

Acórdão n.º 007/2023 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 14 de fevereiro de 2023

Recurso n.º 096/2018 – CARF-M (A. I. I. n.º 20175000522)

Recorrente: **DIRECIONAL ENGENHARIA S. A.**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

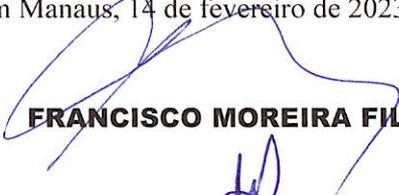
Relator: Conselheiro **PAULO RODRIGUES DE SOUZA**

ISSQN. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO. DEVER DE RETENÇÃO NA FONTE E RECOLHIMENTO DO ISSQN. RECUSA INJUSTIFICADA DA NOTA FISCAL DE SERVIÇO ELETRÔNICA- NFSe. AUTO DE INFRAÇÃO PROVIDO. DESISTÊNCIA TÁCITA DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **DIRECIONAL ENGENHARIA S. A.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, **Não Conhecer** o Recurso Voluntário, **declarando-se** a Renúncia Tácita em relação ao Contencioso Administrativo, 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, 14 de fevereiro 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 RENÉE FAGUNDES VEIGA.



RECURSO Nº 096/2018 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 007/2023 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2017.11209.12628.0.025512
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20175000522
RECORRENTE: DIRECIONAL ENGENHARIA S.A
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
RELATOR: Conselheiro PAULO RODRIGUES DE SOUZA

RELATÓRIO

DIRECIONAL ENGENHARIA S.A., apresentou recurso voluntário a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, contra a **Decisão nº 142/2018 GECFI/DETRI/SEMEF**, exarada nos autos do Processo nº 2017.11209.12628.0.025512, fls. 62 a 77, que julgou procedente o Auto de Infração e Intimação - AINF n. 20175000522, lavrado contra a Recorrente no dia 7 de junho de 2017, com ciência no dia 8 de junho de 2017, por que, no mês de abril de 2013, não teria retido e recolhido o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, na condição de substituta tributária, relativo aos serviços que foram objeto de Notas Fiscais Eletrônicas – NFS-e – emitidas por seus prestadores e, sem justificativa comprovada, as teria recusado, configurando infração ao artigo 2º, inciso I, 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, de aplicação retroativa 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 07/07/2017, a empresa autuada protocolou a sua impugnação, fls 23 a 43, que arguiu, em síntese, o que segue:

I – Que é pessoa jurídica de direito privado e exerce sua atividade de no setor de construção de empreendimentos há diversos anos no mercado local;

II – Que, muito embora tenha cumprido com todos os seus deveres, houve a lavratura de Termo de Início de Ação Fiscal – TIAFI em razão do suposto não recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, decorrente das inconsistências pendentes na área de aceite não justificada das NFS-e, referente aos serviços tomados de terceiros em diversos períodos, tendo sido lavrados em decorrência 16(dezesseis) Autos de Infração e Intimação;

III – Que, na qualidade de substituto tributário, em razão da inexistência de serviço prestado, deixou de recolher o tributo à Prefeitura, uma vez que não houve a ocorrência de hipótese de incidência nos casos citados, não tendo, portanto, ocorrido o fato gerador, em decorrência das notas fiscais terem sido devidamente canceladas;



IV – Que as notas fiscais que foram corretamente lançadas no sistema da Prefeitura de Manaus, tiveram sua aceitação formalizada e o imposto de competência do Município de Manaus foi devidamente pago;

V – Que, no entanto, as notas fiscais que não constavam no sistema, foram recusadas nos respectivos períodos de apuração do imposto;

VI – Que, se não houve prestação de serviço na situação em concreto, de modo que não ocorreu o fato gerador, não pode o tributo ser cobrado da empresa Impugnante;

VII – Que a empresa Impugnante encontra-se devidamente regularizada perante a Secretaria Municipal de Finanças e seu Boletim de Cadastro Mercantil possui todas as informações corretas, de modo que não poderá ser autuada por se enquadrar como substituta tributária;

