



Acórdão n.º 024/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 07 de julho de 2022

Recurso n.º 051/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20125000421)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessado: **SAKURA EXHAUST DO BRASIL LTDA.**

Relator: Conselheiro **PAULO RODRIGUES DE SOUZA**

TRIBUTÁRIO. ISSQN. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. TRAI LAVRADO APÓS DECISÃO PRIMÁRIA. REVISÃO OPERADA QUANDO JÁ ESCOADO O PRAZO DECADENCIAL. IMPOSSIBILIDADE DE EFETUAR NOVO LANÇAMENTO OU DE REVISAR O PRIMITIVO. CONHECIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO. DECLARAÇÃO DE NULIDADE DA DECISÃO PROFERIDA EM PRIMEIRO GRAU, DO AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO E DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO DELE DECORRENTE.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **SAKURA EXHAUST DO BRASIL LTDA.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, à unanimidade de votos, Conhecer o Recurso de Ofício, declarando a nulidade da Decisão proferida em Primeiro Grau, do Auto de Infração e Intimação n.º 20125000421, de 17 de setembro de 2012 e do Crédito Tributário dele decorrente, 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, 07 de julho de 2022.


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, JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA, ALDERNON GONDIM VIEGAS e PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO.



RECURSO Nº 051/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 024/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2012/11209/12628/00018
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000421
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: SAKURA EXHAUST DO BRASIL LTDA.
RELATOR: Conselheiro PAULO RODRIGUES DE SOUZA

RELATÓRIO

A **PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA**, recorre de ofício e o contribuinte **SAKURA EXHAUST DO BRASIL LTDA.** recorre voluntariamente a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, da **DECISÃO Nº 240/2018 – GECFI/DETRI/SEMEF**, exarada nos autos do **PROCESSO Nº 2012/11209/12628/00018**, fls. 094-106, que julgou **PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000421**, lavrado no dia 17 de setembro de 2012, porque não teria sido retido e recolhido o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN incidente sobre o pagamento de royalties a beneficiários do exterior a título de exploração dos serviços de cessão de direito e de uso de marcas patrimoniais, tipificado no subitem 3.02 da Lista de Serviços anexa a Lei Municipal nº 714/2003, devido no ano de 2011, posteriormente sendo retificado para o subitem 17.01, do mesmo diploma legal, infringindo conforme está no Auto de Infração, o Artigo 2º, inciso II, e Artigo 8º, da Lei nº 1.089/2006, acarretando na aplicação da penalidade imposta pelo Artigo 30, inciso I, da Lei nº 254/1994, com redação dada pelo Artigo 1º, da Lei nº 1420/2010, c/c Artigos 2º, da mesma Lei e 106, II, "c" do Código Tributário Nacional – CTN, que determinam a aplicação da multa de 50% (cinquenta por cento) do valor do imposto devido, resultando em um crédito tributário no valor de R\$ 174.755,30 (Cento e setenta e quatro mil, setecentos e cinquenta e cinco centavos), equivalentes a 2.480,91 Unidades Fiscais do Município – UFM's.

DA IMPUGNAÇÃO:

No dia 16/10/2012, a empresa autuada protocolou a sua Impugnação, fls. 07 a 16, o que arguiu, em síntese, o que segue:

I – Que referente ao período indicado realizou quatro remessas ao exterior, sendo duas delas referentes ao pagamento de assistência técnica tendo efetuado o recolhimento do ISSQN retido na fonte mas que referente às remessas relativas a contratos de licenciamento em que ocorreu transferência de tecnologia não concordou em efetuar o recolhimento do referido imposto;



II – Que deve ser reconhecido o vício de inconstitucionalidade material do Artigo 1º, Item 3.02, da Lei Municipal nº 714/2003, bem como do mesmo item da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar Federal nº 116/2003, cujo texto foi reproduzido integralmente pela lei municipal;

III – Que o vício de inconstitucionalidade reside no fato da cessão de direito de uso de marca e de sinais de propaganda, contemplado no subitem 3.02 não configurar obrigação de fazer, cujo fundamento está no julgado do STF relativo à inconstitucionalidade da locação de bens móveis que sugere, com exposição de doutrina, ter a mesma natureza do subitem 3.02, por se tratar de uma obrigação de dar;

IV – Que, por fim, manifesta-se pelo reconhecimento da inconstitucionalidade do Artigo 1º, subitem 3.02, da Lista de Serviços constante na Lei Municipal n.º 714/2003, bem como do mesmo item da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar Federal nº 116/2003, por afronta aos Artigos 156, III, da CF e 8º, da Constituição do Estado e pela desconstituição do Auto de Infração que se refere.

