

Acórdão n.º 035/2023 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 19 de junho de 2023

Recurso n.º 019/2022 – CARF-M (A. I. I. n.º 20175000488)

Recorrente: **BRASIL NORTE BEBIDAS LTDA.**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Relator: Conselheiro **JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA**

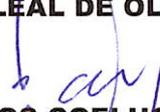
TRIBUTÁRIO. ISSQN. PROVA DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. NOTA FISCAL DE SERVIÇOS ELETRÔNICA EMITIDA E NÃO CANCELADA. PRINCÍPIO DA LIVRE APRECIÇÃO DA PROVA. ÔNUS DA PROVA. NÃO APLICAÇÃO DA MULTA CONSIDERANDO-SE A RETROATIVIDADE DA NORMA MAIS BENÉFICA. ARTIGO 23, INCISO II DA LEI 2833/2021 C/C O PRINCÍPIO DA RETROATIVIDADE BENIGNA, ART. 106, INCISO II, ALÍNEA “C” DO CTN.

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

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, **Conhecer e Negar Provento** ao Recurso Voluntário, **mantendo-se** o Auto de Infração e Intimação n.º 20175000488, de 31 de maio de 2017, com a exclusão da multa por infração, em razão de alteração legislativa editada após o lançamento, 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, 19 de junho de 2023.


ERIVELTO LEAL DE OLIVEIRA Presidente


JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA Relator


DENIEL RODRIGO BENEVIDES DE QUEIROZ Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: FRANCISCA ÂNGELA SILVA DE OLIVEIRA, ERIVALDO LOPES DO VALE, IVANA DA FONSECA CAMINHA e ROBERTO SIMÃO BULBOL.



RECURSO Nº 019/2022 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 035/2023 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2017.11209.12628.0.024268
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20175000488
RECORRENTE: BRASIL NORTE BEBIDAS LTDA.
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
RELATOR: Conselheiro JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA

RELATÓRIO

O assunto em exame trata-se do Recurso Voluntário ao CARF-M, interposto pela empresa **BRASIL NORTE BEBIDAS LTDA** contra a **Decisão Nº 434/2020 – DIJET/DETRI/SEMEF**, que julgou **PROCEDENTE** o **Auto de Infração e Intimação N.º 20175000488**, de 31 de maio de 2017, lavrado em desfavor da empresa recorrente, devidamente qualificada nos autos do processo, na qualidade de substituta tributária, em descumprimento do recolhimento do ISSQN não retido na fonte tido como incidente sobre diversos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro/2012 a dezembro/ 2012 constantes do Relatório gerado pelo GISS ONLINE, com infringência ao artigo Art. 2º, Inciso II da Lei n. 1.089/06, acarretando na aplicação da penalidade imposta pelo Art. 30, Inciso I, da Lei n 254/94, com redação dada pelo Art. 2º da Lei n. 1.420/10, resultando em um crédito tributário no valor de R\$ 39.411,84 (trinta e nove mil, quatrocentos e onze reais e oitenta e quatro centavos) equivalentes a 394,75 UFMs – Unidades Fiscais do Município.

ALEGAÇÕES DA AUTUADA

A autuada apresentou impugnação em primeira instância, e em pequena síntese alegou os seguintes fatos:

1) Preliminarmente,

- i. Ausência de motivação do lançamento ou ausência de demonstração do fato imponible, o que segundo alega a impugnante violaria o princípio do contraditório e da ampla defesa, com o conseqüente pedido de nulidade da autuação e dos atos subsequentes;
- ii. Ausência de documentação comprobatória a amparar a ação fiscal, não tendo dado ciência de como foi composta a base de cálculo do lançamento;
- iii. Desconhecer as notas fiscais de serviço elencadas no auto de infração, de modo que a suposta ausência de informações dos serviços prestados lhe

impediria analisar se houve ou não prestação de serviços;

- iv. Faltar legitimidade da autoridade administrativa na formalização do auto de infração em razão de suposta qualificação imprecisa do fato;