VIII - Que, subsidiariamente, na hipótese de não aceita a tese destacada, em se considerando a monta da sanção aplicada de 50% (cinquenta por cento) ser medida com efeito equivalente ao confiscatório, tendo em vista que o STF já julgou como confiscatória a imposição de multas em patamar semelhante aos instituídos pela fundamentação legal do Auto de Infração;

IX – Que, em se considerando o efeito confiscatório, a multa imposta seja reduzida para o percentual de 20%;

DA RÉPLICA FISCAL

Já em réplica (fls. 61 a 70), a auditora fiscal autora da fiscalização se posiciona com os seguintes argumentos frente à impugnação formulada pela empresa:

I – Que a fiscalização pontual ocorreu em consequência das inconsistências apontadas no sistema de escrituração fiscal gissonline, tendo em vista que as notas recusadas pelo tomador não foram devidamente canceladas não tendo sido detectado processo válido comunicando o cancelamento por parte do prestador e do tomador;

II – Que após o início da fiscalização o Impugnante recolheu o tributo de diversas notas fiscais apontadas nos relatórios de inconsistências e deixou de recolher outras, motivo pelo qual foi atuado;

III – Que o valor da multa foi estabelecido tendo como base a legislação pertinente.

Por fim, se manifesta pela manutenção do Auto de Infração.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

O julgador da Gerência do Contencioso Fiscal/DETRI, por meio da DECISÃO n.º 142/2018 - GEFCI/DETRI/SEMEF, fls. 62 a 76, proferida em 20/07/2018, julgou PROCEDENTE o Auto de Infração N. 20175000522.

Após análise dos pressupostos objetivos da defesa, o julgador de primeira instancia concluiu que foram atendidos os requisitos legais e considerou a impugnação tempestiva.

Quanto aos pressupostos formais e matérias do Auto de Infração e Intimação, o julgador de primeira instancia considerou que todos os requisitos legais foram cumpridos pela autoridade administrativa, sendo possível concluir que a Contribuinte não sofreu cerceamento em seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

Quanto à questão da alegação do efeito de confisco, o julgador primário refuta a arguição do impugnante com a assertiva de que ao agente lançador é defeso emitir juízo de valor das normas aplicáveis à espécie fiscalizada para deixar de aplicá-la sob pena de responsabilidade funcional. De mais a mais, prossegue o julgador, a fixação das penalidades e dos respectivos valores é atribuição do legislador.

Quanto à relação Jurídico-Tributária, a autoridade julgadora concluiu, pelos fundamentos lá expostos, que, no caso da substituição tributária, o único sujeito passivo da relação jurídica tributária é o substituto, nunca, jamais, o substituído. A Autuada, por ser de forma inequívoca “contribuinte substituto”, é dela a responsabilidade de reter e recolher o imposto devido nas prestações de serviço que tomar e, à luz da legislação, está o substituto tributário obrigado ao recolhimento integral do imposto devido, multa e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada ou não a sua retenção na fonte.

Em relação à análise da materialidade do lançamento, o julgador de primeira instância concluiu que a autoridade lançadora comprovou a ocorrência do fato gerador através da indicação das Notas Fiscais Eletrônicas emitidas em face do Autuado, e que, por sua vez o tomador Impugnante possuía o conhecimento das inconsistências geradas por meio do sistema GISS ONLINE tanto que juntou em sua defesa a relação de todas as Notas Fiscais recusadas, deixando de providenciar junto ao prestador a solicitação de cancelamento das mesmas com vistas a comprovar a inoccorrência do fato gerador.

