

Acórdão n.º 047/2023 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 27 de julho de 2023

Recurso n.º 016/2019 – CARF-M (A. I. I. n.º 20145000391)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **BRASIL NORTE BEBIDAS LTDA.**

Relator: Conselheiro **FRANCISCO MOREIRA FILHO**

TRIBUTÁRIO. ISSQN. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. SERVIÇOS TOMADOS DE PRESTADORES LOCALIZADOS EM OUTROS MUNICÍPIOS. INTELIGÊNCIA DOS ARTIGOS 3º, CAPUT, E 4º DA LC 116/2003. UNIDADE ECONÔMICA OU PROFISSIONAL DO PRESTADOR SITUADA NO MUNICÍPIO DE MANAUS. AUSÊNCIA DE PROVA A CARGO DO FISCO MUNICIPAL. VÍCIO SUBSTANCIAL DE PARCELA DOS CRÉDITOS INTEGRANTES DA EXIGÊNCIA FISCAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. NULIDADE DA AUTUAÇÃO.

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

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 20145000391**, de 22 de dezembro de 2014, tendo sido ratificada a decisão de 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, 27 de julho de 2023.


JULIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA

Presidente, em exercício


FRANCISCO MOREIRA FILHO

Relator


DAVID MATALON NETO

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: PAULO RODRIGUES DE SOUZA, SARAH LIMA CATUNDA, RENÉE FAGUNDES VEIGA e REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS.



RECURSO Nº 016/2019 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 047/2023 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2015.11209.12628.0.002871
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20145000391
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: BRASIL NORTE BEBIDAS LTDA.
RELATOR: Conselheiro FRANCISCO MOREIRA FILHO

RELATÓRIO

A **PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA** recorre de ofício a este egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M – da **Decisão nº 286/2018 – GECFI/DETRI/SEMEF** (fls 66/78), exarada nos autos do Processo nº 2015.11209.12628.0.002871, que julgou **NULO** o Auto de Infração e Intimação - AINF n. 20145000391, lavrado no dia 22 de dezembro de 2014, sob a seguinte ocorrência: “contribuinte acima qualificado, na condição de substituto tributário, no período de fevereiro de 2011 a maio de 2013 não fez a retenção do ISSQN incidente sobre os serviços tomados por ele acompanhados de NFSe, que estão listadas no quadro de ISSQN sem retenção, cujos valores estão consignados no quadro demonstrativo de ISSQN a recolher anexo, parte integrante deste Auto de Infração, infringindo assim a legislação tributária municipal, motivo pelo qual está sendo autuado. Alíquota 5% “

Foi dado como infringido o artigo 2º, Inciso II, da Lei n. 1.089/2006. A penalidade aplicada foi a estabelecida no artigo 30, I, da Lei n.º 254/94, com redação dada pelo art. 1.º da Lei nº 1.420/10 c/c arts. 2.º da Lei nº 1.420/10, e 106, II, “c” do CTN, totalizando o crédito tributário no valor de R\$ 79.126,43 (setenta e nove mil, cento e vinte e seis reais e quarenta e três centavos), equivalente a 1.004,27 Unidades Fiscais do Município.

No caso do presente Auto de Infração, fazem parte da composição as (05) cinco seguintes Notas Fiscais de Serviço, relativo a empresas estabelecidas em outros municípios, relativo as competências 03/2013 e 05/2013, itens da Lista de Serviços 3.02, 14.01 e 17.22.

DATA	NF	PRESTADOR	VALOR	ISS	ITEM
06/03/2013	3370	KRONES DO BRASIL LTDA	273.392,11	13.669,61	14.01
20/03/2013	52114	TECNO3T SIST RASTREAMENTO E MONITORA	8.159,73	407,99	3.02
26/03/2013	1059	IRAD GESTÃO EM RADIOPROTEÇÃO	6.980,00	349,00	17.22
TOTAL			288.531,84	14.426,60	
21/05/2013	55307	TECNO3T SIST RASTREAMENTO E MONITORA	8.159,73	407,99	3.02
21/05/2013	55310	TECNO3T SIST RASTREAMENTO E MONITORA	8.159,73	407,99	3.02
TOTAL			16.319,46	815,98	

DA IMPUGNAÇÃO FORMALIZADA PELA EMPRESA

A empresa autuada protocolou, por meio do Processo n.º 2015.11209.12628.0.002871 a sua impugnação, fls. 10/45, o que arguiu, em síntese, o que segue:

- Nulidade dos autos, por cerceamento do direito de defesa, em decorrência da suposta ausência de motivação do lançamento, alegando que deveria ter havido a prova do que se alega, de forma concreta, clara e inquestionável;

- A legislação tributária de Manaus (art. 2.º, II da Lei n.º 1.089/06) extrapolou os poderes conferidos pela LC n.º 116/2003 (arts. 3.º, 5.º e 6.º), alegando que “que a instituição da responsabilidade de retenção somente poderá ser instituída se esta for realizada em favor do Município em que se localizar o estabelecimento prestador ou no caso do rol taxativo de exceções, trazidos pelo artigo 3º, o que não ocorre neste caso.”;

- Não incidência do ISSQN sobre o valor das peças utilizadas em Contrato de Manutenção de Máquinas, porquanto o objeto do contrato é a prestação de assistência técnica com o fornecimento de peças de reposição/manutenção.

- Que as empresas responsáveis por emitir as NFs não discriminaram os valores relativos à mão de obra (assistência técnica) e os relativos ao valor das peças trocadas durante a manutenção, emitindo uma Nota fiscal com o valor total da prestação + peças. E que “a prestação de serviços de assistência técnica está elencada no subitem 14.01 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar n.º 116/2003, cujo diploma dispõe sobre o Imposto sobre Serviços de Qualquer Natureza (ISSQN), de competência dos Municípios e Distrito Federal.

Desta forma, as prestações desses serviços estão sujeitos exclusivamente à incidência do ISSQN, mas apesar da prestação da assistência técnica sofrer a incidência do ISS, quando a operação envolver a substituição de partes e peças defeituosas, não deve haver a incidência do imposto sobre esta parcela, mas a empresa contratada emitiu o documento englobando o valor total.

Aduz ainda que o imposto que está sendo cobrado referente a essas NFS já foi recolhido no município do prestador de serviços, nos termos das respectivas legislações municipais, não podendo ser novamente cobrados nestes autos, sob pena de configurar a bitributação, evento vedado no ordenamento jurídico pátrio.

- Multa desproporcional;

- Nulidade do lançamento, pelo cerceamento de defesa e por violação ao disposto na LC 116/2003, pelo art. 2.º, II, da Lei n.º 1089/2006; e, alternativamente seja aplicada multa em valor condizente com a atual situação econômica do Autuado;

- Pede, ainda, 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;

- Protesta pela juntada de novos documentos;

- Pede, finalmente, o encaminhamento das intimações para o advogado LUIZ FERNANDO SACHET, OAB/SC e endereço também em Santa Catarina. Juntou documentos de fls. 38/125.



DA RÉPLICA FISCAL

Às fls. 202/205 dos autos, os Auditores Fiscais autuantes manifestam-se em réplica, opinando pela manutenção do Auto de Infração e Intimação- AII, sustentando que:

O AII foi lavrado em consonância com os ditames legais, inexistindo o cerceamento do direito de defesa alegado;

Relativamente ao local do estabelecimento prestador, sustentam que este é onde o prestador de serviço se organiza para prestar o serviço, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outros que venham a ser utilizados, não havendo dúvidas que o mesmo organizou seus materiais, ferramentas e mão-de-obra para prestar os aludidos serviços na cidade de Manaus/AM, local da ocorrência dos fatos geradores e onde o ISS é devido.

Por fim, requerem a manutenção do Auto de Infração e Intimação em lide, sustentando que o Procedimento Administrativo Fiscal, que culminou com a lavratura do Auto de Infração e Intimação nº 20145000391, foi realizado em conformidade com a legislação municipal aplicável, respeitando todos os preceitos disciplinados nestes diplomas legais.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

A Primeira Instância Administrativa, por meio da **DECISÃO nº 286/2018 GECFI/DETRI/SEMEF**, fls. 206/222, **JULGOU NULO** o Auto de Infração e Intimação nº 20145000391.

DO PARECER DO REPRESENTANTE FISCAL

O Douto Representante Fiscal, às fls 234/241, por meio do **Parecer n.º 016/2019 - CARF-M/RF/2ª Câmara**, opinou “pelo **CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO** para manter incólume a decisão primária que julgou nulo o Auto de Infração e Intimação.”

É o Relatório.

