



Acórdão n.º 046/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 27 de outubro de 2022

Recurso n.º 175/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 2013500027)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessado: **SHOWA DO BRASIL LTDA.**

Relator: Conselheiro **JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA**

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. FALTA DE RETENÇÃO NA FONTE DO 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 PRIMEIRO GRAU.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **SHOWA 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 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, 27 de outubro de 2022.

FRANCISCO MOREIRA FILHO

Presidente

JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA

Relator

DAVID MATALON NETO

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: PAULO RODRIGUES DE SOUZA, SARAH LIMA CATUNDA, REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS e PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO.



RECURSO Nº 175/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 046/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2013/11209/12628/00058
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20135000027
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: SHOWA DO BRASIL LTDA.
RELATOR: Conselheiro JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA

RELATÓRIO

Chegam a este Conselheiro os Autos do Processo em epígrafe no qual consta o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20135000027**, (fl.1), datado de 15 de fevereiro de 2013, lavrado por autoridade fiscal deste Município, em desfavor da empresa **SHOWA DO BRASIL LTDA.**, pelo fato de aquele sujeito passivo, na condição de contribuinte substituto, não ter efetuado a retenção de ISSQN devido por serviços prestados a si no **EXERCÍCIO de 2011**.

Tal fato foi identificado por autoridade com base em de ação fiscal, pontual àquele exercício, e importaram no valor de R\$ 351.784,18, a título de crédito tributário e ainda o suposto enquadramento no Artigo 2º, inciso II, da Lei Municipal nº 1.089/2006, culminando na aplicabilidade do Artigo 30, inciso I, da Lei Municipal nº 254/1994, que acarretaria em incidência de multa de 50% do imposto devido, em função da redação dada pelos Artigos 1º e 2º, da Lei nº 1.420/2010 e 106, II, alínea “c”, do CTN, que estabelece multa de 50% do valor do imposto devido àqueles que deixarem de efetuar a retenção na fonte do tributo em questão.

A empresa fora intimada a recolher o crédito tributário ou apresentar defesa em até 30 dias em 19 de fevereiro de 2013 (fl.1). Optou por apresentar defesa e o fez mediante pedido de Impugnação (fls.10 a 205), onde, contra-argumenta que, **a) “não é tomadora de serviços originários dos contratos mencionados no Auto de Infração”,** visto que **“o município de Manaus tenta, equivocadamente, tributar uma relação jurídica alheia ao fato gerador do ISSQN, já que não se trata de prestação de serviços, mas sim de uso de marca, que apesar de constar na Lei Complementar 116/2003 como tributável, não se reveste do caráter de obrigação de fazer”.** Ainda, **b) que** fora, também equivocadamente, a seu ver, incluídos como fatos geradores do ISSQN valores relativos a **“reembolsos de despesas com frete e taxas realizadas pela impugnante para o Japão, os quais figuram no auto como (administrativos) e dizem respeito aos Contratos de Câmbio de números 11/087148, 11/216167 e 101390429”.**

Manifesta-se, ainda, **c) que “quanto ao serviço de assistência técnica, originário dos contratos de câmbio nºs 11/095116 e 11/145937, como se percebe pela**

transferência dos valores, estes foram prestados no exterior, por força, ainda, do contrato de uso de marca, realizado com a SHOWA CORPORATION, não sendo possível a tributação de tais serviços pelo município de Manaus, por faltar-lhe competência legal para a exigência do tributo, com aparo ainda em Tratado de Não Bi-Tributação entre Brasil e Japão". Argui, complementarmente, que: **d)** o lançamento fiscal foi omissivo quanto ao enquadramento do fato gerador da tributação principal, que é o ISSQN, à luz do que define o Artigo 1º, da Lei Municipal nº 714/2003, especificamente quanto ao item 3.02 da Lista de Serviços anexa àquela Lei, e que tal Artigo trata-se de tributo incidente sobre a prestação de serviços. Fato jurídico que não ocorre, novamente a seu ver, na relação empresarial entre si e sua coligada estabelecida no Japão. O que, segundo a Impugnante, é bastante perceptível na redação do **CONTRATO PARTICULAR DE LICENÇA DE USO DE MARCA**, celebrado entre **SHOWA CORPORATION** e **SHOWA DO BRASIL LTDA.**, Cláusula 01, Objeto. Manifesta-se, por fim, **e)** não entender a si própria como contribuinte substituta, por conclusão lógica do fato de não haver entre ela e sua **"licenciada japonesa"** atividade ou vínculo de **"prestação de serviços"**.

Pugnou, portanto, pela total improcedência do Auto de Infração e Intimação objeto daquela autuação.

Já a autoridade fiscal, em sua Réplica e a partir de suas considerações, especialmente quanto a *"estudos e artigos emanados pelos estudiosos que labutam na matéria sobre royalties"*, acerca do pedido de impugnação, manifestou-se pela manutenção do Auto de Infração. Contudo, em função da juntada de documentos cabíveis por parte da autuada ao Processo, expediu o Termo de Retificação de Auto de Infração e Intimação – **TRAI Nº 16/2013**, (fl.219), como o seguinte texto:

"Em atenção aos documentos apresentados através do Processo de Impugnação nº. 2013/11209/12628/00058 da empresa acima mencionada, foram constatados os pagamentos do ISSRF dos contratos de câmbio nº. 11/095116 e 11/145937 inclusos no auto de infração, assim como verificado a não incidência do ISS nos contratos de câmbio nº. 11/087148, 11/ 216167 e 101390429, motivos pelos quais os mesmos estão sendo excluídos do auto de infração em tela".

