

Acórdão n.º 037/2023 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 15 de junho de 2023

Recurso n.º 085/2018 – CARF-M (A. I. I. n.º 20175000846)

Recorrente: **DIRECIONAL ZIRCONE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Relator: Conselheiro **PAULO RODRIGUES DE SOUZA**

TRIBUTÁRIO. ISSQN. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. EMISSÃO DE NFS-E. CONFIGURAÇÃO DA MATERIALIDADE DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. MERA RECUSA DA NOTA FISCAL PELO TOMADOR. CONDUTA QUE NÃO SE COADUNA COM A LEGISLAÇÃO MUNICIPAL DE REGÊNCIA. DESCUMPRIMENTO DE OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA PRINCIPAL. IMPOSIÇÃO DE MULTA DE 50% DO TRIBUTO DEVIDO. CONSTITUCIONALIDADE PRESUMIDA DA NORMA. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO VOLUNTÁRIO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **DIRECIONAL ZIRCONE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, **Conhecer e Negar Provisamento** ao Recurso Voluntário, **mantendo-se integralmente o Auto de Infração e Intimação n.º 20175000846**, de 26 de julho de 2017, 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, 15 de junho 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 e REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS.



RECURSO Nº 085/2018 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 037/2023 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2017.11209.12628.0.030671
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20175000846
RECORRENTE: ZIRCON EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
RELATOR: Conselheiro PAULO RODRIGUES DE SOUZA

RELATÓRIO

A **ZIRCON EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA** apresentou Recurso Voluntário a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, contra a **Decisão nº 011/2018 GECFI/DETRI/SEMEF**, exarada nos autos do Processo nº 2017.11209.12628.0.030671, fls. 162 a 168, que julgou procedente o **Auto de Infração e Intimação nº 20175000846**, lavrado contra a Recorrente no dia 26 de julho de 2017, com ciência no dia 28 de julho de 2017, por que, nos meses de agosto e novembro de 2015, 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 26/08/2017, a empresa autuada protocolou a sua impugnação, fls 124 a 134, 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 justificadas das NFS-e, referente aos serviços tomados de terceiros em diversos períodos;

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. 160 a 161), 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;

I – Que o auto de infração foi resultante do não recolhimento do ISSQN Retido Fonte de serviços tomados conforme verificado no relatório de inconsistência de Notas Fiscais de Serviços Eletrônicas-NFe entre prestador e tomador de serviços disponibilizado no sistema informatizado da Prefeitura (Gissonline);

II – Que no procedimento de fiscalização foi verificado que várias NFS-e foram emitidas por prestadores e no campo apropriado conta o imposto como retido pelo tomador, no entanto, as Notas estavam na situação de recusadas pelo tomador, mas as NFS-e não haviam sido canceladas pelo prestador de Serviços e estavam válidas no movimento econômico;

III – Que cabe considerar que se houve emissão de NFS-e por parte do prestador de serviços entende-se que ocorreu o fato gerador caso contrário não teriam sido emitidas as notas fiscais com retenção do imposto pelo tomador;

IV – Que os fatos das NFS-e estarem com situação de recusadas não regulariza a situação do tomador perante o Fisco Municipal;



V - Que a regularização se completaria por meio do cancelamento das referidas NFS-e pelo prestador, mas, no entanto, as mesmas encontram-se válidas no movimento econômico do prestador;

VI - Que em relação ao percentual de 50% (cinquenta por cento) da multa aplicada, a Auditora Fiscal alega que apenas cumpriu a legislação municipal.

E por fim, considerando os dados relatados, é favorável pela manutenção do presente Auto de Infração.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA

O julgador da Gerência do Contencioso Fiscal/DETRI, por meio da **DECISÃO nº 011/2018 - GECFI/DETRI/SEMEF**, fls. 162 a 168, proferida em 02/02/2018, julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 20175000846.

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.

O julgador de primeira instancia em análise das provas produzidas no processo administrativo, descreve que a autoridade lançadora comprovou a ocorrência do fato gerador através da indicação das Notas Fiscais Eletrônicas emitidas em face do Autuado, que deixou de providenciar junto ao prestador a solicitação de cancelamento das mesmas com vistas a comprovar a inoccorrência do fato gerador. Assim, nessa direção, como não houve pedido de cancelamento da NFS-e emitida por parte do prestador, todas as NFS-es emitidas são consideradas válidas.

Por fim, com base no artigo 86, inciso I, da Lei n. 1.697 de 20/12/83, **JULGOU PROCEDENTE** o Auto de Infração e Intimação nº 20175000846, de 26/07/2017, pelas razões de fato e de direito expostas.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO

No dia 23 de agosto de 2018 a **ZIRCONI EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA** tomou ciência da Decisão nº 011/2018 GECFI/DETRI/SEMEF e no dia 24/09/2018 apresentou recurso voluntário a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M.



Em seu Recurso Voluntário, fls. 67 a 75, 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).

O Douto Representante Fiscal, às fls 177 a 185, opinou pelo **CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO** do Recurso Voluntário para manter a decisão primária em todos os seus termos.

É o Relatório.

VOTO

No caso em questão, houve a lavratura do AII nº 20175000846 em 26/07/2017, com ciência do autuado no dia 28/07/2017. No dia 26/08/2017, de forma tempestiva, o autuado protocolou impugnação ao citado AII. A decisão de primeira instância foi proferida no dia 02/02/2018 com ciência do autuado no dia 23/08/2018. No dia 24/09/2018, de forma tempestiva o Autuado protocolou Recurso Voluntário junto a este CARF-M.