VOTO

O Auto de Infração em lide foi lavrado em decorrência do caráter de substituto tributário do ISSQN do responsável, por determinação da Lei 1089/2006, Art. 2º, II, in verbis:

Art. 2º Entende-se como contribuinte substituto as seguintes pessoas jurídicas, localizadas em Manaus, que ficam responsáveis pela retenção e recolhimento do ISSQN incidente sobre os serviços tomados de empresa

ou profissional autônomo com domicílio fiscal dentro ou fora deste município:

II - Empresas industriais beneficiadas por incentivo fiscal federal, estadual ou municipal;

O instituto da responsabilidade tributária está previsto no Artigo 128, do Código Tributário Nacional. Vejamos a norma contida no artigo 128 do CTN:

“Art. 128 – Sem prejuízo do disposto neste Capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-se a este caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.”

Portanto, o contribuinte substituto é sujeito passivo da obrigação tributária, pois está enquadrado nessa categoria da Lei supracitada e deve reter e recolher o imposto devido sobre serviços por ele tomado.

Já o fato gerador do ISS é a prestação de serviço e a emissão da Nota Fiscal é o documento que formaliza as operações, sob o que são identificados os aspectos material, pessoal, temporal e quantitativo do imposto.

A questão central que a Autuada trouxe em sua impugnação está centrada na comprovação de que os serviços, objeto da autuação fiscal, não foram prestados por estabelecimento prestador estabelecido em Manaus. Daí, que a autuação ser indevida.

A definição legal do onde é devido o ISSQN está posta no art. 3º da LC116/2006, em que também constam a exceção à essa regra (incisos I a XXII). Além disso, o art. 4º trouxe o caráter de estabelecimento prestador, em que uma vez presentes seus elementos, será unidade passível de cobrança do imposto:

Art. 4o Considera-se estabelecimento prestador o local onde o contribuinte desenvolva a atividade de prestar serviços, de modo permanente ou temporário, e que configure unidade econômica ou profissional, sendo irrelevantes para caracterizá-lo as denominações de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório de representação ou contato ou quaisquer outras que venham a ser utilizadas.

A autuação fiscal contempla 5 NFS de empresas estabelecidas em outros municípios. Os itens dos Serviços 3.02, 14.01 e 17.22, sob os quais estão declarados e tipificados os serviços, não estão nas exceções do Art. 3º. E também não HÁ qualquer prova comprobatória de que se apresentavam presentes as configurações de “estabelecimento prestador”.

Em suma, há que se considerar, para efeitos de cobrança do ISSQN, o local onde está estabelecido o prestador, ou quando se configure o “estabelecimento prestador” em que se mantém estrutura operacional mínima que lhe permita executar o serviço contratado, ainda que de modo temporário (art. 4º da Lei Complementar nº 116/2003) ou mesmo que irregularmente constituída no município onde ocorre a prestação, "bastando que configure uma unidade econômica ou profissional" (art. 126, III, do CTN).

Nesse sentido:



Endereço: Av. Japurá, Nº 468, Centro, CEP: 69025-020. Telefone: (92) 3215-4950

“Na vigência do revogado art. 12, a, do Decreto-lei 406/68, a competência tributária para a cobrança do ISS era do Município em que localizada a sede do estabelecimento prestador do serviço, ou, na falta deste, do domicílio do contribuinte. Com a superveniência da Lei Complementar 116/2003, nos termos dos seus arts. 3º, caput, e 4º, o tributo passou a ser devido ao Município em que prestado o serviço, desde que ali haja um estabelecimento do contribuinte que configure uma unidade econômica ou profissional, sendo irrelevante a denominação de sede, filial, agência, posto de atendimento, sucursal, escritório ou contato.” (AgInt no AREsp 1074607/SP, Rel. Ministra ASSUETE MAGALHÃES, SEGUNDA TURMA, julgado em 03/10/2017, DJe 13/10/2017)

E os agentes fiscais não trouxeram os elementos para comprovar, nos termos do artigo 36, inciso I, do Decreto nº 681/19917, a existência de unidade econômica ou profissional dos prestadores em Manaus, ainda que irregularmente constituída ou que tenha operado de maneira temporária.

Em face da ocorrência dos fatos relatados, **VOTO** pelo **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício mantendo-se a decisão de primeiro grau que julgou **NULO** o Auto de Infração e Intimação nº 20145000391, de 22 de dezembro de 2014.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 27 de julho de 2023.


FRANCISCO MOREIRA FILHO
Conselheiro Relator