2) No mérito,

- a) A Legislação Tributária Municipal (Lei 1.089/06) afronta a Legislação Federal (L.C. 116/03), ao atribuir responsabilidade tributária de retenção do ISS à impugnante (empresa industrial beneficiada por incentivo fiscal);
- b) Invoca jurisprudência da 1.^a Seção do STJ, que defende ser devido o ISS ao município em que estabelecido o prestador do serviço;
- c) Pleiteia o cancelamento das notas fiscais autuadas alegando não reconhecimento dos serviços prestados;
- d) Alega que o valor cobrado referente às notas fiscais relacionadas não condiz com a realidade, devendo ser apurado por outros meios;
- e) Aplicação da multa no patamar mínimo, com base nos princípios da razoabilidade e proporcionalidade e não confisco.

Por fim, a autuada requer:

1. seja JULGADO TOTALMENTE IMPROCEDENTE O LANÇAMENTO, com o conseqüente cancelamento do lançamento, ante a afronta ao princípio da Legalidade, nos termos do artigo 28 do Decreto 681/91;
2. ou, requer-se a intimação das prestadoras de serviços, para juntar seus registros contábeis referentes às NFs autuadas, de modo que permita ser identificado o valor efetivamente recebido da Impugnante, a fim de comprovar a prestação dos serviços;
3. 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;
4. Protesta-se pelo direito de anexar posteriormente aos autos documentos que confirmem as alegações ora expedidas, ou refutem elementos levantados no curso do processo em seu desabono;
5. 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.

**RÉPLICA DO AUDITOR FISCAL**

O Auditor Fiscal autuante, apresentou sua réplica, e em atenção à impugnação impetrada pelo contribuinte acima qualificado, refutou a impugnação do Autuado, pugnando pela manutenção do Auto de Infração, sustentando, em síntese, o seguinte:

Tendo em vista a completa omissão da recorrente diante das oportunidades concedidas, de não dar início à ação fiscal, vigorando, a partir daí o princípio da estrita legalidade tributária, de onde se extrai que, sendo obrigação tributária "ex legge" não é possível invocar princípios como informalidade, razoabilidade ou proporcionalidade.

Quanto a suposta nulidade por cerceamento de defesa e desconhecimento dos fatos, trata-se de argumento sem a menor plausibilidade no recurso. Explico porque:

As notas fiscais de serviço foram cautelosamente relacionadas por esta autoridade fiscal em tabela que acompanhou o auto de infração, de modo que o contribuinte, ora impugnante, tinha e tem pleno conhecimento dos serviços onde não foi efetuado o recolhimento do ISS devido.

A alegação de não reconhecimento pela impugnante dos supostos serviços contidos nas notas fiscais consideradas para fins de autuação, precluiu para a empresa impugnante o direito a esta alegação, na medida em que todo o prazo que antecedeu a ação fiscal (60 dias), bem como o prazo após o Termo de Início de Ação Fiscal, jamais foi trazida essa alegação. Denota-se, portanto, tratar-se de um mero álbi jurídico vazio e com intuito de procrastinar o pagamento do tributo.

Ademais, conforme constatou a autoridade fiscal, todos eram prestadores de serviços que mantinham relações com habitualidade e continuidade com a impugnante, tendo ela já recolhido o ISS em situações idênticas, em face dos mesmos prestadores, isso foi devidamente levado em consideração para constatar que as notas fiscais são válidas e idôneas, não pesando contra elas o menor indício de falsidade.

A contrário censo, a insinuação de que as notas fiscais são falsas, exigiria do impugnante o comparecimento à Delegacia Tributária para fins de realização de um Boletim de Ocorrência e consequente apuração de crime - o que a empresa BRASIL NORTE BEBIDAS não fez e contradiz sua própria tese.

Confirmada, portanto, a idoneidade de todas as notas fiscais, já que não pesa contra elas nenhum indício de crime, a autoridade fiscal autuante apenas cumpriu o princípio da legalidade, identificando o fato gerador e a base de cálculo para fins de lançamento tributário.

No mérito, a jurisprudência invocada pelo impugnante nada mais demonstra que a validade da autuação, na medida que todos os prestadores se situam em Manaus, não tendo sido apontado nenhuma nota fiscal em outra localidade.