Por fim, em sua decisão, o Julgador de Primeira Instância concluiu que as razões de impugnação trazidas aos autos não possuíam o condão de desconstituir o crédito tributário e que este foi lançado com observação aos ditames legais. Assim, prossegue em sua conclusão o julgador, que verificada a infração por parte da Autuada ao art. 2º, II, da Lei n. 1.089/2006, referente à falta de retenção e recolhimento do ISSQN no prazo legal, seria, a princípio, aplicável a penalidade correspondente ao art. 30, I da Lei n. 254/94, com alteração introduzida pela Lei n. 1.089, de 29 de dezembro de 2006, lei tributária vigente à época do fato gerador. Entretanto, com a publicação da Lei n. 1.420/10 que, por intermédio do art. 1º alterou o art. 30, I, da Lei n. 254, foi reduzida a multa de 60% para 50%, aplicando-se ao caso concreto a retroatividade benigna de que trata o art. 106, II, “c” do Código Tributário Nacional- CTN, sendo, portanto, correta a aplicação da penalidade por parte da autoridade lançadora.

Do Recurso Voluntário

No dia 05 de novembro de 2018 a DIRECIONAL ENGENHARIA S.A tomou ciência da **Decisão nº 142/2018 GECFI/DETRI/SEMEF** e no dia 04/12/2018 apresentou recurso voluntário a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M.

Em seu Recurso Voluntário, fls. 84 a 92, a Requerente renova os fundamentos pedidos na impugnação e requer que toda autuação e sanção pecuniária em seu desfavor seja reconsiderada pelo Poder Público, de modo que o Auto de Infração seja totalmente cancelado e o processo administrativo devidamente arquivado. No caso do não acolhimento deste pedido que a multa arbitrada seja reduzida para o patamar mínimo de 20% (vinte por cento).

Douto Representante Fiscal, às fls 124 e 125, por meio de DESPACHO, informou que, após a interposição do recurso voluntário, tomou conhecimento da



tramitação da Ação Anulatória nº 062954517.2019.8.04.0001, na qual a Autuada se insurge contra oito autos de infração, entre eles o que é objeto do presente processo administrativo fiscal, e tendo apurado que referida ação judicial culminou na suspensão da exigibilidade, entre outros, do AII em foco.

No entanto, prossegue o Ilustre Representante Fiscal, a Autuada deixou de formular pedido expresso de desistência ou mesmo de comunicar a judicialização da questão, razão pela qual, NÃO há como fazer incidir o parágrafo único do artigo 57 do Regimento Interno do CARF, segundo o qual, “formalizada a desistência, a Secretaria do CARF-M, lavrará o termo de encerramento do recurso, extinguindo-se o litígio”.

Por fim, não havendo pedido expresso da Autuada nesse sentido, considerando a lacuna normativa sobre a matéria, recomenda o Douto Representante Fiscal a submissão da aplicação do disposto no parágrafo único do artigo 38 da Lei de Execução Fiscal, combinado com as diretrizes do PAF, por medida de cautela, para que seja apreciada e declarada pelo colegiado desta 2ª. Câmara (CARF-M), a desistência tácita do recurso voluntário interposto.

É o Relatório.

VOTO

No caso em questão, houve a lavratura do **AII nº 20175000522** em 7/6/2017, com ciência do autuado no dia 8/6/2017. No dia 7/7/2017, de forma tempestiva, o autuado protocolou impugnação ao citado AII. A decisão de primeira instância foi proferida no dia 20/07/2018 com ciência do autuado no dia 5/11/2018. No dia 4/12/2018, de forma tempestiva o Autuado protocolou Recurso Voluntário junto a este CARF-M.

No que diz respeito aos aspectos formais observou-se que todos os requisitos previstos no Processo Administrativo Fiscal (PAF Municipal) e no Regimento Interno deste CARF-M, foram cumpridos, indicando a tendência de admissibilidade do Recurso Voluntário. No entanto, pelo fato superveniente trazido aos autos pelo Douto Representante Fiscal, conduzem a apreciação da possibilidade ou não da **DECLARAÇÃO DE DESISTÊNCIA TÁCITA** do Recurso Voluntário interposto.

Neste sentido, a propositura pelo sujeito passivo de ação por qualquer modalidade processual judicial, antes ou depois do lançamento de ofício, afasta da apreciação por meio de processo administrativo do mesmo objeto, sendo cabível apenas a apreciação, pelo órgão de julgamento administrativo, de matéria distinta da constante do processo judicial.

