



Acórdão n.º 042/2023 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 06 de julho de 2023

Recurso n.º 013/2019 – CARF-M (A. I. I. n.º 20175000872)

Recorrente: **AMAZON AÇO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Relatora: Conselheira **REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS**

TRIBUTÁRIO. ISSRF. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. SUJEITO PASSIVO POR SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. NÃO RETENÇÃO E NÃO RECOLHIMENTO DO IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS. RECUSA INJUSTIFICADA DE NOTAS FISCAIS DE SERVIÇOS. APRESENTAÇÃO DE NFS EMITIDAS EM DUPLICIDADE. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO VOLUNTÁRIO. EXCLUSÃO DAS NFS 44836 E 45743. NÃO APLICAÇÃO DA MULTA POR INFRAÇÃO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **AMAZON AÇO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, por maioria de votos, **Conhecer** e **Dar Provimento Parcial** ao Recurso Voluntário, **mantendo-se** o Auto de Infração e Intimação n.º 20175000872, de 28 de julho de 2017, com a exclusão das NFS 44836 e 45743, emitidas pela empresa Toyolex Autos Ltda., e a não aplicação da multa por infração de 50%, em razão de alteração legislativa editada após o lançamento, nos termos do Relatório e Voto que passam a integrar o presente julgado. Vencido o Conselheiro FRANCISCO MOREIRA FILHO.

Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 06 de junho de 2023.

FRANCISCO MOREIRA FILHO

Presidente

REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS

Relatora

DAVID MATALON NETO

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: PAULO RODRIGUES DE SOUZA, SARAH LIMA CATUNDA, JULIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA e PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO.



RECURSO Nº 013/2019 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 042/2023 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2017.11209.12628.0.031420
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20175000872
RECORRENTE: AMAZON AÇO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
RELATORA: Conselheira REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS

RELATÓRIO

A empresa **AMAZON AÇO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.**, CNPJ 05477207/0001-75, Inscrição Municipal 10545701, caracterizada como contribuinte substituto, foi autuada pela não retenção e recolhimento do ISSQN das Notas Fiscais de Serviços recebidas e recusadas, constantes no Relatório de NFS-e Recusadas do Sistema Giss Online/SEMEF, das quais não comprovou os motivos das recusas justificadas de forma inconsistente. O Auto de Infração e Intimação nº 20175000872, de 28.07.2017, abrangeu o período de outubro de 2014; abril, junho e julho de 2015. Foi lavrado por infringência ao Art. 2º, II, da Lei 1.089/06, ocasionando a penalidade expressa no Artigo 30, I da Lei nº 254/1994 com redação dada pelo Artigo 1º da Lei 1420/2010, combinado com os Artigos 2º da Lei 1420/2010 e 106, II, “c” do CTN, que estabelece multa de 50% sobre o valor do imposto devido. Total do crédito tributário: 17,05 UFMs.

Anexo ao Auto de Infração, há uma relação que expressa o mês, ano, número e valor das Notas Fiscais recebidas, o nome das empresas que as emitiram, a base de cálculo, a alíquota aplicada (5%), o valor do ISS e o enquadramento dos serviços nos subitens da lista de serviço anexa à Lei 714/2003.

IMPUGNAÇÃO DA EMPRESA AUTUADA

A empresa autuada alega:

a) “o Auto de Infração possui vício em sua formação e, por conseguinte, sujeito a nulidade.”

b) Quando da lavratura de Auto de Infração, o Fisco deve cumprir os requisitos expressos no Art. 77 do Código Tributário Municipal.

c) Desconhece as Notas Fiscais relacionadas na lista anexa ao AI e “suas cópias não foram disponibilizadas pela d. fiscalização, o que resultou em cerceamento do seu direito de defesa.”

d) As Notas Fiscais referentes ao Auto de Infração foram emitidas indevidamente pelos prestadores de serviço e a eles cabe efetuar o procedimento para cancelá-las. “[...] não houve a prestação de serviço, bem como, qualquer pagamento para

que fosse realizada a retenção, afastando os requisitos indispensáveis à caracterização da infração.”

e) [...] “ausência de norma legal que caracterize a conduta da Impugnante como reprovável”

Requer o acolhimento da impugnação para nulidade do Auto de Infração ou diligência para apresentação de novos documentos.