Também não existe a menor dúvida de que o substituto tributário é contribuinte do ISS, jamais tendo havido algum pronunciamento da Corte Superior e Suprema Corte em sentido contrário.

A empresa tanto concorda com os fundamentos e argumentos da autoridade fiscal que chega a efetuar o recolhimento mensal do ISS em idêntica situação, como tomadora de serviço ou substituta tributária.

Ao final, a Auditora Fiscal Autuante, pugna pela manutenção do Auto de Infração e consequente improcedência da impugnação.

Diante do exposto, o órgão de Primeira Instância, exarou a **Decisão No 434/2020 – DIJET/DETRI/SEMEF**, onde **CONHECEU** a defesa interposta pela impugnante, e julgou **PROCEDENTE** o AI nº 20175000488.

Em 12.01.2021, a autuada, interpôs Recurso Voluntário a este Conselho, e requereu o provimento do presente recurso para que a decisão de primeira instância seja reformada, reconhecendo-se a ausência de certeza da efetivação da materialidade do fato jurídico tributário, o que culminou no cerceamento do direito de defesa. E que seja cancelado o lançamento fiscal em razão da afronta ao disposto na Lei Complementar nº 116/2003 pelo artigo 2º, inciso II da Lei nº 1.089/2006.

É o Relatório.

VOTO

DOS FATOS E DA FUDAMENTAÇÃO LEGAL

Antes de analisar o mérito da defesa apresentada, é imperioso proceder ao exame dos pressupostos procedimentais de admissibilidade e tempestividade dos recursos, e ambos os quais entendo terem sido atendidos neste caso.

O Recurso Voluntário, interposto pela autuada contra a Decisão No. 434/2020 – DIJET/DETRI/SEMEF, que julgou PROCEDENTE o Auto de Infração e Intimação N.º 20175000488, tem como objeto ausência de recolhimento do ISSQN incidente sobre diversos fatos geradores ocorridos nos meses de janeiro a dezembro/ 2012 constantes do Relatório gerado pelo GISS ONLINE / SEMEF.

No Recurso Voluntário em questão, interposto pela Recorrente, foi alegado a ausência de motivação do lançamento e de comprovação da ocorrência do fato gerador do ISS, o que, por conseguinte, maculam a exigência por impedirem o contribuinte de conhecer os motivos de fato e de direito que fundamentam a cobrança, violando o princípio do contraditório e o direito à ampla defesa.

De acordo com a Lei que rege o Procedimento Administrativo Fiscal, ou seja, a Lei No. 1.697/83, em seus artigos 76 e 77 que diz o seguinte:

Art. 76. A exigência de crédito tributário será formalizado em auto de infração ou notificação de lançamento.

Art. 77. Auto de infração será lavrado no local da verificação e conterà:

I - a qualificação do autuado;

II - o local, a data e a hora da lavratura;

III - a descrição do fato;

IV - a disposição legal infringida e a penalidade aplicável;



V - a determinação da exigência e a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de trinta dias;

VI - a assinatura do autuante e a indicação de seu cargo ou função.

Parágrafo único. As omissões ou incorreções do auto não acarretarão nulidade, quanto o processo constarem

Conforme observa-se nos autos do processo, o auditor fiscal autuante identificou cada um dos pontos citados na Lei 1.697/83, que listarei a seguir:

- a. O Contribuinte foi devidamente qualificado;
- b. O local, a data, o horário da lavratura do Auto estão discriminados;
- c. O fato foi descrito no campo destinado à discriminação da ocorrência verificada;
- d. A disposição legal infringida foi mencionada, assim como a penalidade aplicável para os fatos geradores ocorridos de 01/03/2013 à 28/10/2013, e que passo a transcrever, infringência – art. 2º, II, e 8º, da Lei No. 1.089/06, que culminou com a aplicação da penalidade prevista no inciso III, do art. 30, da Lei No 254/94;
- e. Consta do referido Auto de Infração a determinação da exigência, a intimação para cumpri-la ou impugná-la no prazo de 30 (trinta) dias; e
- f. A intimação contém a assinatura do Auditor Fiscal Autuante, com a indicação do cargo.