Tal entendimento encontra amparo em vasta jurisprudência dos Tribunais Pátrios, conforme decisões a seguir:

TRIBUTÁRIO. MANDADO DE SEGURANÇA. DISCUSSÃO JUDICIAL DA MATÉRIA. RENÚNCIA PELA VIA ADMINISTRATIVA. RECURSO VOLUNTÁRIO SEGUIMENTO INDEFERIDO. Segundo o princípio da unidade da jurisdição, havendo concomitância entre o objeto da discussão administrativa e o da lide judicial, tendo ambos origem na mesma relação jurídica de direito material, torna-se despicienda a defesa



na via administrativa, uma vez que esta se subjeta ao versado naquela outra, em face da preponderância do mérito pronunciado na instância judicial (preclusão lógica). (STJ – Ag: 1394327, Relator: Ministro Humberto Martins, data de publicação: DJ 26/04/2011)

AGRAVO DE INSTRUMENTO. AÇÃO ANULATÓRIA E PROCESSO ADMINISTRATIVO. PREPONDERÂNCIA DA DECISÃO NA ESFERA JUDICIAL. 1. O ajuizamento de ação judicial que discute o mesmo crédito tributário também discutido em processo administrativo, implica em renúncia ao recurso interposto nesta esfera, prevalecendo o mérito pronunciado na esfera judicial. 2. Hipótese em que, em consonância ao princípio da jurisdição, a continuidade do debate administrativo é totalmente incompatível com a opção pela ação judicial, e não o contrário, devendo ser reformada a decisão agravada que determinou o sobrestamento do feito. (TRF-4 – Ag: 502978108201540400005029781-08.2015.404.0000, Relator: Maria de Fátima Freitas Labarrére, data de julgamento: 17/08/2016, primeira turma)

TRIBUTÁRIO. DISCUSSÃO JUDICIAL DA MATÉRIA. RENÚNCIA PELA VIA ADMINISTRATIVA. PREPONDERÂNCIA DA DECISÃO NA SEARA JUDICIAL. CERTIFICADO DE REGULARIDADE FISCAL. INCABIMENTO. 1. O ajuizamento de ação judicial discutindo o mesmo crédito tributário implica em renúncia ao recurso interposto na esfera administrativa. Portando, se o autor interpôs recurso administrativo com o fito de suspender a exigibilidade dos tributos em discussão, este restou tacitamente renunciado. 2. Não é possível a simultânea de processo administrativo e judicial discutindo exatamente a mesma matéria, em razão da preponderância do mérito pronunciado na via judicial. 3. A ação ordinária ajuizada não suspendeu a exigibilidade do crédito tributário, pois não houve concessão da tutela antecipada. 4. Não se tem notícia nos autos de que o débito tributário em testilha esteja amparado em qualquer hipótese concessiva de suspensão da exigibilidade. Logo, presente causa impeditiva de expedição de certificado de regularidade fiscal, mesmo na forma prevista do art. 206 do CTN. (TRF – 4 – AC: 18334320094047108 RS 0001863-432009.404.7108, Relator: Joel Ilan Paciornik, data de julgamento: 19/05/2010, primeira turma, data de publicação: D.E. 15/06/2010).

Por outro lado, conforme a decisão primária, todos os requisitos formais e materiais foram observados no ato da lavratura do Auto de Infração em análise. Assim, encontra-se apto a produzir os regulares efeitos inerentes ao ato administrativo, visto que os requisitos indispensáveis de constituição e desenvolvimento válido foram observados, atendendo fielmente aos requisitos de validade do lançamento de ofício, dispostos no art. 142 do CTN a seguir transcrito:

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 funcional.



Em face da ocorrência dos fatos relatados, **VOTO PELO NÃO CONHECIMENTO** do Recurso Voluntário e pela **DECLARAÇÃO DE DESISTÊNCIA TÁCITA** em relação ao Contencioso Administrativo.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 14 de fevereiro de 2023.


PAULO RODRIGUES DE SOUZA
Conselheiro Relator