

Acórdão n.º 026/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 14 de julho de 2022

Recurso n.º 172/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20115000591)

Recorrente: **SONY DADC BRASIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO VÍDEO-FONOGRÁFICA LTDA.**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

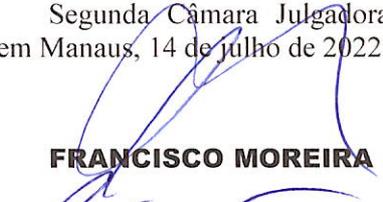
Relatora: Conselheira **RENÉE FAGUNDES VEIGA**

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. FALTA DE RETENÇÃO DE ISSQN. TRAI LAVRADO APÓS DECISÃO PRIMÁRIA. DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU COM SUPRESSÃO DE INSTÂNCIA. AFRONTA AO PRINCÍPIO DO CONTRADITÓRIO E DA AMPLA DEFESA. NULIDADE DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **SONY DADC BRASIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO VÍDEO-FONOGRÁFICA 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 e Declarar a Nulidade da Decisão proferida em Primeiro Grau, procedendo-se a devolução dos autos à Primeira Instância Administrativa para que seja obedecido o trâmite da Instância suprimida, 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, 14 de julho de 2022.


FRANCISCO MOREIRA FILHO

Presidente


RENÉE FAGUNDES VEIGA

Relatora


DAVID MATALON NETO

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: PAULO RODRIGUES DE SOUZA, SARAH LIMA CATUNDA, JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA e MÁRCIO DE VASCONCELOS PAIVA.

RECURSO Nº 172/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 026/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2011/2967/3446/00595
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000591
RECORRENTE: SONY DADC BRASIL INDÚSTRIA, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO
VÍDEO-FONOGRÁFICA LTDA.
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
RELATORA: Conselheira RENÉE FAGUNDES VEIGA

RELATÓRIO

Trata-se de **PROCESSO FISCAL Nº 2011/2967/3446/00595**, referente ao **RECURSO FISCAL Nº 172/2021 – CARF-M**, cuja autuada é **SONY DADC BRASIL, INDÚSTRIA, COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO VÍDEO-FONOGRÁFICA LTDA.**

A autuada apresentou recurso voluntário face à **DECISÃO Nº 202/2018 – GECFI/DETRI/SEMEF**, constante às fls. 183/200, que julgou **PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000591**, lavrado em 25 de agosto de 2011, com alterações promovidas pelos **TRAIs Nºs 65/2012** (fls. 90/113) e **74/2021** (fls. 114/125). Em síntese, as autuações e suas modificações se dão em razão de a interessada figurar na condição de substituta tributária, em virtude da ausência de retenção e recolhimento do ISSQN incidente sobre importação de serviços de cessão de direito de uso de programas de computação, enquadrados no subitem 1.05 da Lista de Serviços anexa à Lei Municipal nº 714/2003, tomados no **ANO** de **2006**, o que caracterizaria infração ao Artigo 2º, III e Artigo 3º, da Lei Municipal nº 231/1993, cuja previsão é de penalidade prevista no Artigo 30, I, da Lei nº 254/1994, aplicando-se, ainda, as disposições do Artigo 1º, da Lei nº 1420/2010, em relação à retroatividade conforme Artigo 2º do aludido dispositivo legal, c/c Artigo 106, II, alínea “c” do Código Tributário Nacional, cuja multa cominada é de 50% sobre o valor do imposto devido.

Em sua peça (fls.7/50), alegou em síntese:

I – Tempestividade do Recurso, juntando comprovação do recolhimento da taxa de expediente;

II – Que a empresa autuada é incentivada e pertencente ao Pólo Industrial da Zona Franca de Manaus e que esclareceu que os valores remetidos para o exterior não configuram prestações de serviços passíveis de retenção de ISS, informando que apresentou os documentos cabíveis para fins de comprovação;

III – Preliminarmente, suscita a nulidade do Auto de Infração por vícios e, sobretudo, porque as remessas de royalties em questão não estão sujeitas de tributação pelo ISSQN por não se amoldarem ao conceito de serviço, questionando ausência de

indicação clara dos fatos motivadores da cessão exaçaõ, da mesma forma que a origem dos valores utilizados para a base de cálculo;

IV - Que a cessão de direito de uso de software não constitui serviço, motivo pelo qual não haveria a incidência do ISS;

V – Inconstitucionalidade da cobrança de ISS na importação de serviços;

VI – Natureza confiscatória (Artigo 150, IV, CF/88) da multa de 50% sobre o valor o imposto devido.

Além disso, por ocasião da Impugnação em comento, juntaram aos autos (fls. 71/77) cópia do Extrato da Declaração de Importação Admissão na ZFM - Zona Franca de Manaus, além do Contrato de Câmbio nº 06/230 (fls. 78/80.)

Às fls. 85/89, a Auditora Fiscal autuante defendeu a legalidade da exaçaõ, destacando que, da análise da planilha apresentada seria possível concluir os seguintes fatos:

I – No ano de 2006 ocorre tão somente uma remessa em janeiro e que diz respeito à importação de serviços diversos – Direitos Autorais no valor de R\$ 79.094,72;

II – Nos anos 2007, 2008 e 2009 ocorrem diversas remessas, tendo o contribuinte comprovado tratar-se de pagamento de juros de empréstimos tomados no exterior;

III – Em 2010 há o envio de cinco valores, sendo dois ocorridos em fevereiro e os três restantes em dezembro. Todas as remessas dizem respeito a contratos de licenciamento de produtos celebrados junto à Warner Bros. Entertainment., no montante de R\$ 1.312.835,23.

