

Acórdão n.º 037/2023 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 11 de julho de 2023

Recurso n.º 135/2021 – CARF-M (A. I. I. n.º 201800002791)

Recorrente: **ATACADÃO S. A.**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

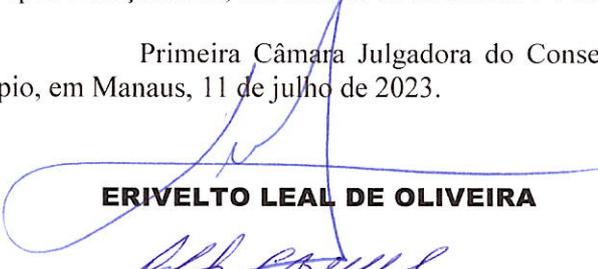
Relator: Conselheiro **ROBERTO SIMÃO BULBOL**

TRIBUTÁRIO. ISSQN. SUBSTITUTO TRIBUTÁRIO. AUSÊNCIA DE RETENÇÃO E RECOLHIMENTO DO ISSQN. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO. EXCLUSÃO DA MULTA DE 50% (CINQUENTA POR CENTO). 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 **ATACADÃO S. A.**

ACORDAM os Membros da Primeira Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, **Conhecer e Negar Provedimento** ao Recurso Voluntário, **mantendo-se** o Auto de Infração e Intimação n.º 201800002791, de 30 de outubro de 2018, 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 julgamento.

Primeira Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 11 de julho 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 135/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 037/2023 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2018.11209.12627.0.061529
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 201800002791
RECORRENTE: ATACADÃO S. A.
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
RELATOR: Conselheiro ROBERTO SIMÃO BULBOL

RELATÓRIO

O assunto em exame trata-se do Recurso Voluntário, ao CARF-M, interposto pela recorrente, devidamente qualificada nos autos do processo, na qualidade de substituta tributária, contra a **Decisão Nº 248/2020 – DIJET/DETRI/SEMEF**, que julgou procedente o **Auto de Infração e Intimação Nº 201800002791**, de 30 de Outubro de 2018, lavrado em desfavor da empresa **ATACADÃO S/A.**, em decorrência da falta de retenção na fonte e ausência de recolhimento do ISSQN, relativos a serviços diversos prestados no período de outubro de 2013 a dezembro de 2014, consubstanciando infração ao art. 2º, inciso XXXVIII, da Lei Municipal No. 1.089/2006, culminando na aplicação da penalidade prevista no Artigo 30, inciso I, da Lei No. 254/94, com redação dada pelo art. 1º da Lei 1.420/2010 c/c arts. 2º da mesma lei, e 106, II, “c” do CTN, totalizando, na época, o crédito tributário no valor de R\$ 90.339,92 (Noventa mil, trezentos e trinta e nove reais e noventa e dois centavos).

ALEGAÇÕES DA AUTUADA

A atuada por intermédio do Processo nº 2018.11209.12613.0.059474 apresentou sua defesa em Primeira Instância, e alegou preliminarmente o seguinte: i) inépcia do auto de infração, sob alegação da ausência de subsunção fato/norma jurídica; ii) cerceamento do direito de defesa; iii) ausência de elemento básico de constituição do AI; iv) erro – quanto ao sujeito passivo – sob alegação de que “o imposto reclamado no presente auto de infração foi retido (sic) pelos prestadores de serviço, conforme, inclusive, informação constante dos próprios documentos fiscais”.

No mérito, a atuada alegou que nada devia ao município de Manaus “no que diz ao ISS que não teria sido retido na fonte sobre os serviços prestados por terceiros, tal como reclamado pela fiscalização atuante, haja vista que o imposto reclamado no presente AI foi retido (sic) pelos prestadores dos serviços prestados e pagos (docs. 01 – por amostragem), conforme, inclusive, informação constante dos próprios documentos fiscais. Dessa forma, entendeu que havendo um erro quanto ao sujeito passivo da suposta obrigação tributária, deveria ser reconhecida e declarada a insubsistência do lançamento de ofício hostilizado. Disse ainda que, se por mais não fosse, há que se considerar, ainda, que além de a atuada ter adquirido o status de substituta tributária em agosto de 2013 ou seja depois dos supostos fatos geradores (doc. 02)”

Roberto

**RÉPLICA DO AUDITOR FISCAL**

O Auditor Fiscal atuante em 21.02.2019, apresentou sua réplica, e refutou o recurso do autuado, pugnando pela manutenção do Auto de infração, sustentando, em síntese que a lavratura do AI nº 201800002791 ocorreu em virtude do impugnante, que é contribuinte substituto, não ter efetuado a retenção do ISS nas notas fiscais emitidas pelos prestadores elencados em relação anexa ao referido auto. Diz ainda, que essas notas constam no sistema GISSONLINE, e que a obrigatoriedade do impugnante em reter o ISS dos serviços tomados e recolhê-lo aos cofres municipais está expressa na Lei 1.089/2006, art. 2º, inciso XXVIII.