Em relação aos requisitos formais de admissão a Autuada cumpriu com as formalidades previstas na legislação que disciplina o Processo Administrativo Fiscal (PAF Municipal) e no Regimento Interno deste CARF-M, devendo, portanto, o Recurso em análise ser conhecido.

Quanto aos aspectos materiais e de direito, baseia-se o referido recurso na negativa de ocorrência do Fato Gerador devido a recusa das notas fiscais devidamente realizada no sistema eletrônico de Notas Fiscais Eletrônicas da SEMEF conforme prevê a legislação municipal.

Na apreciação desta alegação, o Julgador de Primeira Instância, de forma oportuna, descreve que a materialização do fato está consubstanciada pela emissão de Notas Fiscais Eletrônicas pelos prestadores de serviço e que não foram objeto de pedido de cancelamento pelos emissores. Sendo as mesmas consideradas pela legislação tributária como documentos oficiais, servem perfeitamente como elemento de prova. Neste sentido a o § 3º do artigo 1º da Lei nº 1.090, de 29 de dezembro de 2006 destaca a importância do conteúdo da nota, conforme se reproduz a seguir:

“Art. 1º. (Omissis)

§ 3º A emissão de NFS-e constitui confissão de dívida do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza - ISSQN incidente na operação, ficando a falta de recolhimento do imposto sujeita à cobrança administrativa ou judicial, observados os procedimentos regulamentares.”



Logo, como bem destacado no Parecer do Douto Representante Fiscal, “mesmo que estes autos estivessem instruídos com provas inequívocas de que os serviços jamais foram prestados, a Autuada não poderia se eximir da exigência fiscal, uma vez que **referida exoneração demanda prévio, regular e tempestivo procedimento administrativo, em conformidade com legislação municipal**”.

A Recorrente, na condição de tomadora de serviço, é figura fundamental em uma possível instrução processual de pedido de cancelamento de uma NFS-e. A legislação municipal exige, inclusive, declaração expressa do tomador quanto a não realização de um serviço indevidamente incluído em uma nota fiscal.

A Recorrente, na condição de substituta tributário, tem a responsabilidade plena sobre o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza, em relação aos serviços por ela tomados. Neste sentido a simples recusa da nota fiscal não é suficiente para eximir esta responsabilidade tributária conferida pela Lei Municipal No. 1089/2006. Como não houve nenhuma ação da Autuada junto aos prestadores que, mantém com ela relações contratuais de prestação de serviços, e não tendo os emissores das notas protocolado nenhum pedido de cancelamento das respectivas notas, devidamente instruído, junto a SEMEF, a presunção de veracidade do que consta nos documentos fiscais permanecem válidas e comprovam que o procedimento Sabe-se ainda, pela legislação regulamentar da deste importante documento fiscal, que o procedimento de cancelamento de notas fiscais constitui ato vinculado e, somente em caso de não prestação de serviços regularmente justificada, importa na desconstituição do lançamento tributário. Neste sentido, o art. 21 do Decreto nº 9.139, de 5 de julho de 2007, que regulamentava a Nota Fiscal de Serviços Eletrônica na época da ocorrência do Fato Gerador assim dispunha:

“Art. 21. A Nota Fiscal de Serviços Eletrônica - NFS-e poderá ser cancelada ou substituída pelo emitente, por meio do sistema, até a data *do vencimento do Imposto devido*.

Parágrafo único. Após a data do vencimento do Imposto, a NFS-e somente poderá ser cancelada mediante regular processo administrativo.”

A regulamentação atual da Nota Fiscal Eletrônica preconiza ainda que além da exigência de cancelamento da NFS-e por meio de regular processo administrativo, há ainda a previsão de lapso temporal para tanto, que, por sua vez, restringe o período em que se pode pleitear e ver acolhido o cancelamento, como regra geral, em 90 dias. Assim, pode-se inferir, que tanto a simples alegação de que não teria tomado os serviços ou a própria recusa do documento fiscal deveriam estar fundamentados em regular procedimento administrativo.

Em relação à penalidade, foi possível constatar que a Autoridade Fiscal Autuante atendeu a legislação pertinente, aplicando corretamente a multa. Quanto ao efeito confiscatório, a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal sobre a matéria, indica que somente restará configurada a ofensa ao princípio constitucional da vedação ao confisco quando o valor da multa aplicada pelo Fisco for superior ao valor do tributo cobrado. Complementa-se ainda o fato da Lei Municipal nº. 2.385/2018 ter afastado do âmbito da apreciação por este CARF-M as questões relacionadas à análise de constitucionalidade do ordenamento jurídico municipal.

Semef

Secretaria Municipal



Prefeitura de

Manaus

Av. Japurá, 488, Centro, CEP 69025-020. Telefone: (92) 3215-4980

Diante do exposto voto pelo **CONHECIMENTO** do Recurso Voluntário por cumprir com as formalidades legais previstas na legislação que rege o PAF. Quanto ao mérito, no entanto, voto pelo **IMPROVIMENTO** do referido recurso, mantendo-se a **Decisão nº 011/2018 - GECFI/DETRI/SEMEF** em todos os seus termos.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 15 de junho de 2023.


PAULO RODRIGUES DE SOUZA
Conselheiro Relator