

Acórdão n.º 053/2023 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 18 de setembro de 2023

Recurso n.º 124/2021 – CARF-M (A. I. I. n.º 201800002512)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

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

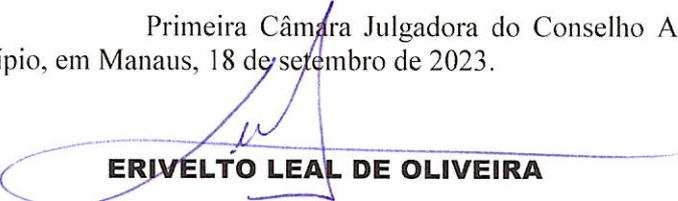
Relator: Conselheiro **ROBERTO SIMÃO BULBOL**

TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. ILEGALIDADE DA AUTUAÇÃO. AFRONTA AO CONTRADITÓRIO E AMPLA DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO ART. 142, DO CTN. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DOS RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE 1º GRAU. CANCELAMENTO DA AUTUAÇÃO.

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 Julgar Improvido** os Recursos de Ofício e Voluntário, **cancelando-se** o Auto de Infração e Intimação n.º 201800002512, de 11 de junho de 2018, tendo sido ratificada a Decisão proferida em Primeira Grau, nos termos do Relatório e Voto que passam a integrar o presente julgado.

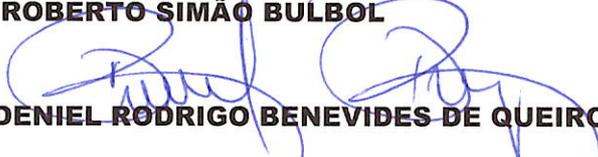
Primeira Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 18 de setembro de 2023.


ERIVELTO LEAL DE OLIVEIRA

Presidente


ROBERTO SIMÃO BULBOL

Relator


DENIEL RODRIGO BENEVIDES DE QUEIROZ

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 IVANA DA FONSECA CAMINHA.



RECURSO Nº 124/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 053/2023 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2018.11209.12628.0.026891
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 201800002512
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: BRASIL NORTE BEBIDAS S. A.
RELATOR: Conselheiro ROBERTO SIMÃO BULBOL

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos do recurso voluntário, bem como de recurso de ofício interposto pelo órgão julgador de primeiro grau contra **Decisão nº 024/2021-DIJET/DETRI/SEMEF**, que julgou nulo o **Auto de Infração e Intimação nº 201800002512**, lavrado em 11/06/2018, com ciência em 13/06/2018, em desfavor de **BRASIL NORTE BEBIDAS S/A**, decorrência da não retenção do ISSQN em relação aos serviços tipificados no subitem 14.02 da Lista de serviços anexa à Lei nº 714/2003, conforme indicado no quadro demonstrativo, totalizando o crédito tributário no valor total de R\$ 168.601,13 (cento e sessenta e oito mil, seiscientos e um reais e treze centavos).

DAS ALEGAÇÕES DA AUTUADA EM SEDE DE IMPUGNAÇÃO

A Autuada, em sede de impugnação, traz as seguintes alegações, às fls. 30-43):

A Autuada, em sede de impugnação, traz as seguintes alegações, às fls. 30-43):

- 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, nos termos do artigo 142 do CTN;

- A legislação tributária de Manaus (art. 2.º, II da Lei n.º 1.089/06) extrapolou os poderes conferidos pela LC nº 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.”;

Requer, “preliminarmente:

1.1) seja declarada a nulidade do lançamento em decorrência do cerceamento de defesa, diante da ausência da documentação que, supostamente, comprova os fatos que ensejaram as exigências fiscais, o que é indispensável à constituição do crédito tributário, falta convicção das infrações apuradas no Auto de Infração ora combatido;

1.2) seja decretada a nulidade integral do Auto de Infração em razão da violação do disposto na LC 116/2003, pelo Art. 2º, inciso II da Lei 1.089/2006;

1.3) seja declarada a nulidade no lançamento em decorrência da manifesta violação do art. 6º, I da LO 1089/2006;”

