

Acórdão n.º 037/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 21 de setembro de 2022

Recurso n.º 563/2022 – CARF-M (A.I.I. nº 20115000734)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **ORBISAT DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E AEROLEVANTAMENTO S. A.**

Relator: Conselheiro **PAULO RODRIGUES DE SOUZA**

TRIBUTÁRIO. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. AUSÊNCIA DE RETENÇÃO NA FONTE E RECOLHIMENTO DO ISSQN. FALTA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR E DA COMPROVAÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. VÍCIO SUBSTANCIAL DO AUTO DE INFRAÇÃO. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **ORBISAT DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E AEROLEVANTAMENTO S. A.**

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, anulando-se o Auto de Infração e Intimação nº 20115000734, de 19 de outubro de 2011, tendo sido ratificada a Decisão proferida em Primeiro Grau, 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, 21 de setembro 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, REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS e PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO.



RECURSO Nº 563/2022 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 037/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2011/2967/3446/00761
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000734
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: ORBISAT DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E AEROLEVANTAMENTO S. A.
RELATOR: Conselheiro PAULO RODRIGUES DE SOUZA

RELATÓRIO

A **DIVISÃO DE ANÁLISE, JULGAMENTO E ESTUDOS TRIBUTÁRIOS – DIJET/DETRI**, apresentou Recurso de Ofício a este Egrégio Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M, da **DECISÃO Nº 034/2021 – DIJET/DETRI/SEMEF**, exarada nos autos do **PROCESSO Nº 2011/2967/3446/00761**, fls. 580/593, que julgou **NULO** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000734**, lavrado contra **ORBISAT DA AMAZÔNIA INDÚSTRIA E AEROLEVANTAMENTO S. A.**, no dia 19 de outubro de 2011, com ciência do contribuinte no dia 21 de outubro de 2011, por que não teria sido retido e recolhido o Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN incidente sobre os serviços de importação de assistência técnica, tipificado nos subitens 1.05, 3.02, 14.02 e 17.01, da Lista de Serviços anexa à Lei Municipal nº 714/2003, tomados nos **ANOS** de **2007, 2008, 2009** e **2010**, infringindo, conforme está no Auto de Infração, o Artigo 2º, inciso II, da Lei nº 1089/2006, 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\$ 302.824,19 (Trezentos e dois mil, oitocentos e vinte e quatro reais e dezenove centavos), equivalentes a 4.564,73 Unidades Fiscais do Município – UFMs.

DA IMPUGNAÇÃO:

No dia 21/11/2011, a empresa autuada protocolou a sua Impugnação, fls. 09 a 24, que arguiu, em síntese, o que segue:

I – Que é pessoa jurídica de direito privado tendo como objeto social “*o desenvolvimento, construção, prestação de serviços e venda de software e hardware e radares e de outros sensores empregados em técnicas de sensoriamento remoto, incluindo aerolevanteamento, bem como o processamento de dados obtidos por tais sensores, além de poder participar em outras sociedades.*”;

II – Que foi surpreendida com a lavratura do Auto de Infração e Intimação mencionado pela não retenção e recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN no valor de R\$ 302.824,19 (incluindo penalidade e juros),



equivalentes a 4.564,73 UFM's, por ter infringido o Artigo 2º, inciso II, da Lei nº 1089/2006;

III – Que a Auditora Fiscal de Tributos Municipais na descrição da ocorrência teria afirmado que a documentação apresentada foi insuficiente para a comprovação de quitação dos serviços importados e que, em síntese, as informações foram obtidas da Secretaria da Receita Federal, através da Declaração de Imposto de Renda da Pessoa Jurídica – DIRPJ;

IV – Que as informações obtidas através da DIPJ contêm escrituração, recolhimento e preenchimento de obrigações acessórias realizadas sempre pelo CNPJ da matriz da empresa;

V – Que a fiscalização se equivocou no entendimento que os referidos serviços foram utilizados pela unidade sede da empresa localizada no Município de Manaus e que, não teria levado em conta a farta documentação por ela apresentada comprovando que as prestações dos serviços foram efetuadas única e exclusivamente nas cidades de São José dos Campos e Campinas;

VI – Que toda a documentação comprobatória foi apresentada durante o curso do processo fiscalizatório, incidindo a douda Auditora Fiscal em erro;

VII – Que o dispositivo legal (Artigo 2º, da Lei nº 1.089/2006) enquadrado na suposta infringência não é encontrada nenhuma menção quanto a necessidade de retenção do imposto sobre serviços provenientes do exterior;

