

Acórdão n.º 065/2023 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 09 de novembro de 2023

Recurso n.º 019/2020 – CARF-M (A. I. I. n.º 20145000390)

Recorrente: **BRASIL NORTE BEBIDAS LTDA.**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Relator: Conselheiro **PAULO RODRIGUES DE SOUZA**

TRIBUTÁRIO. ISSQN. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. AUSÊNCIA DE RETENÇÃO DO ISSQN INCIDENTE SOBRE OS SERVIÇOS DE PLANOS DE MEDICINA EM GRUPO PARA PRESTAÇÃO DE ASSISTÊNCIA ODONTOLÓGICA A SEUS EMPREGADOS. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. RETORNO PARA REFORMULAÇÃO DA DECISÃO PRIMÁRIA.

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, **Declarar** a Nulidade da Decisão proferida em Primeiro Grau, procedendo-se a devolução dos autos à Primeira Instância Administrativa para que seja reformulada a Decisão Primária, 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, 09 de novembro de 2023.

FRANCISCO MOREIRA FILHO

Presidente

PAULO RODRIGUES DE SOUZA

Relator

DAVID MATALON NETO

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: SARAH LIMA CATUNDA, JULIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA, REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS e PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO.



RECURSO Nº 019/2020 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 065/2023 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2015.11209.12628.0.002642
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20145000390
RECORRENTE: BRASIL NORTE BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
RELATOR: Conselheiro PAULO RODRIGUES DE SOUZA

RELATÓRIO

A **BRASIL NORTE BEBIDAS LTDA**, apresentou recurso voluntário a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, contra a **Decisão nº 285/2018 GECFI/DETRI/SEMEF**, exarada nos autos do Processo nº 2015.11209.12628.0.002642, fls. 189 a 214, que julgou procedente o **Auto de Infração e Intimação nº 20145000390**, lavrado contra a Recorrente no dia 22 de dezembro de 2014, com ciência no dia 30 de dezembro de 2014, não teria retido e recolhido o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, na condição de substituta tributária, relativo aos serviços de planos de medicina em grupo para prestação de assistência odontológica a seus empregados prestados pela ODONTOPREV S/A, configurando infração ao artigo 2º, inciso II, da Lei 1.089/06, com imposição da penalidade prevista no artigo 30, inciso I, da Lei nº 254/94, com redação dada pelo artigo 1º da Lei nº 1.420/10, nos termos do artigo 2º do mesmo Diploma Legal combinado com o artigo 106, inciso II, alínea “c”, do CTN, resultando na multa de 50% (cinquenta por cento) sobre o valor do imposto devido.

DA IMPUGNAÇÃO

No dia 29/01/2015, a empresa autuada protocolou a sua impugnação, fls 04 a 20, que arguiu, em síntese, o que segue:

I – Que é pessoa jurídica de direito privado devidamente inscrita no CNPJ sob o no. 34.590.315/0001-58, que é fabricante de refrigerantes e refrescos, atuando no comércio atacadista de bebidas, que é fiel cumpridora de seu objeto social e demais obrigações dele decorrentes;

II – Que recebeu do Fisco Municipal em 30/12/2014 a intimação referente ao Auto de Infração por suposta dívida tributária de ISS, pela não retenção do referido tributo referente a serviços de planos de medicina em grupo para prestação de assistência odontológica a seus empregados, serviços estes prestados pela empresa ODONTOPREV S/A;

III – Que a ausência de motivação do lançamento e de demonstração do fato imponible, maculam a legalidade da exigência, pois impedem o conhecimento dos motivos de fato e de direito que fundamentam a substituição tributária e, por consequência, a cobrança;

IV – Que tal ausência maculam a legalidade e violam o princípio do contraditório e o direito à ampla defesa;

V – Que a responsabilidade de retenção somente poderá ser instituída se esta for realizada em favor do município em que se localizar o estabelecimento prestador;

VI – Que a legislação do Município de Barueri/SP, local onde está localizado o estabelecimento prestador, estabelece que o tributo deve ser recolhido naquele município e, portanto, sendo a então Impugnante compelida a recolher novamente o imposto estaria configurando a **BITRIBUTAÇÃO**;

VII – Que a legislação do município de Manaus por suposta não retenção do ISS no percentual de 50% está em desacordo com o sistema constitucional tributário, que veda a utilização do tributo com efeito de confisco;

VIII – Que pugna pela juntada posterior de documentos a fim de que sejam carreados aos autos todos os elementos, dados, informações e documentos necessários ao correto deslinde da causa;

VIX - Que deve ser declarada a nulidade do **AINF**, e que no mérito seja julgado **TOTALMENTE IMPROCEDENTE**;

X – Que, finalmente, de forma alternativa, no caso de improcedência do pedido de nulidade, que a multa seja reduzida, que a **ODONTOPREV S/A** seja intimada a juntar aos autos as NFs e registros contábeis cabíveis, e a realização de Perícia Contábil para buscar a verdade real e então comprovar a regularidade das operações realizadas.

