aos autos documentos que confirmem as alegações ora expedidas, ou refutem elementos levantados no curso do processo em seu desabono;
5. A realização de Perícia contábil, nos termos do art. 29, caput, da Lei 681/91, em toda a documentação fiscal da Impugnante, no período autuado, para buscar a verdade real e então comprovar a regularidade das operações realizadas.

DA RÉPLICA DA AUTORIDADE FISCAL AUTUANTE

A Auditora Fiscal autuante, em sua Réplica, à manifesta-se arguindo que: "a base de cálculo foi apurada substanciada no relatório situacional, "NFSe recebidas", sendo emitidas as notas para o tomador que não apresentou justificativa nem o distrato nem a substituição ou outra informação pertinente, infringindo o art. 2º, inciso I da Lei 1.089/2006. Resultando na aplicação da penalidade prevista no art. 30, inciso I, da Lei nº254(94, combinado com o Art. 11, inciso I, da Lei nº. 1.089/06, que estabelece multa de 50% (cinquenta por cento) do imposto devido aos que deixarem de efetuar a retenção na fonte no ato do pagamento, apurado através da ação fiscal. Portanto, o referido auto de infração foi necessário e oportuno, sendo aplicado de acordo com os dispositivos legais pertinentes, uma vez que o contribuinte deixou de atender o cumprimento de obrigação tributária acessória e principal. ".

Diante dos fatos acima expostos, o órgão julgador primário leu a **DECISÃO Nº 287/2020 - DIJET/DETRI/SEMEF**, declarando a nulidade do Auto de Infração e



Intimação nº. 201800002500, de 05/06/2018, interpondo recurso de ofício contra a referida Decisão a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF-M, em atendimento a norma contida no Artigo 85, da Lei n.1.697/83.

Intimado o Autuado, por sua vez, cuidou de apresentar recurso voluntário, às fls. 151/161, em relação apenas a parte da Decisão de piso, a que concluiu ter havido no presente caso, vício formal, requerendo seja a Decisão recorrida parcialmente reformada, reconhecendo-se a nulidade por vício material e, por conseguinte, afastando a aplicação do art. 173, II, do CTN.

Instado a se manifestar, o ilustre Representante Fiscal, nos termos do **Parecer nº 66/2022 – CARF-M/RF/1ª Câmara**, às fls. 218 a 224, 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 em discussão e relativamente ao Recurso voluntário manifestou entendimento de que, considerando que a decisão acolheu as preliminares de nulidades trazidas na impugnação, isto acarreta a falta de interesse recursal.

É o Relatório.

VOTO

De saída, impende destacar que a materialidade da obrigação tributária se encontra plenamente caracterizada pela emissão das Notas Fiscais de Serviços Eletrônica (NFS-e) conforme Relatório gerado pelo sistema GISSONLINE, fls. 09 a 37. Isto posto, não há que se falar em falta de comprovação do fato gerador como alegado pelo Contribuinte em sede de Primeira Instância e afirmada pela Decisão de piso que ora está submetida ao crivo deste Conselho. Ao revés, os fatos geradores, que deram ensejo ao nascimento da obrigação tributária, cujo respectivo crédito está sendo objeto de análise, entendo estarem plenamente caracterizados e somente em caso de não prestação de serviços regularmente comprovada por meio de processo de cancelamento de notas fiscais, importaria na sua desconstituição.

Sob essa perspectiva, a legislação municipal, vigente à época do fato gerador, é clara ao estabelecer a **necessidade de prévio procedimento administrativo destinado ao cancelamento de notas fiscais mesmo quando os serviços não tiverem sido efetivamente prestados**, além de possuir regras inequívocas acerca do procedimento a ser observado pelo contribuinte. São essas legislações: Decreto nº 9.139, de 5 de julho de 2007 e Decreto nº 3.277, de 22 de fevereiro de 2016.

Evidentemente, à luz da legislação municipal, não basta a simples alegação de que não houve a prestação de serviço ou qualquer outro erro ou omissão, há necessidade de serem cumpridos os requisitos de cancelamento de NFSe com a substituição ou não por outra conforme o caso. O Recorrente apenas recusou as NFSe, sem, contudo, comprovar eventual erro de emissão, incorrência do fato gerador, bem como sem providência quanto a solicitação de cancelamento da NFSe junto aos prestadores de serviços, caracterizando descumprimento das normas insertas nos arts. 26 e 35, II, do



atual processo tributário administrativo municipal, Lei n. 3008/2023, que impõem ao impugnante/recorrente provar a inocorrência dos fatos geradores devidamente comprovados e lastreados pelas NFSe conforme relatório de fls. 09/37.

