

Acórdão n.º 049/2023 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 03 de agosto de 2023

Recurso n.º 014/2019 – CARF-M (A. I. I. n.º 20175000745)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTECIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **RS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA. - EPP**

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. NF 17 CANCELADA. TRAI Nº 34/2017. ALTERAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO. NÃO APLICAÇÃO DA MULTA POR INFRAÇÃO. RETROATIVIDADE BENIGNA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **RS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA. – EPP**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, **Conhecer** e **Julgar Improvido** o Recurso de Ofício, **mantendo-se** o Auto de Infração e Intimação n.º 20175000745, de 28 de julho de 2017, com as alterações promovidas por intermédio do TRAI n.º 34/2017, tendo sido ratificada a decisão proferida em *Primeiro Grau*, porém com 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.

Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 03 de agosto 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 014/2019 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 049/2023 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2017.11209.12628.0.027821
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20175000745
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTECIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: RS INDÚSTRIA E COMÉRCIO DE PLÁSTICOS LTDA. - EPP
RELATORA: Conselheira REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS

RELATÓRIO

A empresa **R S Indústria e Comércio de Embalagens Ltda.**, CNPJ 84531656/0001-20, Inscrição Municipal 6802101, caracterizada como contribuinte substituto, foi autuada pela não retenção e recolhimento do ISSQN das Notas Fiscais de Serviços recebidas e recusadas, constantes no Sistema Giss Online/SEMEF, das quais não comprovou os motivos das recusas justificadas de forma inconsistente. O Auto de Infração e Intimação nº 20175000745, de 04.07.2017, abrangeu o período de janeiro de 2014; maio e agosto de 2016. 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: 422,42 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 expõe:

a) “A suposta exigência fiscal objeto do Auto de Infração publicado em Edital dia 10.07.2017, nº 20175000745, refere-se a NOTIFICAÇÃO Nº 033/2017-DEAFT/SUBREC, datado de 27.03.2017, que tratou da RECUSA de Notas Fiscais Eletrônicas – NFS-e de Prestadores de Serviços.”

b) As Notas Fiscais foram emitidas sem o cumprimento do que fora previamente contratado ou em duplicidade. Não conseguiu localizar a prestadora Leoplast Representações Ltda. (NF 37); a prestadora de serviços MSC Mediterranean Shipping do Brasil Ltda. (NF 2820, 2821, 2822) alegou dificuldades para efetuar o cancelamento e a prestadora S Cordeiro de Almeida Construções Eireli tomou as providências para o devido cancelamento.

c) “esperamos ter esclarecido essa situação, merecer acolhimento em âmbito administrativo para DESCONSIDERAR referido auto”

**DA RÉPLICA DA AUTORIDADE FISCAL AUTUANTE**

A autoridade fiscal autuante menciona, em sua réplica:

a) O responsável recusou-se a assinar o Termo de Início de Ação Fiscal 141186, de 13.06.2017 e o Auto de Infração nº 20175000745, por isso foram publicados em Edital no Diário Oficial do Município.

b) As Notas Fiscais da relação anexa ao AI, não foram canceladas pelos prestadores, permanecendo válidas no movimento econômico.

c) A regularização dá-se por processos administrativos nos quais se requer o cancelamento das notas fiscais de serviços eletrônicas.

d) A Nota Fiscal nº 17, de 30.08.2016 (S Cordeiro de Almeida Construções Eireli) foi cancelada e seu valor retirado da base de cálculo do AI, com a lavratura do TRAI 34/2017 (crédito tributário de 422,42 UFM's para 21,25).

e) É favorável à manutenção parcial do Auto de Infração.

DA DECISÃO DO ÓRGÃO JULGADOR DE 1º GRAU

O julgador de 1º grau destaca que todos os requisitos legais foram cumpridos pela autoridade fiscal.

Além disso, “a Impugnante está enquadrada como substituto tributário, conforme preconiza o Inciso II, art. 2º, da lei 1089/2006, assim resta caracterizada a obrigação de reter e recolher o ISSQN devido.”

“[...] a autoridade autuante comprovou por meio das Notas Fiscais Eletrônicas emitidas em face do Autuado, a ocorrência do fato gerador”

“[...] o tomador conseguiu comprovar a inexistência de relação jurídica entre si o prestador unicamente em relação a NFSe n. 17, de 30/08/2016”. O valor da referida NF foi excluído da base de cálculo do AI (TRAI-Termo de Retificação do Auto de Infração 34/2017).

Por meio da **Decisão nº 124/2018 - GECFI/DETRI/SEMEF**, julgou **PARCIALMENTE PROCEDENTE** o Auto de Infração e Intimação nº 20175000745, de 04.07.2017, ratificando as alterações realizadas pelo TRAI 34/2017. Recorreu de ofício ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M e solicitou que o impugnante fosse intimado a recorrer da referida Decisão CARF –M, no prazo de 30 (trinta) dias.

DA CIÊNCIA DA AUTUADA

Às fls. 44, encontra-se o Termo de Ciência assinado pelo impugnante em 08.04.2019.

PARECER DA REPRESENTAÇÃO FISCAL

No **Parecer nº 034/2023-CARF-M/RF/2ª Câmara**, o Representante Fiscal destaca:

a) “[...] a decisão primária reconheceu a parcial procedência do AII, excluindo da exação o valor alusivo à NFS-e nº 17, nos termos do TRAI n. 34/2017”. Por essa desoneração, recorreu de ofício ao CARF-M.,”

b) “[...] convém lembrar que, diante da falta de interposição de recurso voluntário, a decisão de segunda instância deve cingir-se, via de regra, apenas ao capítulo da decisão que versa sobre a referida exoneração, [...]” Nos autos há cópia da NF nº 17, devidamente cancelada, desobrigando a autuada do pagamento do ISS correspondente.

Opina pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício para manter a decisão primária.

É o Relatório.

VOTO

Em análise do mérito, constata-se que o lançamento efetuado no Auto de Infração e Intimação nº 20175000745, de 04.07.2017, ocorreu pela não retenção e recolhimento do ISS por parte do contribuinte R S Indústria e Comércio de Embalagens Ltda., CNPJ 84531656/0001-20, Inscrição Municipal 6802101, 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 contera, 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.

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. A autoridade fiscal, diante do cancelamento da NF 17, de 30.08.2016 (valor do ISS - R\$ 23.700,00), emitida pelo prestador de serviço S Cordeiro de Almeida Construções Eireli, efetuou o TRAI nº 34/2017, retirando seu valor da base de cálculo do Auto de Infração em apreço. O crédito tributário passou de 422,42 UFM para 21,25 UFM. O mesmo não aconteceu em relação às demais Notas Fiscais, permanecendo caracterizada a ocorrência do fato gerador.

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.

A Nota Fiscal de Serviço Eletrônica foi instituída, no município de Manaus pela Lei 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)

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:

[...]

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

Desse modo, voto pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do **Recurso de Ofício**, mantendo a decisão de Primeira Instância, porém com 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, 03 de agosto de 2023.


REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS
Conselheira Relatora