DA RÉPLICA FISCAL:

Já em Réplica (fls. 51 a 52), a Auditora Fiscal autora da fiscalização se posiciona com os seguintes argumentos frente à Impugnação formulada pela empresa:

(i) Que o contribuinte admite que os contratos firmados entre o mesmo e a Sakura Kogyo Co. Ltd. tem por objeto a cessão de uso de marca, mas alega que a sistemática constitucional de atribuições de competência reservou aos municípios apenas a tributação das operações cujo núcleo central seja a prestação de serviços, ou seja, o fazer;

(ii) Que não cabe a autora do procedimento fiscal discutir a constitucionalidade de determinada lei, mas apenas observar o aspecto material, qual seja, a hipótese de incidência definida na legislação e o recolhimento do respectivo tributo;

(iii) Que identificou a ocorrência do fato gerador previsto no subitem 3.02 (Cessão de direito de uso de marcas e de sinais de propaganda) previsto na Lista de Serviços anexa à Lei Complementar Federal nº 116/2003 e procedeu a autuação, se posicionando pela manutenção do auto.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA:

A Primeira Instância Administrativa, por meio da **DECISÃO Nº 240/2018 – GECFI/DETRI/SEMEF**, fls. 94 a 106, proferida em 30/10/2018, julgou **PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000421**, estabelecendo as seguintes retificações:

a) INFRIGÊNCIA:

DE: “Artigo 2º, II, da Lei 1089/2006.



Que obriga o Contribuinte Substituto a reter na fonte, no ato do pagamento, o valor do imposto Sobre Serviços devido pelos serviços tomados.

PARA: "Artigo 6º, inciso I, da Lei Municipal nº 714/2003".

b) Quanto à "**OCORRÊNCIA VERIFICADA**", menção aos Contratos de Câmbio nºs 10/085824 e 10/157398, a partir os quais foram verificadas as ocorrências dos fatos geradores do ISSQN nos seus elementos: material, pessoal, espacial, temporal e quantitativo, e que as atividades tributadas subsumem-se ao Subitem 17.01 da Lista de Serviços, aprovada pela Lei Municipal nº 714/2003;

c) E quanto a "**BASE DE CÁLCULO**", conforme quadro abaixo:

o. Contrato Cambio	ata	ase de Cálculo (R\$)	Item/Subitem da Lista
1/060065	3/03/2011	34.718,05	17.01 – Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares
0/0262663	3/10/2011	65.834,70	17.01 – Assessoria ou consultoria de qualquer natureza, não contida em outros itens desta lista; análise, exame, pesquisa, coleta, compilação e fornecimento de dados e informações de qualquer natureza, inclusive cadastro e similares

“As retificações deverão **ser promovidas imediatamente**, em obediência ao Princípio da Supremacia e Indisponibilidade do Interesse Público, e ao Artigo 23 combinado com Artigo 25, ambos do PAF, e cientificadas **ao contribuintes juntamente com esta decisão**, em obediência ao Princípio da Ampla Defesa.”

Dessa forma, face o valor do Auto de Infração e Intimação ultrapassar o valor limite de alçada do Julgador de Primeira Instância, configurado no Termo de Retificação de Auto de Infração – **TRAI Nº 173/2019** e cientificado ao contribuinte em 02/08/2019, ensejou o Recurso de Ofício a este CARF-M.

DO RECURSO VOLUNTÁRIO:

No dia 23/08/2019 o representante da autuada tomou ciência da Decisão nº 240/2018 – DETRI/SEMEF, referente ao Processo 2012.11209.12628.0.00018, que julgou Procedente o Auto de Infração e Intimação nº 20125000421, de 17/09/2012, sobre a qual não impetrou Recurso Voluntário a este CARF-M.

O douto Representante Fiscal, às fls. 121 a 129, opinou pela **NULIDADE** da **DECISÃO PRIMÁRIA** e pela **NULIDADE** do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº**

20125000421, considerando o decurso do prazo decadencial compromete irremediavelmente a necessária correção formulada pelo Termo de Retificação de Auto de Infração – **TRAI Nº 173/2019**.

É o Relatório.

