



Acórdão n.º 047/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 07 de novembro de 2022

Recurso n.º 094/2018 – CARF-M (A.I.I. nº 20175000761)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessado: **API SPE15 – PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**

Relator: Conselheiro **FRANCISCO MOREIRA FILHO**

**TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. FALTA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ISSQN NA FONTE. RECUSA INJUSTIFICADA, PELO TOMADOR, DE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS ELETRÔNICAS. RECONHECIMENTO DECADENCIAL PARCIAL EM PRIMEIRO GRAU. COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO PARCIAL DOS RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO. LANÇAMENTO PARCIALMENTE PROCEDENTE.**

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **API SPE15 – PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO DE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, **Conhecer e Dar Provimento Parcial** aos Recursos de Ofício e Voluntário, mantendo-se o Auto de Infração e Intimação nº 20175000761, de 04 de julho de 2017, declarando a decadência em relação ao meses de Janeiro a Junho/2012, 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, 07 de novembro de 2022.

**PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO**

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, REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS e JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA.



**RECURSO Nº 094/2018 – CARF-M**  
**ACÓRDÃO Nº 047/2022 – SEGUNDA CÂMARA**  
**PROCESSO FISCAL Nº 2017.11209.12628.0.028437**  
**AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20175000761**  
**RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**  
**RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**  
**INTERESSADA: API SPE15 – PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO DE**  
**EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**  
**RELATOR: Conselheiro FRANCISCO MOREIRA FILHO**

## RELATÓRIO

A **PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA** recorre de ofício, e o contribuinte **API SPE15 – PLANEJAMENTO E DESENVOLVIMENTO DE EMPREENDEMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.** recorre, voluntariamente, a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, da **DECISÃO Nº 147/2018 – GECFI/DETRI/SEMEF**, (fls. 78/92), exarada nos autos do **PROCESSO Nº 2017.11209.12628.0.028437**, que julgou **PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20175000761**, lavrado no dia 04 de julho de 2017, conforme **DESIGNAÇÃO DE AÇÃO FISCAL – DAF3 nº 566/2017**, iniciado mediante a lavratura do **TIAFI Nº 14124**, com prazo de 5 (cinco) dias para comprovar os motivos de recusas justificadas de forma consistente das Notas Fiscais de Serviços Eletrônicas do **ANO DE 2012**, registradas no Relatório de Notas Fiscais de Serviços Eletrônicas Recusadas do Sistema GissOnline/SEMEF, e, tendo decorrido o prazo da intimação sem a devida regularização das competências de **JANEIRO, FEVEREIRO, MARÇO, ABRIL, MAIO, JUNHO, JULHO, AGOSTO, SETEMBRO, OUTUBRO e NOVEMBRO/2012**, está sendo autuado pela falta de recolhimento do ISSQN, calculado sob a alíquota de 5% (cinco por cento), e o valor está no Quadro Demonstrativo de ISSQN a Recolher. Foi dado como infringido o Artigo 2º, inciso II, da Lei nº 1.089/2006, culminando na aplicação de multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto nos termos do 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, cujo crédito tributário, na data de 04/07/2017, totalizava R\$ 402.729,60 (quatrocentos e dois mil, setecentos e vinte e nove reais e sessenta centavos), equivalentes a 4.033,75 UFM's – Unidades Fiscais do Município.

### DA IMPUGNAÇÃO FORMALIZADA PELA EMPRESA:

A empresa autuada protocolou, por meio do **PROCESSO Nº 2017.11209.12613.0.030433**, a sua Impugnação, onde arguiu, em síntese, o que segue:

▪ Afinal, ao fazê-lo, ela formaliza que o contido no documento fiscal não corresponde à verdade dos fatos. Especialmente, indica a tomadora que não houve a prestação de serviços como descrita no documento fiscal, incumbindo ao prestador a



emissão correta, ou as medidas a fim de cobrar os valores indicados em Nota Fiscal, a partir da demonstração da prestação de serviços como pactuado entre as partes;