De tal modo, aduz que a planilha que levou à elaboração dos dois Autos de Infração fora confeccionada pelo próprio contribuinte e diz que, diante da informação, pelo contribuinte, da dificuldade em identificar os valores, elaboraria um TRAI retificando os meses de pagamento e informando que acarretaria modificação nos valores para maior, passando, a seguir a comentar outros pontos da impugnação, aclarando ter apenas aplicado a legislação ao caso.

Após, seguem-se às fls. 90/113 o TRAI nº 65/2012, para retificar o mês da ocorrência do fato gerador, alterando da segunda quinzena de DEZ/2006 para JAN/2006 e às fls. 114/125, TRAI nº 74/2012, que acrescentou à base de cálculo da autuação a diferença entre o valor pago na primeira parcela (JAN/2006) e o valor indicado no Extrato da Declaração de Importação Admissão na ZFM, demonstrando a existência de uma segunda parcela cujo valor fora indicado no Contrato de Câmbio nº 06/025662, constante às fls. 120/123.

A autuada impugnou ambos os TRAI (impugnação ao TRAI nº 74/2012 fls. 129/154 e impugnação ao TRAI nº 65/2012 às fls. 158/180).



Às fls. 183/200, Decisão em Primeira Instância Administrativa, julgando procedente o Auto de Infração e Intimação nº 201150000591, de 25/08/2011, retificado pelos TRAI's nºs 65/2012 e 74/2012, determinando, ainda, a retificação da capitulação da infringência do referido Auto de Infração para o Artigo 6º, I, da Lei Municipal nº 714/2003, bem como a intimação da Impugnante do prazo de 30 dias para recorrer da Decisão ao CARF – M.

Porém, a atuada somente foi regularmente notificada da Decisão primária (o que ocorreu em 18/09/2018), momento em que, tempestivamente, interpôs o Recurso Voluntário no dia 17/10/2018, através do SIGED sob o número **2018.11209.12613.0.050054**.

Entretanto, a correção advinda da determinação da Decisão primária somente fora, teoricamente, implementada no dia 29/04/2021, através do TRAI nº 232/2021 (fls.211), não possibilitando que a atuada apresentasse Impugnação a este, eis que não houve intimação para tanto.

É o Relatório.

**VOTO**

Antes de adentrar no mérito, todavia, há que se suscitar a nulidade decorrente da inobservância das formalidades processuais impostas ao Processo Administrativo Fiscal, em conformidade com o que prescreve o Artigo 10, V, c/c o Artigo 83, IV, do Regimento interno no CARF-M.

Rememore-se que a garantia do contraditório e da ampla defesa ao sujeito passivo está expressamente prevista no Artigo 1º, I, do Decreto nº 681/1991, quando da regulamentação do Processo Administrativo Fiscal de determinação e exigência dos créditos tributários do Município e o de consulta sobre interpretação ou aplicação da legislação municipal, determinando que sejam observadas as normas emanadas da Constituição Federal, da Lei Orgânica do Município e do Código Tributário Municipal.

Portanto, seguindo na leitura do Decreto acima referido, observa-se que houve agravo direto ao Artigo 17 do mesmo, que assim dispõe:

Art. 17 - Verificado erro na aplicação de pena ou 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.

Tal afronta fica clara ao verificar-se que não houve devolução do prazo de Impugnação à autuada para que se manifestasse quanto ao teor do TRAI nº 232/2021 (fls.211), posterior à Decisão primária, suprimindo desta o direito a se defender junto à Primeira Instância Administrativa e retirando o direito ao duplo grau de cognição; ainda, tem-se o direito asseverado pelo Artigo 5º, LV, da CF/88, “*in verbis*”:

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

Neste momento instaura-se causa de nulidade do ato por afrontamento ao disposto no Artigo 17, do Decreto Municipal nº 681/1991 e, conseqüentemente, ao princípio do devido processo legal formal, assegurado no Artigo 5º, LIV, da Carta Magna, que determina que ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal, bem como por impedir sobremaneira a ampla defesa e o contraditório, visto a Decisão não versar tão somente quanto ao imputado no Auto de Infração, mas, igualmente, na retificação por ela própria sugerida.

Deste modo, obviamente retirou-se a possibilidade de defesa por parte da autuada aos seus termos, haja vista não ter sido devidamente intimado para Impugnação, e, conseqüentemente, extinguido, desta forma, qualquer possibilidade de se justificar ou defender dos termos ali contidos.

Aliás, não é demais lembrar que o próprio Código de Processo Civil já bem estabeleceu, em seu Artigo 10, a impossibilidade do Juiz decidir em qualquer grau de jurisdição com base em fundamento sobre o qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, mesmo que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício; tal vedação é também aplicável ao Processo Administrativo Fiscal, impedindo-se assim inovação nas decisões e cerceamento de defesa, por versar sobre desdobramento de princípio constitucional.

Por fim, existe a necessidade premente de retificação dos autos processuais, visto que o TRAI nº 232/2021 (fls. 211), diz respeito ao Auto de Infração e Intimação nº 20115000592 e os autos em análise referem-se ao Auto de Infração e Intimação nº 20115000591 (fl. 001).

Ante o exposto, com esteio e respeito ao Princípio Constitucional da Ampla Defesa e do Contraditório e considerando que houve afronta direta ao devido processo legal, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** do Recurso, devendo ser declarada **NULA** a Decisão de Primeira Instância, com fulcro no Artigo 23, II, do Decreto nº 681, de 11 de julho de 1991, bem como todos os atos posteriores, devendo os autos retornarem à Primeira Instância Administrativa para dar-se prosseguimento ao feito na forma prevista na legislação municipal, em conformidade com a redação do Parágrafo Único do Decreto Municipal nº 681/1991.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 14 de julho de 2022.


RENÉE FAGUNDES VEIGA
Conselheira Relatora