DA RÉPLICA FISCAL

Já em réplica (fls. 181 a 184), os autores da ação fiscal defendem a manutenção do AINF e se posicionam com os seguintes argumentos frente à impugnação formulada pela empresa:

I – Que o AINF foi lavrado em total consonância com o Código Tributário Nacional e especialmente com a legislação tributária do Município de Manaus;

II – Que foram cumpridos os requisitos formais estabelecidos no Decreto 681/91 (Regulamento do Procedimento Administrativo Fiscal - PAF);

III – Que o prestador organizou seus materiais, ferramentas e mão-de-obra para prestar os serviços na cidade de Manaus/AM que é, portanto, o local da ocorrência do Fato Gerador e onde o ISS é devido;

E por fim, considerando os dados relatados, é favorável pela manutenção do presente Auto de Infração.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

O julgador da Gerência do Contencioso Fiscal/DETRI, por meio da **DECISÃO nº 285/2018 - GECFI/DETRI/SEMEF**, fls. 189 a 214, proferida em 07/12/2018, julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **20145000390**.

A decisão primária anexada aos autos, no entanto, contém duas partes dispositivas. A primeira parte, fls. 189 a 207, datada de 28/12/2018, contemplando o relatório, a análise dos requisitos formais da Impugnação, dos pressupostos formais e



materiais do AINF, da apreciação da competência do município para tributar a operação e das provas no Processo Administrativo Fiscal concluiu, em manifesta decisão, pela NULIDADE do AINF em decorrência da deficiência da motivação (comprovação de existência de “unidade econômica ou profissional”), sendo necessária a reconstituição da ação fiscal, nos termos que estabelece o CTN, por se tratar de fiscalização de caráter homologatório. Em decorrência desta manifesta decisão, recorreu de ofício a este CARF-M.

A segunda parte da decisão, fls. 208 a 214, datada de 07/12/2018, portanto antes da proferida na primeira parte da decisão, inicia a apreciação com análise do mérito, relativas ao ISS incidente sobre os planos de saúde e da responsabilidade do contribuinte, substituto tributário, pela retenção na fonte, concluindo pela **PROCEDÊNCIA** do AINF e a consequente intimação do então Impugnante a faculdade de recorrer, no prazo de 30 dias.

Desta decisão, o interessado foi cientificado pessoalmente no dia 21/05/2019.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

No dia 21 de maio de 2019 a **BRASIL NORTE BEBIDAS LTDA.**, tomou ciência da Decisão nº 285/2018 GECFI/DETRI/SEMEF e no dia 19/06/2019 apresentou recurso voluntário a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M.

Em seu Recurso Voluntário, fls. 225 a 240, a Requerente renova os fundamentos pedidos na impugnação e acrescenta a contradição na intimação direcionada a Recorrente. Afirma que “foi juntado ao processo (fls. 208-214) trecho de uma segunda decisão, sem qualquer identificação numérica, bem como estrutura padrão observada na Decisão nº 285/2019, possuindo apenas análise de mérito, informando no final a procedência do Auto de Infração”.

Nesta condição, prossegue a Recorrente, o presente processo encontra-se evitado pelo cerceamento de defesa, por conter decisões diferentes e conflitantes entre si, nos mesmos autos, afirmando, inclusive, que a intimação faz menção às duas decisões.

Assim, em seu pedido, requer a retificação da intimação para que conste a nulidade do Auto de Infração, e, não assim sendo, que seja declarada a nulidade do lançamento por ausência de certeza da efetivação da materialidade do fato jurídico tributário.

O Douto Representante Fiscal, às fls 247 a 252, opina pela declaração de nulidade da decisão primária e retorno dos autos primeira instância para que outra seja proferida em seu lugar.

É o Relatório.

**VOTO**

No caso em questão, houve a lavratura do AII nº 20145000390 em 22/12/2014, com ciência do autuado no dia 30/12/2014. No dia 29/01/2015, de forma tempestiva, o autuado protocolou impugnação ao citado AII. A decisão de primeira instância foi proferida no dia 07/12/2018 e 28/12/2018 com ciência do autuado no dia 19/05/2019. No dia 19/06/2019, de forma tempestiva o Autuado protocolou Recurso Voluntário junto a este CARF-M.

Em relação aos requisitos formais de admissão a Autuada cumpriu com as formalidades previstas na legislação que disciplina o Processo Administrativo Fiscal (PAF Municipal) e no Regimento Interno deste CARF-M, devendo, portanto, o Recurso em análise ser conhecido.

Quanto aos aspectos materiais e de direito, baseia-se o referido recurso na alegação da falta de legitimidade ativa do município de Manaus para a cobrança do ISS que deveria ser retido pela Recorrente em relação aos serviços prestados pela ODONTOPREV S/A, empresa sediada na cidade de Barueri/SP, alegando que os serviços prestados não constavam nas exceções listadas no Art. 3º da LC 116/2001. Decorre então, como apreciado na decisão de Primeira Instância, a necessidade de comprovação da existência “unidade econômica ou profissional” do prestador do serviço na cidade de Manaus para que se possa analisar o mérito relativo ao tributo decorrente.

No entanto, o vício estrutural na decisão emanada em primeiro grau, ofende ao princípio constitucional da plenitude do direito de defesa, como aleta o parecer do douto Representante Fiscal. No caso em questão, a própria ementa da Decisão nº 285/2018 resume a “**NULIDADE DO LANÇAMENTO**”, e no corpo da decisão há a indicação do reexame obrigatório por este CARF-M em decorrência do valor da exoneração.

Assim, não podendo prosperar o presente julgamento de mérito relativo à sujeição passiva e aos valores da referida obrigação tributária, **VOTO** pela declaração de **NULIDADE** da Decisão Primária e o conseqüente retorno aquele órgão de Primeira Instância para que este proceda nova decisão e intimação da Recorrente.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 09 de novembro de 2023.

PAULO RODRIGUES DE SOUZA
Conselheiro Relator