Quanto a identificação dos serviços executados, constam também nos autos, fls. 5 e 6, o Quadro Demonstrativo da composição da base de cálculo e do respectivo valor principal do imposto objeto da autuação no qual fique explicitado, entre outros dados: a) número do documento fiscal b) data de emissão c) nome do prestador do serviço d) valor do serviço e) alíquota f) valor do ISSQN g) descrição do serviço e h) enquadramento nos itens da Lista de Serviços anexa à Lei Municipal No. 714/2003. Assim, o auditor fiscal autuante, demonstra exatamente quais os documentos fiscais que dão suporte ao AI, o que permite à Autuada ter ciência da origem da exigência fiscal ora efetuada.

Sendo assim, fica a mim muito claro, a não violação as disposições do art. 93, X, da CF/88 e no próprio art. 1º, I, do Decreto nº 681/1991, conforme afirma a Autuada em sua defesa, demonstrando que a decisão de primeira instância administrativa traz fundamentação suficiente para esclarecimento da controvérsia ora firmada.

A Autuada simplesmente afirma que não "...reconhece as notas fiscais elencadas no auto de infração...", o que impediria a análise concreta sobre a efetiva prestação dos serviços. Caberia a Autuada ter solicitado do prestador a correção da situação cuja providência a ser tomada seria o cancelamento das NFSe, nos termos do art. 21, do Decreto n. 9.139/2007, que trata acerca da Nota Fiscal Eletrônica – NFS-e e dispõe sobre a geração e utilização de créditos, isto porque uma vez que como ficou configurado tratar-se de substituição tributária, logo no caso, o único sujeito passivo da relação jurídica tributária é o substituto (tomador), nunca, jamais, o substituído (prestador). É da Autuada, na qualidade de contribuinte substituto, a responsabilidade de reter e recolher devidamente

o imposto devido nas prestações de serviço que tomar aos Cofres municipais. Assim, cabe a ela tomar as providências cabíveis para regularizar a situação.

Desta feita, recusar as NFSes sem a comprovação do erro ou providência quanto a solicitação de cancelamento da NFSes junto ao prestador, insere o Tomador na situação de devedor do ISSQN devido na operação por falta de comprovação da inocorrência do fato gerador, que não o fez nem por ocasião da recusa e nem agora por ocasião da Defesa caracterizando descumprimento da norma inserta no Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pela Lei n. 3008, de 09 de janeiro de 2023:

“Art. 26 A impugnação, formalizada por escrito e instruída com documentos em que se fundamentar, será apresentada no prazo de 30 dias contados da data em que for feita a intimação da exigência.”

(...)

Art. 35 O ônus da prova incumbe:

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

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

Diante do arcabouço jurídico existente sobre a obrigação do substituto tributário, fica caracterizado a obrigação da Autuada de não somente reter, como também de recolher o ISSQN devido, em relação aos serviços descritos no anexo dos autos do processo, incidindo em infração à lei municipal, no caso, o não pagamento dos impostos devidos. Desta forma, procede a cobrança oriunda do AI 20175000488.

Esclarecido isso, fica evidente que o que tange a aplicação da multa por infração aos casos de retenção e não recolhimento do ISSQN quando apurado em ação fiscal, que na redação original da Lei n. 2833/2021 tenha havido no art. 23, inciso IV a exclusão dos substitutos tributários, somente estão excluídos os arrolados no art. 17 da mesma Lei, e considerando que se aplica neste caso, concluo pela não aplicação da multa por infração de 50% (cinquenta por cento) ao caso “sub examine” por ser mais benéfica a que a vigente à época do fato gerador.

Considerando todos os fatos narrados por mim, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do Recurso Voluntário, interposto nos presentes autos, de forma que seja mantida a decisão de Primeira Instância, de procedência do AI 20175000488, com não aplicação da multa por infração de 50% (cinquenta por cento), considerando-se a retroatividade da norma mais benéfica.

É o meu voto.

PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 19 de junho de 2023.


JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA
Conselheiro Relator