Entretanto, ainda que os fatos geradores tenham sido comprovados pelas NFSe, relatório de fls. 09/37, não se pode deixar de observar que o lançamento possui um vício que o macula em seu nascedouro. É que a autoridade autuante ao juntar ao Auto de Infração e Intimação n. 201800002500, de 05/06/2018 o relatório de fls. 07/39 com vistas a identificar a materialidade, deixou de discriminar, no citado relatório, cada prestação de serviço e sua subsunção aos subitens da lista de serviço, ainda que estes subitens estejam, obrigatoriamente, contidos nas citadas Notas Fiscais.

É que o art. 20 da Lei n. 3.008, de 09 de janeiro de 2023 estabelece como requisitos o seguinte:

Art. 20. 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:

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 ciência do infrator, seu representante legal ou preposto;

VI - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VII - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função e o número de matrícula.

(Grifo não consta do original)

O legislador, ao estabelecer como um dos requisitos de validade dos Autos de Infração “a descrição do fato”, assim agiu com o objetivo de permitir que o contribuinte pudesse identificar os fatos que ele cometeu que ensejassem incidência tributária.

Entretanto, não é o que ocorre no lançamento em análise, tendo em vista que a auditora autuante citou no Auto de Infração o enquadramento tributário, a capitulação legal da infração e a capitulação legal da penalidade, entretanto, no que se refere a descrição dos fatos tidos como infringidos consta do campo “observação da autuação” a remissão aos quadros como complemento do lançamento e neles não se observa a indicação dos subitens da lista de serviços anexa a Lei n. 714, de 30 de outubro de 2003 sucedida pela Lei n. 2. 251, de 02 de outubro de 2017.

Portanto, o ato será ilegal, por vício de forma, quando a lei expressamente a exige ou quando uma finalidade só possa ser alcançada por determinada forma, no caso em questão com a “descrição dos fatos” que ensejaram a autuação.

Com isso, a par de estarem comprovados os fatos geradores que ensejam a incidência de ISS, foi descumprido um ato vinculado relativo à ausência de descrição completa dos fatos (Art. 20, II, da Lei n. 3.008/2023) tornando o Auto de Infração e Intimação nulo desde sua constituição.

Desta feita, na hipótese sob exame, houve falha na descrição dos fatos devido a falta de indicação dos subitens da lista de serviço no multicitado relatório de fls.09/37, todavia, não pode ser considerada como de natureza material, pois se assim fosse, estaria se afirmando que o fato jurídico não existiu.



Aqui chegados, impende apreciar o Recurso Voluntário interposto nos presentes autos, por intermédio do qual o Recorrente alega que o lançamento padece de vício material, posto que entendeu ter havido, no caso, falta de comprovação do fato gerador, entretanto, como evidenciado em linhas pretéritas o fato gerador está devidamente comprovado pelas Notas Fiscais de Serviço eletrônicas emitidas pelos prestadores de serviço enumeradas no relatório de fls. 09/37, restando, pois, devidamente comprovadas as suas ocorrências posto que aquelas operações estão devidamente lastreadas.

Assim, é de clareza solar que o vício que maculou o Auto de Infração em análise, foi formal, uma vez que ao deixar de fazer as subsunções dos serviços prestados aos subitens da lista de serviços anexa a Lei n. 714, de 30 de outubro de 2003 sucedida pela Lei n. 2. 251, de 02 de outubro de 2017, descumpriu a norma inserta no Inciso II, do art. 20 da Lei n. 3.008, de 09 de janeiro de 2023, ou seja, a lei foi maculada no que diz respeito ao procedimento de formalização do lançamento.

Reconhecido o vício formal do lançamento, há a incidência de uma causa interruptiva do prazo decadencial, cujo termo inicial passa a ser a decisão que anulou o lançamento equivocado conforme disposto no artigo 173, inciso II do CTN.

Por tais fundamentos, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO** do Recurso voluntário e pelo provimento do Recurso de ofício, reformando os fundamentos da **DECISÃO nº 026/2021 - DIJET/DETRI/SEMEF** exarada em sede de Primeira Instância, para julgar **NULO**, por vício formal, o Auto de Infração e Intimação n. 201800002500, 05 de junho de 2018, não pela ausência de comprovação do fato gerador como consignado na decisão de piso, mas sim, pela ausência de indicação dos subitens da lista de serviço anexa à Lei n. 714/2003 no Quadro que faz parte integrante do lançamento, com possibilidade de refazimento do lançamento, nos termos do art. 173, II do CTN.

É o meu voto.

PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 22 de maio de 2023.

IVANA DA FONSECA CAMINHA
Conselheira Relatora