2) no mérito, seja **JULGADO TOTALMENTE IMPROCEDENTE O LANÇAMENTO ORA QUESTIONADO**, com o conseqüente cancelamento do



lançamento, ante a afronta ao princípio da Legalidade, nos termos do artigo 28 do Decreto 681/91;

3) em não sendo entendimento dos Senhores Julgadores, requer-se a intimação das prestadoras de para juntar seus registros contábeis referentes as NFs autuadas, de modo que permita ser identificado o valor efetivamente recebido da Impugnante, a fim de comprovar a prestação dos serviços;

5) protesta-se pelo direito, nos termos do art. 16, §§4º, 5º e 6º do Decreto n. 70.235/7225, de anexar posteriormente aos autos documentos que confirmem as alegações ora expedidas, ou refutem elementos levantados no curso do processo em seu desabono;

6) 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.”

- Pede, finalmente, o encaminhamento das intimações para o advogado LUIZ FERNANDO SACHET, OAB/SC e endereço também em Santa Catarina.

DA RÉPLICA DA AUTORIDADE FISCAL AUTUANTE

A Auditora Fiscal autuante, em sua Réplica à fl. 56-54, manifesta-se pela 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:

“ Que o contribuinte teria que ter conhecimento da matéria citada, uma vez que o mesmo não pode alegar desconhecimento da mesma sob pena de infringir o art. 3º do Decreto-Lei nº 4.657/42, Lei de Introdução ao Código Civil Brasileiro, e se adequado devidamente em relação a legislação tributária municipal, com o objetivo de que fossem providenciados os meios necessários para o cumprimento de suas obrigações tributárias acessórias, como no caso em tela a devida retenção na fonte dos valores do ISSQN de seus prestadores de serviços, o que deixou de ser feito pelo contribuinte, motivo pelo qual o mesmo foi autuado.”

DA DECISÃO EM PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA

A PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA, por meio da **DECISÃO Nº 525/2020 - DIJET/DETRI/SEMEF**, às fls. 66-73, julgou **NULO** o Auto de Infração e Intimação em epígrafe, 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, bem como interpôs Recurso de Ofício contra a referida Decisão a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF-M, em atendimento ao disposto no artigo 85, da Lei nº 1.697/83.

**DO RECURSO VOLUNTÁRIO**

Cientificado o impugnante da Decisão de Primeira Instância, interpôs Recurso Voluntário, às fls. 92-102, em relação apenas a parte da Decisão de Primeira Instância, 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.

DO PARECER DA REPRESENTANTE FISCAL

O ilustre Representante Fiscal, nos termos do **Parecer nº 068/2022 – CARF-M/RF/1ª Câmara**, às fls. 157-165, opinou pelo **Conhecimento** e **Improvemento** dos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo integralmente 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**

Antes de analisar o mérito da defesa apresentada, é imperioso proceder ao exame dos pressupostos procedimentais de admissibilidade e tempestividade do recurso, e ambos os quais foram atendidos no presente caso.

Para o deslinde da questão posta em discussão é necessário verificar se há possibilidade de prosperar a autuação feita, unicamente, com base nas DCTF's, sem os contratos de câmbio, contrato de prestação de serviços ou outro documento que lhes faça as vezes.

Este CARF-M já teve a oportunidade de se manifestar em casos semelhantes a esse e consolidou entendimento de que somente as DCTFs não são suficientes para a comprovação do fato gerador por lhes faltarem elementos suficientes para se determinar com exatidão a base de cálculo, a data da ocorrência do fato gerador e, a materialidade e subitem da lista.