DA RÉPLICA DA AUTORIDADE FISCAL AUTUANTE

A autoridade fiscal autuante menciona, em sua réplica:

a) O presente AI foi lavrado pela falta de retenção do ISS, referente aos seguintes prestadores de serviço: CAW COMÉRCIO E SERVIÇOS DE MECÂNICA LTDA - ME; INSTITUTO PARQUE AMBIENTAL, SOCIAL E EDUCACIONAL DO AMAZONAS; CLARO S/A; TOYOLEX AUTOS LTDA.

b) Inexistiu cerceamento de direito de defesa. As Notas Fiscais estão discriminadas em relação anexa ao AI “e também lhe foi entregue uma cópia dos documentos em questão”;

c) “[...] a impugnante não apresentou o número dos processos administrativos nos quais estão sendo requeridos os cancelamentos das notas fiscais de serviços eletrônicas”

d) Considerando os dispositivos legais que sustentam o AI, posiciona-se pela sua manutenção.

DA DECISÃO DO ÓRGÃO JULGADOR DE 1º GRAU

O julgador de 1º grau destaca que todos os requisitos legais foram cumpridos pela autoridade fiscal e o contribuinte não foi cerceado em seu direito constitucional à ampla defesa e ao contraditório.

Além disso, não existe dúvida quanto ao autuado ser contribuinte substituto, portanto, o único sujeito passivo da relação jurídica, em relação à substituição tributária, sendo responsável por reter e recolher o ISS devido nas prestações de serviço que tomar.

Ressalta, quanto às NFSe recusadas, que o impugnante deveria “providenciar junto ao prestador a solicitação de cancelamento das mesmas com vistas a comprovar a inoccorrência do fato gerador.”

Por meio da **Decisão nº 218/2018 - GECFI/DETRI/SEMEF**, julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração e Intimação nº 20175000872, de 28.07.2017. Solicitou que o impugnante fosse intimado a recorrer da referida Decisão ao Conselho

Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF –M, no prazo de 30 (trinta) dias.

DA CIÊNCIA DA AUTUADA

Às fls. 69, encontra-se o Termo de Ciência assinado pelo impugnante em 23.01.2019.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO AO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO – CARF –M

O impugnante alega:

a) Não pode ser responsabilizado pelo pagamento de tributo, referente serviço que nunca foi prestado.

b) Pelos princípios da verdade real e da boa-fé objetiva, não há razão para ser penalizado pelo recolhimento do ISS, pois o serviço não foi prestado inexistindo fato gerador.

c) Por meio do processo nº 2017.11209.12613.0.037383, “houve o pedido de cancelamento das NFS-e, em questão, todavia o mesmo fora indeferido”

d) Em relação às Notas Fiscais nºs 44836 e 45743, emitidas pelo prestador de serviço Toyolex, foram substituídas pelas NFS nºs 45501 e 46985, respectivamente.[...] “se a prestação de tais serviços, de fato, está acobertada pelas NFS 45501 e 46985, então, inevitavelmente, o Município de Manaus estará tributando duas vezes um mesmo fato”

Requer o acolhimento do recurso voluntário para nulidade do Auto de Infração ou diligência para comprovação do ocorrido quanto às NFS acima citadas.