▪ Assim, no caso concreto presente, os prestadores de serviços em referência são partes que já realizaram contratos junto à Impugnante, sendo estes cumpridos, com a devida emissão de documento fiscal atinente à prestação de serviços, e pagamento pela Impugnante de tais serviços, com a devida retenção e recolhimento dos tributos incidentes, dentre os quais o ISS;

▪ Não obstante, as Notas Fiscais de Serviço relacionadas no Auto de Infração não compõem o rol de contratos cumpridos e NFS corretamente emitidas, em verdade, a Impugnante desconhece em absoluto a que se referem tais documentos fiscais, sendo certo que não se referem a serviços efetivamente tomados por si;

▪ Há então, evidente impossibilidade de a Impugnante produzir prova cabal da inexistência de tal prestação, ante o ilogismo e descabimento da prova negativa. Especialmente, não cabe a si a produção de prova no caso concreto, mas, sim, à Administração Tributária, uma vez que haverá de ser demonstrada a ocorrência do fato gerador, nos termos da legislação já indicada;

▪ Desta forma, o Auto de Infração e Intimação é manifestamente nulo na medida em que deixou a Fiscalização de produzir os elementos de prova necessários quanto aos fatos que deram azo ao lançamento de ofício, por ofensa ao Artigo 142, do Código Tributário Nacional e Artigo 59, inciso II, c/c Artigo 10, ambos do Decreto nº 70.235/1972, e,

▪ Requer seja reconhecida a incidência da decadência sobre os créditos tributários referentes aos fatos geradores ocorridos até de 06/07/2012, uma vez que a constituição do débito se deu em 06/07/2017, para cancelamento dos valores referentes a tais fatos geradores anteriores contidos no Auto de Infração vergastado.

#### **DA RÉPLICA FISCAL:**

A agente fiscal autuante, em sua Réplica manifestou-se pela manutenção da autuação fiscal e trouxe os seguintes argumentos:

▪ A lei municipal que trata de substituição tributária, afasta o prestador prevendo o encargo ao tomador, que fica obrigado a reter e recolher o ISS aos cofres municipais, desta feita, descabe qualquer tentativa de cobrança do ISS ao prestador de serviços;

▪ As Notas Fiscais de Serviços Eletrônicas recusadas pelo tomador continuam válidas nas declarações do prestador de serviços; A emissão de NFSe comprova a prestação de serviços;



▪ A autuada foi notificada para prestar esclarecimentos acerca da recusa e, após, transcorrido o prazo assinalado por lei, nada apresentou, razão porque foi autuada. Qualquer problema com a emissão da NFSe o tomador deve resolvê-lo com o prestador; Nos termos do Artigo 2º, inciso I, da Lei nº 1.089/2006 a autuada é enquadrada como substituto tributário; obrigado a reter e recolher o ISSQN.

#### **DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA:**

A Primeira Instância Administrativa, por meio da **DECISÃO Nº 147/2018** - **GECFI/DETRI/SEMEF**, fls. 564/575, julgou **PARCIALENTE PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 201150000761**, declarando a decadência em relação aos meses de Janeiro, Fevereiro, Março, Abril, Maio, Junho de 2012 e mantendo o crédito tributário em relação aos meses de Julho, Agosto, Setembro, Outubro e Novembro de 2012.

#### **DO RECURSO VOLUNTÁRIO AO CARF-M:**

Em seu Recurso Voluntário, a empresa autuada sustenta, em síntese: **(i)** a nulidade da autuação, *“na medida em que deixou a fiscalização de produzir os elementos de prova necessários quanto aos fatos que deram azo ao lançamento de ofício”* (fl. 145); e, **(ii)** a inocorrência dos fatos geradores compreendidos pela autuação.

#### **DO PARECER DO REPRESENTANTE FISCAL:**

O Douto Representante Fiscal, às fls 220/231, opinou *“pelo CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DE AMBOS OS RECURSOS, VOLUNTÁRIO E DE OFÍCIO, para manter a decisão primária em todos os seus termos”*.