De tal conduta da autoridade fiscal restou, conforme sua indicação, novo valor à ação fiscal, a saber, R\$ 341.239,30. O contribuinte fora novamente intimado de forma regular a manifestar-se acerca do caso ou fazer os devidos recolhimentos.

Às fls. 226 a 255, consta nova Impugnação, desta vez ao **TRAI Nº 16/2013**, na qual a autuada concentra entendimento nos fatos, à sua visão, de que: **(i)** a cessão de direito de uso de marca não constitui serviço, portanto é inatingível à tributação pelo ISS; **(ii)** a cobrança de ISS é inconstitucional em tendo por base a importação de serviços.

Evoluíram os autos à manifestação do Julgador de Primeira Instância que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração e Intimação com as alterações

promovidas pelo TRAI nº 16/2013, e propôs, ainda a retificação da capitulação da “infringência” com fulcro no “*Art. 6º, I, da Lei Municipal nº 714/03*”, a ser promovida de imediato e cientificada ao contribuinte ao mesmo tempo que a constante Decisão (fl.276).

Tal indicação foi então efetivada pelo **TRAI Nº 260/2021** (fl. 280), que fora dado conhecimento à autuada de forma regular, bem como da respectiva Decisão do Julgador de Primeira Instância em 18/11/2021, sem nova manifestação daquela parte.

Às fls. 283 a 289, têm-se a manifestação da Representação Fiscal desta Segunda Câmara de julgamento pela “*nulidade da decisão primária e pelo retorno dos autos à primeira instância administrativa para providências, nos termos da fundamentação*”. Tal posicionamento teve fundamento, dentre outros, no Artigo 83, “caput” e inciso IV, do Regimento Interno do CARF-M e no Artigo 17, do PAF – Decreto nº 681/1991.

É o Relatório.

VOTO

Em seu **PARECER Nº 020/2021 – CARF-M/RF/2ª Câmara**, suscitou julgamento de **NULIDADE** em conformidade com o Artigo 10, inciso V, em combinação com o Artigo 83, “caput”, inciso IV, ambos do regimento interno do CARF-M.

Já em sua Decisão, a Primeira Instância determina uma série de correções no Auto de Infração que compulsam os autos por meio do **TRAI Nº 260/2021**, razão pela qual a Impugnante fora apenas notificada para ciência da Decisão, bem como das alterações por ela própria promovida, afrontando assim, o Artigo 17, do PAF:

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. (grifo nosso).

Sendo assim tanto pelo que demonstram os autos, quanto pelo que naturalmente deste se pode depreender, resta cristalino que a autuada na prática, não teve a si ofertado o direito de impugnar aquela Decisão, ou os atos dela decorrentes, após a lavratura do TRAI nº 260/2021, ensejando, assim, a administração, causa de nulidade ao intento administrativo em tela, tendo em vista,

ainda, que tal modelagem procedimental afronta o processo administrativo tributário como instrumento de observância dos princípios da ordem jurídica, visando a justiça fiscal, especialmente os da legalidade, do contraditório e da ampla defesa, ambos inclusos na Carta Magna, em seu Artigo 5º, inciso LV, como se vê a seguir:

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.

O Princípio do Contraditório e da Ampla Defesa como subprincípio do processo legal amplia a transferência administrativa, proporcionando o equilíbrio entre as partes sem conotações pessoais, 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 em tempo hábil e exequível.

Como constante dos autos, tal princípio não fora respeitado, visto que a corrigenda promovida pelo Julgador de Primeira Instância ao ser comunicada juntamente à Decisão em questão, impossibilitou decisivamente a autuada de se contrapor aos “**novos fatos**” por ela trazidos. Eis, então, causa de nulidade daquela Decisão.

Uma vez compreendida a nulidade do ato de Primeira Instância e, por consequência, de seus desdobramentos diretos, edição do TRAI nº 260/2021, à luz do que prescreve o Artigo 83, do Regimento Interno do CARF-M, como já mencionado, há que se considerar a possibilidade de retorno dos presentes autos àquela Instância.

Este Conselheiro, por considerar ainda, os termos dos Artigos 145 e 149, do CTN, entende ser possível e adequado o retorno dos presentes autos à Primeira Instância para que se proceda, não só as corrigendas indicadas por aquela Corte, mas também, seja dado o natural e esperado direito ao contribuinte de manifestar-se acerca do caso de forma regular, oportuna e legal, visto o que se segue:

Art. 145. Código Tributário Nacional

O lançamento regularmente notificado ao sujeito passivo pode ser alterado em virtude de:

(...)

III – iniciativa de ofício da autoridade administrativa, nos casos previstos no art. 149.

(...)

Assim traz o Artigo 149, no que concerne ao caso em tela, a nosso

ver:

Art. 149. Código Tributário Nacional

O lançamento é efetivado e revisto de ofício pela autoridade administrativa nos seguintes casos (grifo nosso):

(...)

II – quando a declaração não seja prestada, por quem de direito, no prazo e na forma da legislação tributária;

(...).

De tal sorte, à luz da inteligência dos dispositivos citados, do entendimento de toda a legislação que acima fora exposta e em face, ainda, ao atendimento ao Princípio da Eficiência, **VOTO** pela **NULIDADE** da Decisão de Primeira Instância Administrativa e, conseqüentemente, mesma sorte aos atos dela advindos, e pelo retorno do presente processo àquela douta Corte para as devidas ações administrativas à luz da legislação suscitada.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 27 de outubro de 2022.



JÚLIO RAMON MARCHIRE TEIXEIRA
Conselheiro Relator