

Acórdão n.º 048/2023 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 03 de agosto de 2023

Recurso n.º 026/2019 – CARF-M (A. I. I. n.º 20175000716)

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

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Relator: Conselheiro **MÁRCIO DE VASCONCELOS PAIVA**

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA DE SUJEITO PASSIVO. AUSÊNCIA DE RECOLHIMENTO DE ISSQN RETIDO NA FONTE. RECUSA INDEVIDA DA NOTA FISCAL DE SERVIÇO ELETRÔNICA-NFSe. AUTO DE INFRAÇÃO PROVIDO. CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL DO RECURSO VOLUNTÁRIO. NÃO APLICAÇÃO DA MULTA POR INFRAÇÃO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

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 Dar Provimento Parcial** ao Recurso Voluntário, **mantendo-se o Auto de Infração e Intimação nº 20175000716**, de 29 de julho de 2017, com a exclusão 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.

Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 03 de agosto de 2023.


FRANCISCO MOREIRA FILHO

Presidente


MÁRCIO DE VASCONCELOS PAIVA

Relator


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 026/2019 – CARF-M

ACÓRDÃO Nº 048/2023 – SEGUNDA CÂMARA

PROCESSO FISCAL Nº 2017.11209.12628.0.027144

AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20175000716

RECORRENTE: DIRECIONAL ZIRCONE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA.

RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL

RELATOR: Conselheiro MÁRCIO DE VASCONCELOS PAIVA

RELATÓRIO

Tratam os presentes autos de recurso voluntário, a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais - CARF-M, interposto pelo contribuinte **DIRECIONAL ZIRCONE EMPREENDIMENTOS IMOBILIÁRIOS LTDA**, já devidamente qualificado nos autos, face a **Decisão nº 249/2018 - GECFI/DETRI/SEMEF**, exarada em 14/11/2018 nos autos do processo administrativo fiscal nº 2017/11209/12628/027144, que julgou procedente o Auto de Infração e Intimação nº 20175000716, de 29/07/2017 em virtude de o contribuinte substituto não proceder ao recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN, Retido na Fonte, decorrente das inconsistências nas Notas Fiscais de Serviços Eletrônica - NFSe recusadas e não justificadas de forma consistente, relativo aos serviços tomados de terceiros, nos meses de fevereiro, março e dezembro de 2013, infringindo a Legislação Tributada Municipal.

Os serviços foram discriminados nas referidas NFSe's recusadas pelo contribuinte as quais integram o Sistema GISS/SEMEF, com a alíquota de 2%, cujos valores acham-se consolidados no Quadro de ISSQN a Recolher, apenso ao Auto”

Foi dado como infringido o art. 2º, inciso I da Lei n. 1.089/2006, culminando na aplicação da multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto nos termos do art. 30, inciso I, da Lei nº 254/94, com redação dada pelo artigo 1º da Lei n. 1.420/2010 c/c art. 2º da Lei n. 1.420/10, cujo crédito tributário totaliza, na data de 29/06/2017, o montante de R\$ 380,39 (trezentos e oitenta reais e trinta e nove centavos) equivalentes a 3,81 UFM's - Unidades Fiscais do Município.

A empresa autuada apresentou impugnação ao referido Auto de Infração, argumentando, resumidamente:

1. Não houve descumprimento de obrigação legal, uma vez que as NFSe foram recusadas, durante a apuração do imposto, não havendo, portanto, prestação de serviço;
2. Não houve prestação de serviço e as NFSe foram recusadas, uma vez que não houve a ocorrência de hipótese de ocorrência e, em razão disto, o imposto não foi pago;
3. Cumpriu com as suas obrigações acessórias na condição de substituto tributário, e em razão disso, deve haver completa exclusão de sua responsabilidade tributária;

M



4. Que a penalidade de 50% (cinquenta por cento) aplicada pela Auditora Fiscal, possui caráter confiscatório, violando os Princípios do Não Confisco, da Razoabilidade e da Proporcionalidade;

5. Ao fim requer a nulidade e improcedência do Auto de Infração e Intimação em tela, e no caso de não ser aceita a tese destacada por sua defesa, que a penalidade seja reduzida para 20% (vinte por cento).

A Auditora Fiscal responsável pela fiscalização e autuação, em sua réplica se posiciona pela manutenção do Auto de Infração, frente à impugnação, nos seguintes termos:

1. A emissão da NFSe, com o destaque da retenção do ISSQN na fonte pelo tomador, conforme verificado por meio do sistema informatizado da prefeitura (Gissonline), o que caracteriza que houve prestação de serviço;

2. O tomador de serviços dispõe de relatório de inconsistências em sistema online do Fisco Municipal, sendo o cancelamento das referidas NFSe pelo prestador de serviço suficiente para completar a sua regularidade;

3. Que apurado por meio do Relatório de Inconsistência, sendo que o referido Auto foi emitido para as Nfse com alíquota de 2%(dois por cento);

4. No tocante a penalidade aplicada de multa de 50%(cinquenta por cento) do imposto devido, a Auditora Fiscal afirma ter tão somente cumprido a legislação municipal.

A Decisão exarada na Primeira Instância Administrativa, pelo julgador do Contencioso Fiscal, julgou procedente o Auto de Infração e Intimação em epígrafe pelas razões de fato e de direito acima apresentados.