VOTO

No caso em questão, houve a lavratura do Auto de Infração e Intimação nº 20125000421, em 17/09/2012, pela autoridade fiscal constituindo o crédito de ISSQN tipificado no subitem 3.02 da Lista de Serviços, anexa à Lei Complementar nº 116/2003 e a Lei Municipal nº 714/2003, a título de exploração dos serviços de cessão de direito e de uso de marcas patrimoniais, referente às competências de **MARÇO/2011** e **OUTUBRO/2011**, que resultou no valor de R\$ 174.755,30, equivalente a 2.480,91 UFMs.

Ao proferir a **DECISÃO Nº 240/2018 – GECFI/DETRI/SEMEF**, em 30/10/2018, a Primeira Instância Administrativa, julgou **PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000421**, mas estabeleceu correções do Auto de Infração nos campos **INFRIGÊNCIA, OCORRÊNCIA VERIFICADA** e **BASE DE CÁLCULO**.

No detalhamento da base de cálculo, houve a orientação para alterar o enquadramento do subitem da Lista de Serviços de 3.02 para o subitem 17.01. A base de cálculo passou de R\$ 2.058.528,08 para R\$ 1.800.552,75 em moeda da época, resultando, por consequência em alteração do valor do imposto devido.

Sobre a possibilidade de retificação de Auto de Infração e Intimação, o Decreto 681/1991, PAF municipal, em seu Artigo 17, assim determina:

Art. 17 - Verificado erro na aplicação de pena ou omissão, após a lavratura do Auto de Infração, serão corrigidos ou acrescentados pelo próprio atuante ou por seu chefe imediato, mediante termo de aditamento ou retificação, sendo o contribuinte cientificado, e reaberto novo prazo para impugnação.

No caso em análise, na Decisão Primária houve a orientação de revisão do Auto de Infração, da respectiva ciência da empresa atuada relativa às revisões indicadas em conjunto com decisão proferida pelo setor de julgamento de Primeira Instância. Após a notificação da retificação promovida pelo TRAI Nº 173/2019, o processo foi encaminhado imediatamente ao CARF-M, suprimindo da empresa atuada o direito à nova impugnação à Primeira Instância, limitando-se a informar o direito ao Recurso Voluntário da respectiva Decisão a este órgão de Segunda Instância de Julgamento.

O Código Tributário Nacional – CTN, em seu Artigo 145, inciso III, trouxe a possibilidade de revisão do lançamento de ofício, o Auto de Infração:

Art. 145. O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo só pode ser alterado em virtude de: [...]
III - iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no artigo 149.

Há, entretanto, o limite de prazo que consta do Parágrafo Único no Artigo 149, do CTN:

Art. 149. O lançamento é efetuado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos: (..)
Parágrafo único. A revisão do lançamento só pode ser iniciada enquanto não extinto o direito da Fazenda Pública.

Quanto à aplicação do instituto da decadência, recorremos ao REsp 1809145/DF, da relatoria do Ministro Mauro Campbell Marques, julgado em 19/05/2020, DJe27/05/2020, que reafirmou as pacíficas jurisprudências do Superior Tribunal de Justiça - STJ no sentido de que "*as matérias de ordem pública (e.g. prescrição, decadência, condições da ação, pressupostos processuais, consectários legais, incompetência absoluta, impenhorabilidade, etc.) não se sujeitam à preclusão, podendo/devendo ser apreciadas a qualquer momento e de ofício nas instâncias ordinárias. A saber: AgRg no REsp. n. 1.348.012 / MG, Segunda Turma, Rel. Min. Assusete Magalhães, julgado em 16.06.2015; REsp. n. 1.372.133 / SC, Terceira Turma, Rel. Min. Sidnei Beneti, julgado em 05.06.2014; REsp. n. 1.314.360 / MG, Segunda Turma, Rel. Min. Herman Benjamin, julgado em 07.02.2013; AgRg no AREsp. n. 223.196 / RS, Segunda Turma, Rel. Min. Humberto Martins, julgado em 16.10.2012.*"

Por fim, uma vez que restou configurada na Decisão de Primeira Instância a necessidade de retificações do Auto de Infração e Intimação, campos **INFRIGÊNCIA, Ocorrência verificada e BASE DE CÁLCULO**, incluindo em novo enquadramento no subitem da Lista de Serviço, resultando com isso em um TRAI, que equivale à efetivação de novo lançamento, após esgotado o prazo decadencial (Artigo 156, inciso V; Artigo 150, § 4º; Parágrafo Único do Artigo 149, todos do CTN), **VOTO** pela **ANULAÇÃO** do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000421**, com as alterações promovidas pelo **TRAI Nº 173/2019**.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 07 de julho de 2022.


PAULO RODRIGUES DE SOUZA
Conselheiro Relator