VIII – Que dentre os princípios Constitucionais da Administração Pública destaca-se o **Princípio da Legalidade** que deve vincular os Órgãos e Agentes Públicos;

IX – Que o Auto de Infração é nulo de pleno direito, haja vista que o fato atribuído à Impugnante não se coaduna com a capitulação da lei;

X – Que somente a penalidade pode ser corrigida mediante aditamento ou retificação do Auto de Infração, por força do Artigo 17, do PAF, que não é o caso, devendo, portanto, ser declarada a nulidade do Auto de Infração e Intimação;

XI – Que, segundo o Artigo 146, do CTN, não é possível a alteração do critério jurídico do lançamento por erro de direito do contribuinte ou do fisco e que as regras que autorizam a revisão, previstas no Artigo 149, do CTN, apenas nos casos de erros de fato;

XII – Que a Súmula 227, do extinto Tribunal Federal de Recursos, consagrou o entendimento de que *“a mudança de critério jurídico adotado pelo fisco não autoriza a revisão do lançamento”*;



XIII – Que o agente fiscal não comprovou mediante prova técnica ou qualquer outro elemento que os serviços foram, de fato, tomados pela unidade da Impugnante localizada no Município de Manaus;

XIV – Que a apuração do IRPJ, que justifica o preenchimento da DIPJ, é feita de forma centralizada com base no CNPJ da unidade matriz;

XV – Que a Impugnante elaborou e ofertou à Fiscalização documentos diversos, tendo inclusive realizado a juntada de diversos deles no processo de Impugnação;

XVI – Que, pelas diversas citações doutrinárias e decisões administrativas, não pode a acusação fiscal estar baseada em meras presunções, por violar o princípio da busca da verdade material;

XVII – Que, não obstante, as alegações anteriores, o Auto de Infração não pode subsistir posto ter o Município de Manaus invadido a competência de outros dois Municípios;

XVIII – Que a partir de 2006 a unidade localizada em Manaus passou a ter com atividade exclusiva a fabricação dos aparelhos eletrônicos da empresa, sendo que todo e qualquer serviço de geoprocessamento era prestado pelas unidades de Campinas e São José dos Campos, conforme a cópia da documentação apresentada;

XIX – Que, por fim, na hipótese remota de pairar dúvidas sobre as alegações, que seja a Impugnação convertida em diligência, disponibilizando a Interessada toda sua escrituração contábil e demais informações fiscais.

DA RÉPLICA FISCAL:

Já em Réplica (fls. 317 a 319), a Auditora Fiscal autora da fiscalização se posiciona com os seguintes argumentos frente à Impugnação formulada pela empresa:

I – Que o Auto de Infração foi emitido considerando as informações fornecidas pela Receita Federal, teria feito remessas para o exterior a título de serviços tomados;

II – Que a empresa se enquadra como contribuinte substituto por força do inciso II, do Artigo 2º, da Lei nº 1.089/2006, qual seja “*Empresas industriais beneficiadas por incentivo fiscal federal, estadual ou municipal;*”, inclusive quanto aos serviços tomados no exterior;

III – Que é possível a retificação do Auto de Infração por meio de Termo de Retificação do Auto de Infração – TRAI, conforme a legislação municipal;

IV – Que os valores relativos ao Imposto de Renda Retido na Fonte – IRRF, relativos aos serviços de importação foram informados pela Receita Federal

considerando o CNPJ 02.807.737/0001-46 da empresa Matriz localizada no Município de Manaus;

V – Que a empresa informou, quando intimada, que os serviços foram tomados pelas Filiais localizadas nos Municípios de São José dos Campos e Campinas;

VI – Que os documentos apresentados pela empresa foram insuficientes, pois foram entregues por amostragem, e ao solicitar maiores esclarecimentos não foi atendida;

VII – Que não foi apresentada a Contabilidade por Centro de Custo;

VIII - Que o Auto de Infração não foi lançado por mera presunção pois há dados concretos dos fornecidos pela Receita Federal de importação de serviços lançados na Declaração da empresa por meio do CNPJ da empresa Matriz;

IX – Que pelos documentos analisados durante o procedimento de fiscalização, com os dados contábeis consolidados, não comprovam que os serviços foram importados pelas filiais;

X – Que somente a partir da entrega dos contratos de câmbio no presente processo é que se pode comprovar que os serviços foram tomados pela filial de São José dos Campos – SP, com o recolhimento do ISSQN para os Municípios de São José dos Campos e Campinas;

XI – Que estes documentos apresentados comprovam que os serviços tiveram como destinatários o CNPJ da filial da empresa localizada em São Paulo;

XII – Que foram identificados os itens 1.05, 3.02, 14.02 e 17.01 da Lista de Serviços anexa à Lei Complementar nº 116/2003, referente a remessas realizadas nos anos de 2007, 2008, 2009 e 2010;

XIII – Que, com base nos documentos apresentados no presente Processo, pode ser realizada nova apuração com diferença na base de cálculo para os anos de 2008, 2009 e 2010, com os valores especificados em sua Réplica fiscal;

XIV – Que se manifesta pela manutenção parcial dos valores do Auto de Infração e Intimação conforme os novos valores calculados.