Em seu Recurso Voluntário, o contribuinte recorre com base nos fundamentos constantes de sua impugnação em 1ª Instância e requer sejam, a autuação e sanção pecuniária em seu desfavor, reconsideradas em 2ª instância, de modo que o Auto de Infração seja julgado improcedente e o lançamento dele proveniente anulado e no caso de não acolhida de seu pedido, que a multa imposta seja reduzida para o percentual de 20%

O nobre Representante Fiscal, opinou, em seu **Parecer nº 013/2023 – CARF-M/RF/2ª Câmara**, pelo **CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO** do Recurso Voluntário, para manter a Decisão Primária em todos os seus termos.

É o Relatório.

VOTO

Considerando terem sido atendidos todos os pressupostos procedimentais de admissibilidade do recurso voluntário, passo ao exame de suas razões recursais.

O lançamento é o meio pelo qual a Fazenda Pública prepara seu título executivo, infundindo-lhe liquidez, certeza e exigibilidade, como condição necessária para exigir judicialmente o respectivo crédito tributário.

Dentro deste contexto é que está inserido o Processo Administrativo Tributário como um instrumento de observância dos princípios da ordem jurídica, visando à justiça fiscal, especialmente no que se refere aos princípios da legalidade, da ampla defesa e do contraditório, descritos na Constituição Federal da República em seu art. 5º, incisos LIV e LV, a seguir transcritos:

Art. 5º (omissis)

LIV – Ninguém será privado da liberdade ou de seus bens **sem o devido processo legal.**

LV - aos litigantes em processo judicial ou administrativo e aos acusados em geral são **assegurados o contraditório e a ampla defesa com os meios e recursos a ela inerentes.**" (grifamos).

O Princípio da legalidade é a forma de preservação da segurança. Tem-se que ao ser instituído em lei garante maior grau de segurança nas relações jurídicas. O princípio da legalidade, todavia, não significa apenas que a relação tributária é jurídica. A essencialidade desta relação é que seja regulada em lei, no sentido específico

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa ampliam a transparência administrativa, surgindo o princípio de justiça, proporcionando o equilíbrio entre as partes, tornando as defesas iguais, com decisões objetivas e concisas, conforme foi estabelecido pela vontade do legislador na elaboração da lei, supondo, assim, o conhecimento dos atos processuais pelo acusado e o seu direito de resposta ou de reação.

A Autoridade Fiscal segue os requisitos formais exigidos para a sua validade, conforme o Arts. 76 e 77 da Lei 1.697/83 – Código Tributário do Município de Manaus, in verbis:

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

Art. 77 – O auto de infração será lavrado no local da verificação e conterá:

- I - A qualificação do autuado;
- II - o local, a data e a hora da lavratura;
- III - a descrição do autuado
- 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, quando o processo constarem elementos suficientes para a determinação da infração.

No caso em questão, verifica-se que o recurso baseia-se no entendimento de que não houve a ocorrência do Fato Gerador do ISSQN, pelo fato de que as NFSe inseridas na autuação, não constavam no sistema de emissão e escrituração de NFSe e foram recusadas nos respectivos períodos de apuração do imposto e, por essa razão, não tiveram recolhimento.

Quando da apreciação da referida alegação, em impugnação dirigida a 1ª instância, o julgador detalha, acertadamente, que a materialização do fato gerador está consubstanciado na emissão de NFSe pelo prestador de serviços que não foram objeto de pedido de cancelamento pelo emissor, sendo elas consideradas documentos oficiais, pela

M



legislação tributária, cabendo as mesmas como elementos de prova, destarte o § 3º, do Artigo 1º, da Lei nº 1.090 de 29/12/2006, no tocante a emissão da NFSe:

Art. 1º. (omissis)

§ 3º. A emissão de NFSe 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, observado os procedimentos regulamentares.

Acentua o referido entendimento, o parecer do douto Representante Fiscal evidenciando que a materialidade da obrigação tributária encontra-se plenamente caracterizada pela emissão das NFSe.

Na condição de substituto tributário, a recorrente tem a total responsabilidade sobre o ISSQN dos serviços a ela prestados, sendo que a simples recusa da NFSe não é suficiente para eximir-se de responsabilidade tributária a ela conferida pela Lei 1.089/2006.

Não poderia, então, a recorrente alegar a inoccorrência do fato gerador pela mera recusa de NFSe emitida por seus prestadores de serviço, sendo imprescindível o procedimento de cancelamento de NFSe junto a SEMEF, nos casos de não prestação de serviços regularmente justificada, como disposto no Artigo 21, e seu § único, do Decreto 9.139 de 05/07/2007:

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

§ Único Após a data do vencimento do imposto a NFS-e somente poderá ser cancelada mediante regular processo administrativo.

No tocante a aplicação da multa de 50% (cinquenta por cento), em que pese o fato da Auditora Fiscal aplicar a penalidade prevista na ocasião, ao final do transcurso do Procedimento Administrativo Fiscal, atendendo ao preconizado na época pela Legislação Tributária Municipal, 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, desta feita a 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:

[...]

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

M



Diante do exposto, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO E PROVIMENTO PARCIAL** do Recurso Voluntário, mantendo-se a decisão exarada na Primeira Instância Administrativa, que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração e Intimação nº 20175000716, com a exclusão da multa de 50% aplicada.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 03 de agosto de 2023.

MÁRCIO DE VASCONCELOS PAIVA
Conselheiro Relator