É que, nos termos do Art. 6o, da Lei n. 714/2003, no caso de importação de serviços, o fato gerador é considerado ocorrido na data de fechamento do contrato de câmbio a partir do qual ocorre o pagamento ou o crédito contábil do serviço tomado do exterior. Logo, a cópia do contrato de câmbio é elemento essencial e indispensável, para comprovação da ocorrência do fato gerador, sua materialidade (tipo de serviço), o momento da sua ocorrência e, por fim, a determinação da base de cálculo. Vejamos a norma:



Art. 6º - São responsáveis pelo crédito tributário do ISSQN as pessoas a seguir enumeradas, observados os critérios de apuração, cálculo e recolhimento estabelecidos na legislação municipal:

I - as pessoas físicas ou jurídicas tomadoras ou intermediárias de serviço proveniente do exterior do País ou cuja prestação se tenha iniciado no exterior do País;

§ 1º - Considera-se ocorrido o fato gerador do ISSQN, na situação prevista no inciso I, na data do pagamento ou crédito contábil do serviço tomado, mediante a conversão em moeda nacional, pelo câmbio oficial estabelecido naquela data.

A falta do contrato de câmbio acarreta o não cumprimento do ônus probatório imposto à Fazenda Pública Municipal quanto ao dever de demonstrar a ocorrência do fato gerador conforme enunciado constante do art. 36 do PAF, que assim dispõe:

Art. 36. O ônus da prova incumbe:

I - À Fazenda, **quanto à ocorrência do fato gerador** da obrigação; (Grifamos)

II - Ao impugnante, quanto à inoocorrência do fato gerador ou de exclusão do crédito exigido.

Por imposição da norma supra transcrita, à Fazenda Pública cabe formalizar a exigência fiscal alicerçada em elementos concretos devidamente demonstrados, rejeitando-se a imputação de obrigações tributárias baseadas em indícios da ocorrência do fato gerador, como é o caso da DCTF, por não possuírem as informações necessárias à determinação e comprovação do fato gerador do ISSQN nos seus aspectos quantitativo (valor da base de cálculo) e temporal (data da ocorrência do fato gerador), assim, não são capazes, sozinhas, de dar sustentação à lavratura do auto de infração em discussão. Pois, como já demonstrado e fundamentado (Art. 6º, § 1º, da Lei Municipal nº 714/2003), o único documento que, sozinho, possui essa qualidade é o contrato de fechamento de câmbio.

Desta feita, verifica-se a fragilidade na apuração do crédito tributário do ISSQN no caso concreto, posto que efetivado com base em informações genéricas extraídas a partir das DCTFs, em detrimento do documento probatório imprescindível que o Contrato de câmbio em total descumprimento da norma contida no artigo 142 do Código Tributário Nacional que obriga a autoridade lançadora determinar e comprovar a ocorrência do fato gerador nos seus aspectos material, pessoal, temporal e quantitativo, é dever da autoridade autuante nos termos do Art. 142 do Código Tributário Nacional – CTN, 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 caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

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



Assim, a falta de comprovação dos fatos tidos como infringidos – que deram origem e fundamentaram o crédito tributário – impede o contribuinte de exercer plenamente seu direito de defesa, configurando o seu cerceamento em total afronta aos Princípios 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."

Assim, ficou claro que na descrição da “ Observação da Autuação ” do AII que a Auditora Fiscal Autuante, embora tenham descrito os serviços tomados e os subsumidos ao Subitem 14.02 da Lista de Serviços, aprovada pela Lei Municipal nº 714/03, deixou, a citada autoridade, de juntar cópias dos documentos idôneos a partir dos quais teria determinado as ocorrências dos fatos geradores, e a composição da base de cálculo, em flagrante afronta aos princípios da Ampla defesa e do Contraditório e ao Art. 142 do CTN, corroborado pelo Art. 36, Inciso I, do PAF.

No que tange ao Recurso voluntário a nobre Representação Fiscal bem evidenciou que a Decisão primária acolheu todas as preliminares arguidas em sede de impugnação o que leva a falta de interesse recursal por lhe faltar o binômio necessidade e utilidade, em virtude de que a própria Decisão recorrida ter destacado existir no caso em tela impossibilidade fático-temporal que enseje qualquer ato revisional do lançamento.

Por tais fundamentos, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** dos Recursos voluntário e de ofício, interpostos, a fim de que seja mantida a decisão de 1º grau que julgou nulo o AI 201800002512, de 11 de junho de 2018.

É o meu voto.

PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 18 de setembro de 2023.

ROBERTO SIMÃO BULBOL

Conselheiro Relator