DA DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA:

O Julgador da Gerência do Contencioso Fiscal/DETRI, por meio da **DECISÃO Nº 034/2021 - DIJET/DETRI/SEMEF**, fls. 580 a 593, proferida em 29/01/2021, julgou **NULO** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000734**, haja vista erro na capitulação da infringência e deficiência de motivação (ausência de comprovação da ocorrência do fato gerador do imposto) do ato administrativo do lançamento, considerando desnecessária a reconstituição da ação fiscal, nos termos do Artigo 173, inciso II, do CTN,

por impossibilidade fático-temporal e por tratar-se de fiscalização pontual, sem caráter homologatório.

Em sua fundamentação legal, de forma sucinta, o Julgador de Primeiro Grau considerou a Impugnação tempestiva e, em análise as razões preliminares, ressaltou que somente a capitulação legal da penalidade aplicada estava em conformidade com os fatos e as normas, como disposto no Artigo 16, parte final, do inciso IV, do PAF, estando erradas a capitulação legal da infringência e a descrição da motivação do lançamento, ferindo o disposto no Artigo 16, inciso III, e parte inicial do inciso IV, do PAF.

Desta forma, por julgar nulo o Auto de Infração e Intimação, e, por força do Artigo 85, da Lei nº 1.697/1983, alterada pela Lei nº 1.186/2007, recorreu de ofício a este Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M.

O douto Representante Fiscal, às fls. 600 a 605, opinou pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício para manter a Decisão de Primeiro Grau que **NULIFICOU** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000734** e o crédito tributário dele decorrente.

É o Relatório.

VOTO

No caso em questão, houve a lavratura do Auto de Infração e Intimação nº 20115000734 em 19/10/2011, com ciência da autuada no dia 21/10/2011. No dia 21/11/2011, de forma tempestiva, a autuada protocolou Impugnação ao citado Auto de Infração. A Decisão de Primeira Instância foi proferida no dia 29/01/2021, com ciência da autuada por Edital, após infrutíferas tentativas de comunicação pessoal e por AR, no dia 18 de janeiro de 2022.

Como é possível deduzir da apreciação dos autos, o cerne que envolve a apreciação do Recurso de Ofício é quanto à nulidade do Auto de Infração, decorrente da falta de descrição individualizada e demonstração da ocorrência dos fatos geradores. A partir da descrição da ocorrência verificada no corpo do Auto de Infração e da Réplica Fiscal, a apuração dos fatos geradores e a base de cálculo do ISS basearam-se apenas nas informações obtidas junto à Receita Federal, não tendo sido demonstrado nos autos que houve a apreciação das inúmeras possibilidades de enquadramento legal em relação aos serviços tomados. Tal situação afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa – Artigo 5º, inciso LV, da CF/88, combinado com o Artigo 1º, inciso I, do Decreto Municipal nº 681/1991, que estabelece a obrigação da observância no Processo Administrativo Fiscal da garantia do contraditório e da ampla defesa ao sujeito passivo da obrigação tributária.

Acrescenta-se nesta diretriz de nulidade o fato da própria autoridade autuante, em sua Réplica Fiscal, relatar que a partir dos documentos apresentados na Impugnação seria possível realizar nova apuração, com diferença na base de cálculo para os anos de 2008, 2009 e 2010. No entanto esta ação não foi realizada, não tendo sido encontrado nos autos do presente processo as evidências de lavratura de nenhum Termo de Retificação de Auto de Infração – TRAI. Portanto, não pode subsistir a exigibilidade os valores consignados no Auto de Infração e Intimação nº 20115000734.

Assim, por tudo isto posto, considerando em todos os seus fundamentos o **PARECER Nº 030/2022 - CARF-M/RD/2ª Câmara, VOTO pelo CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício, mantendo-se a **NULIDADE do AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000734**, de 19/10/2011 e o crédito tributário dele decorrente.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 21 de setembro de 2022.



PAULO RODRIGUES DE SOUZA
Conselheiro Relator