DO PARECER DA REPRESENTAÇÃO FISCAL

No Parecer nº 026/2023-CARF-M/RF/2ª Câmara, o Representante Fiscal destaca:

a) “a materialidade da obrigação tributária encontra-se plenamente caracterizada pela emissão das notas fiscais.”

b) A legislação municipal estabelece, para notas fiscais cujos serviços não foram realizados, a necessidade de cancelamento por meio de procedimento administrativo.

c) O processo nº 2017.11209.12613.0.037383 (indeferido), refere-se ao cancelamento da NFS 242 (Marak Construções e Serviços de Manutenção Elétrica), que não faz parte da planilha anexa ao AI, fls 04.



d) “As notas fiscais nº 44836 e 45501 referem-se ao mesmo fato gerador, mas constituem lançamento tributário contra diferentes sujeitos passivos.” O mesmo acontece quanto às notas fiscais 45743 e 46985.

e) “[...] esta Representação Fiscal opina pela declaração da nulidade dos lançamentos consubstanciados nas notas fiscais nº 44836 e 45743 (que juntas perfazem o valor histórico de R\$ 58,30 – conforme relação à fl. 4)”

A conclusão do Parecer: **CONHECIMENTO e PARCIAL PROVIMENTO** do Recurso Voluntário, somente para retirar da exigência fiscal os valores relacionados às NFS 44836 e 45743.

É o Relatório.

VOTO

O presente recurso voluntário cumpre os requisitos de admissibilidade. Em análise do mérito, constata-se que o lançamento efetuado no Auto de Infração e Intimação nº 20175000872, de 28.07.2017, ocorreu pela não retenção e recolhimento do ISS por parte do contribuinte Amazon Aço Indústria e Comércio Ltda., CNPJ 05477207/0001-75, Inscrição Municipal 10545701, caracterizado como substituto tributário, de acordo com a Lei 1089/2006, Art. 2º, II:

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:

[...]

II - Empresas industriais beneficiadas por incentivo fiscal federal, estadual ou municipal;

O contribuinte substituto é sujeito passivo da obrigação tributária, portanto, tem como encargo reter e recolher o imposto devido dos serviços de seus prestadores. Essa responsabilidade, quanto ao ISS, encontra-se na Lei 714/2003, Art. 6º, III:

Art. 6º São responsáveis pelo crédito tributário do ISSQN as pessoas a seguir enumeradas, observados os critérios de apuração, cálculo e recolhimento estabelecidos na legislação municipal:

III - as pessoas jurídicas classificadas como contribuintes substitutos na legislação tributária municipal;

O Auto de Infração e Intimação, em apreço, cumpre os requisitos citados na Lei nº 1697/83, Artigos 76 e 77:

Art. 76. O lançamento de crédito tributário ou de multa por infração por descumprimento de obrigação tributária principal ou acessória será formalizado em auto de infração ou notificação de lançamento.

[...]

Art. 77. O Auto de Infração ou Notificação de Lançamento de Crédito Tributário e/ou Multa Fiscal será lavrado na Repartição Fiscal ou no Local de Verificação e conterá, dentre outros requisitos definidos em Regulamento:

- 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.

Vale ressaltar que, além da descrição da infringência, da penalidade, da Ocorrência Verificada, foram demonstrados, em relação anexa, o número, o mês e o ano das Notas Fiscais, cujos valores do serviço compõem a base de cálculo. Também, as empresas que emitiram as NFS, a alíquota aplicada, o valor do ISS devido, bem como o enquadramento dos serviços nos subitens da lista de serviço anexa à Lei 714/2003.

A Nota Fiscal de Serviço Eletrônica foi instituída, no município de Manaus pela Lei nº 1090/2006 e dela vale destacar :

Fica instituída a Nota Fiscal de Serviços Eletrônica (NFS-e) que deverá ser emitida por ocasião da prestação de serviços, observados os seguintes modelos:

[...]

§ 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.

§ 4º A falta de recolhimento do ISSQN **incidente na operação identificada por meio de NFS-e**, sujeita o infrator à multa estabelecida na legislação municipal, lançada por Notificação de Lançamento ou Auto de Infração e Intimação, observados os procedimentos regulamentares. (grifei)

O fato gerador do ISS é a prestação de serviço e a emissão da Nota Fiscal é que o formaliza dando a possibilidade de identificá-lo nos aspectos material, pessoal, temporal e quantitativo. Quanto ao Auto em apreço, a autoridade fiscal comprovou a ocorrência do fato gerador, através das Notas Fiscais, elencadas na relação anexa a ele.