Os autos foram a julgamento, ainda em Primeira Instância, em 03.06.2020, através da Decisão nº 248/2020 – DIJET/DETTRI/SEMEF, e o órgão julgador de 1º grau, julgou procedente o Auto de Infração nº 201800002791, dando ciência desta decisão a autuada em 30.06.2020, que interpôs recurso voluntário ao CARF-M, que trouxe como único argumento, de que valores cobrados foram devidamente recolhidos aos cofres municipais pelos próprios prestadores de serviços, juntando nova documentação anexada ao recurso apresentado. Diante disso, solicitou a conversão do julgamento de primeira instância em diligência, para a análise das informações em questão, o que foi acolhido pelo Representante Fiscal.

Após o retorno dos autos, o Representante Fiscal emitiu Parecer nº 026/2023 – RF/CARF-M, e opinou pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do recurso voluntário interposto pela autuada.

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 voluntário, e ambos os quais entendo terem sido atendidos neste caso.

O Recurso Voluntário em questão, foi interposto pela autuada contra a Decisão nº 248/2020 – DIJET/DETTRI/SEMEF, que julgou procedente o Auto de Infração e Intimação nº 201800002791, de 30 de outubro de 2018, e que tem como objeto primário a falta de retenção na fonte e ausência de recolhimento do ISSQN, relativos a serviços diversos prestados no período de outubro de 2013 a dezembro de 2014, onde a autuada é sujeito passivo por substituição e que está obrigada a reter na fonte o ISSQN de seus prestadores de serviços, nos termos do art. 2º, inciso II, da Lei nº 1.089/06.

A solicitação de diligência feita pela autuada, em seu Recurso Voluntário, e acolhida pelo Representante Fiscal, trouxe como resposta da Divisão de Fiscalização que:

“A substituição tributária é atribuição, mediante a lei, da responsabilidade pelo recolhimento do ISS. O substituto é responsável por reter e recolher o imposto incidente na prestação de serviço e o substituído é o prestador do serviço, aquele que desenvolve a atividade que constitui o fato gerador do imposto.”

No município de Manaus, a Lei 1089/2006, elencou os substitutos tributários, responsáveis pela retenção e recolhimento do ISS sobre os serviços que tomarem.

Dentre eles, estão as empresas atacadistas e supermercados (atividade da impugnante).”

Então vejamos o que diz a lei 1089/2006 em ser art.2º :

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:

(...)

XXVIII - Empresas atacadistas e supermercados, com estrutura operacional definida em regulamento.

Ainda em análise do mérito, no art. 8º da Lei Municipal No. 1.089, de 29 de dezembro de 2006, em seu § 1º, constam as disposições legais relativas às obrigações quanto ao prazo de recolhimento, independentemente de ter ocorrido ou não a retenção do imposto na fonte. Então vejamos:

Art. 8º - O Contribuinte Substituto e o Responsável Solidário ficam obrigados a recolher o ISSQN retido na fonte nos prazos estabelecidos em regulamento.

§ 1º - Os sujeitos passivos a que se refere este artigo estão obrigados ao recolhimento integral do imposto devido atualizado, multa, juros e acréscimos legais, independentemente de ter sido efetuada a retenção na fonte do ISSQN.

É claro também, de acordo com os artigos 121 e 128 do CTN, quanto a responsabilidade que se impõe a figura do substituto tributário. Vejamos o que diz esses artigos da Lei:

Art. 121º - Sujeito passivo da obrigação principal é a pessoa obrigada ao pagamento de tributo ou penalidade pecuniária.

Parágrafo Único. O sujeito passivo da obrigação principal diz-se:

(...)

II - Responsável, quando, sem revestir a condição de contribuinte, sua obrigação decorra de disposição **expressa de lei**.

Art. 128º - Sem prejuízo do disposto neste capítulo, a lei pode atribuir de modo expresso a responsabilidade pelo crédito tributário a terceira pessoa, vinculada ao fato gerador da respectiva obrigação, excluindo a responsabilidade do contribuinte ou atribuindo-a a este em caráter supletivo do cumprimento total ou parcial da referida obrigação.

Diante do arcabouço jurídico existente sobre a obrigação do substituto tributário, fica caracterizada 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 nº 201800002791.

Esclarecidos todos os pontos, 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 da Autuação, 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, 11 de julho de 2023.

ROBERTO SIMÃO BULBOL

Conselheiro Relator