**É o Relatório.**

Pelos fatos e comprovações que constam dos autos, vimos que o Auto de Infração foi lavrado em decorrência do caráter de substituto tributário do ISSQN do responsável, conforme está previsto na Lei nº 1.089/2006, Artigo 2º, I, “*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:***

***I – Incorporadoras, construtoras, empreiteiras e administradoras de obras hidráulicas, de construção ou de reparação de edifícios, estradas, logradouros, pontes e congêneres;***

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

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

No caso, os sistemas da SEMEF apontaram que houve a emissão de Notas Fiscais de Serviços eletrônica – NFSe tendo como tomador (substituto tributário) das prestações de serviço a empresa autuada e esta não reteve e nem recolheu o ISSQN correspondente. Além disso, não tomou qualquer providência junto aos prestadores quanto a cancelamento desses documentos fiscais. Por isso, ficou o imposto pendente de recolhimento com a responsabilidade de reter e recolher para o tomador.

Daí, a providência da autuação fiscal, após a constação dessas fatos, como afirma a autoridade fiscal em sua Réplica:

***“A obrigação do Município é verificar se o contribuinte está cumprindo com o que determina a legislação e as normas municipais e também analisar o requerimento do prestador referente ao cancelamento da nota fiscal eletrônica emitida indevidamente.”***

Quanto à questão de que ocorreu a decadência do crédito ocorrido até 06/07/2012, uma vez que houve a formalização da lavratura em 06/07/2017, recorreremos às determinações dos Artigos 150 e 173, do CTN, que disciplinam essa matéria.

Nos termos do Artigo 150, § 4º, do CTN, temos que nos lançamentos por homologação, caso do ISSQN, o direito da Fazenda Pública se pronunciar sobre o pagamento antecipado pelo contribuinte será de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador.



Os Tribunais Superiores têm entendimento consolidado de que se não houver nenhum pagamento antecipado não haveria o que o fisco homologar. Assim, nessa configuração, o prazo decadencial será de cinco anos contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado. Aplica-se nessa situação o Artigo 173, I, do CTN.

No caso dos presentes autos, houve a comprovação pelo Julgador de Primeira Instância junto ao Sistema GISS ONLINE da SEMEF de que a autuada procedeu ao pagamento do imposto no período da autuação, logo se aplica o prazo de que trata o Artigo 150, § 4º, do CTN. Portanto, neste caso, o período, objeto da autuação, os valores relativos às competências de Janeiro, Fevereiro, Março, Abril, Maio e Junho de 2012 foram atingidos pela decadência.

Ao recusar as NFSe sem a comprovação do erro ou qualquer outra providência junto à SEMEF para o cancelamento das NFSe dos prestadores, o tomador, empresa autuada, foi inserido como devedor responsável pelo ISSQN, nos termos do Artigo 37, do Decreto nº 681, de 11 de julho de 1991 (PAF Municipal):

**Art. 37 - O ônus da prova incumbe:**

***I - A fazenda, quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação;***

***II - Ao impugnante, quanto à inoccorrência do fato gerador ou de exclusão do crédito exigido.*** (Grifo nosso).

Em face da ocorrência dos fatos relatados, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** dos Recursos de Ofício e Voluntário mantendo-se a Decisão de Primeiro Grau que julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20175000761**, 04 de julho de 2017, declarando a **DECADÊNCIA** em relação aos meses de **JANEIRO, FEVEREIRO, MARÇO, ABRIL, MAIO** e **JUNHO/2012** e **MANTENDO** o crédito tributário em relação aos meses de **JULHO, AGOSTO, SETEMBRO, OUTUBRO** e **NOVEMBRO/2012**.

**É o meu voto.**

**SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO**, em Manaus, 07 de novembro de 2022.



**FRANCISCO MOREIRA FILHO**  
Conselheiro Relator