Essas Notas foram recusadas pela empresa autuada, mas permanecem até hoje na escrituração fiscal dos prestadores. O procedimento administrativo que deveria ser empreendido era a formalização de processo solicitando o cancelamento de cada uma delas, seguindo o que estabelece a legislação municipal (Decreto 3725/17, Artigo 33):

Art. 33. A NFS-e somente pode ser cancelada com a respectiva substituição, por meio do Sistema de Gestão da NFS-e, até a data do vencimento do imposto devido.

§ 1º O cancelamento da NFS-e, quando o serviço não for efetivamente prestado e, após o vencimento do respectivo tributo, o cancelamento por substituição de que trata o caput deste artigo, somente serão admitidos por meio de regular processo administrativo, observado o procedimento estabelecido em Portaria do Subsecretário da Receita.

§ 2º Não se admitirá o cancelamento de NFS-e, sem a respectiva substituição, quando o serviço tiver sido realizado, independentemente do recebimento do valor contratado.

§ 3º Fica vedado o cancelamento da NFS-e após o prazo de 90 dias de sua emissão, exceto quando emitida para pessoas jurídicas de direito público, cujo prazo será de 360 dias.

§ 4º Para efeito de substituição da NFS-e fica vedada a alteração dos seguintes campos:

- I - CNPJ e inscrição municipal do Tomador;
- II - CPF e inscrição municipal do Tomador; e
- III - competência mês e ano.

O processo administrativo nº 2017.11209.12613.0.031420, mencionado pelo impugnante, não se refere às notas fiscais que compõem a exigência fiscal.

Em seu recurso, o recorrente apresentou a NFS nº 45501, de 21.07.2015, emitida pela empresa Toyolex Autos Ltda., tomador Francisco Valdenir Magalhães Melo, para substituir a NFS 44836, de 07.07.2015 (em seu nome) e em ambos documentos, observa-se o mesmo fato gerador, bem caracterizado no campo Discriminação do Serviço.

Apresentou, ainda, a NFS 46985, de 20.08.2015, também emitida pela empresa Toyolex Autos Ltda., tomador Francisco Valdenir Magalhães Melo, para substituir a NFS 45743, de 25/07/2015 (em seu nome) e nelas há o mesmo fato gerador, caracterizado no campo Discriminação do Serviço.

Verifica-se que o impugnante trouxe fatos novos na fase recursal, comprovando a duplicidade de emissão de NFS para o mesmo fato gerador, conforme acima mencionado.

Ademais, vale ressaltar sobre a imposição da multa por infração de 50% (cinquenta por cento) no AI em apreço. Com o advento da Lei 2833/2021, no Artigo 23, II, ocorreu a exclusão da referida multa nos casos de retenção e não recolhimento do ISS, apurado por meio de ação fiscal, em relação aos substitutos tributários elencados no Artigo 17. Esta lei se aplica ao caso, ora em julgamento, mostrando-se mais benéfica que a lei vigente à época da ocorrência do fato gerador. Portanto, deve ser cumprido o que determina o Artigo 106, II, “c” do Código Tributário Nacional – CTN:

Art. 106. A lei aplica-se a ato ou fato pretérito:

[...]

II - tratando-se de ato não definitivamente julgado:

[...]

Semef

Secretaria Municipal



Prefeitura de

Manaus

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

c) quando lhe comine penalidade menos severa que a prevista na lei vigente ao tempo da sua prática.

Desse modo, voto pelo **CONHECIMENTO e PROVIMENTO PARCIAL** do Recurso Voluntário, com a exclusão das NFS 44836 e 45743 do movimento econômico tributado e a não aplicação da multa por infração de 50%, em virtude do princípio da retroatividade benigna.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 06 de julho de 2023.

REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS

Conselheira Relatora