



Acórdão nº 11.323

Sessão do dia 12 de novembro de 2009.

RECURSO “EX-OFFICIO” Nº 2.421

Recorrente: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E
JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS**

Recorrido: **SISCON CONSULTORIA DE SISTEMAS LTDA.**

Relator: Conselheiro **ALFREDO LOPES DE SOUZA JUNIOR**

Representante da Fazenda: **IVAN DALTON ASCHER ASCHEROFF**

Designada para redigir o voto vencedor: Conselheira **VERA LUCIA FERREIRA DE
MELLO HENRIQUES**

***ISS – CONVERSÃO DO JULGAMENTO EM
DILIGÊNCIA***

Há de ser convertido o julgamento em diligência sempre que se justifique a busca de novas informações necessárias ao perfeito convencimento do Colegiado, para que, com segurança, possa decidir o litígio tributário. Proposta acolhida. Decisão por maioria.

IMPOSTO SOBRE SERVIÇOS

R E L A T Ó R I O

Adoto o relatório da Representação da Fazenda, de fls. 145, que passa a fazer parte integrante do presente.

“Cuida o presente de recurso de ofício interposto pelo Senhor Coordenador da Coordenadoria de Revisão e Julgamento Tributários, que julgou parcialmente procedente a impugnação apresentada ao Auto de Infração nº 58.665, de 03/06/2002.

O Auto de Infração foi lavrado contra SISCON CONSULTORIA DE SISTEMAS LTDA., pelas seguintes ocorrências:



Acórdão nº 11.323

I - Recolheu com insuficiência o ISS devido nos meses de agosto e setembro de 2000;

II - Recolheu o ISS devido pela emissão da nota fiscal de serviço nº 2037, fora do prazo regulamentar, sem os acréscimos moratórios devidos.

Em sua impugnação, a Autuada reconhece a procedência do lançamento em relação ao item II.

Quanto ao item I, entre outras coisas, alegava a mesma ter tido resposta da CONSULTA no sentido de que o ISS, objeto do item I do Auto de Infração, devido pela prestação de serviços de engenharia consultiva — decorrentes de contrato celebrado pela Recorrente e o DNER – DEPARTAMENTO NACIONAL DE ESTRADAS DE RODAGEM, situado no Distrito Federal, não era devido ao Município do Rio de Janeiro (processo nº 04/352.174/2000).

A Autoridade Julgadora de Primeira Instância, entendendo definitiva a decisão da F/CET, a seu ver, exarada com pleno conhecimento dos elementos jurídicos e fáticos da situação objeto da consulta, julga parcialmente procedente a impugnação, cancelando o item I do Auto de Infração.”

A Representação da Fazenda opinou pelo improvimento do recurso.

É o relatório.

VOTO VENCEDOR

Conselheira **VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES**
(Subscrito pelo Conselheiro **RELATOR**)

A oportunidade que tive de examinar este processo decorreu de meu pedido de vista, na sessão do dia 22/10/2009. Tal pedido teve por base o inconformismo com o entendimento acerca do poder vinculante da resposta de consulta, acarretando a impossibilidade de apreciação da mesma matéria pelos demais órgãos integrantes da estrutura da Secretaria Municipal de Fazenda, mesmo após a instauração do litígio tributário, a ser julgado pelas instâncias administrativas, nos termos do Regulamento do Processo Administrativo-Tributário, aprovado pelo Decreto nº 14.602/96.



Acórdão nº 11.323

No caso destes autos, nota-se que a decisão de primeira instância, com respaldo no parecer de fls. 125/128, que apenas transcreve os dispositivos pertinentes à consulta insertos no Regulamento do Processo Administrativo-Tributário, que, aliás, não confere o poder vinculante pretendido, apenas afirma que a matéria não mais poderá ser discutida, motivo de ter considerado impertinentes as razões aduzidas pelo fiscal autuante, sem, ao menos, analisá-las, para julgar se seriam procedentes ou não.

Ressalte-se inexistir na legislação qualquer restrição à ação da autoridade fiscal, ela não fica proibida de fiscalizar e nem mesmo de promover o lançamento, de modo vinculado, quando assim considerar correto, dado o poder-dever inerente à sua função, inclusive sob pena de responsabilidade.

Desse modo, após realizada qualquer fiscalização, mediante o exame dos documentos fiscais e contábeis da empresa, poderá ser encontrada situação de fato não condizente com a resposta dada em processo de consulta. É muito difícil constatar perfeita identidade entre o consultado e o constante da escrituração do contribuinte, visto que o processo de consulta se restringe às indagações formuladas pelo consulente, que, em algumas vezes, pode não corresponder à realidade do *modus operandi* do prestador de serviços.

Ora, se a autuação não puder mais ser apreciada pelas instâncias julgadoras, tendo em vista a existência de resposta de consulta sobre a mesma matéria, é retirado o direito constitucionalmente assegurado, previsto no inciso LV, do art. 5º, da Constituição da República, qual seja, *“aos litigantes, em processo judicial ou administrativo, e aos acusados em geral são assegurados o contraditório e a ampla defesa, com os meios e recursos a ela inerentes”*. E, em se cumprindo o preceito constitucional, o próprio Regulamento do PAT, antes citado, dispõe, em seu art. 40, inciso II, que *“são nulos os atos praticados e as decisões proferidas com preterição ou prejuízo do direito de defesa”*.

Data venia, o próprio parecer da Representação da Fazenda, de fls. 145, mesmo fazendo referência à promoção do fiscal autuante, propugna pelo acerto da decisão recorrida, defendendo a posição de que a resposta da consulta vincula a administração.

Tendo em vista não comungar com tal raciocínio, manifesto mais uma vez minha discordância. Explicarei os motivos:

- embora o entendimento da Administração Fazendária, nestes autos, tenha sido uniforme, como não poderia deixar de ser, quanto à aplicação do art. 12, alínea “a”, do Decreto-lei nº 406/68, ou seja, o imposto é devido no Município onde se encontra estabelecido o prestador do serviço, a então Recorrente, em sua defesa, apresenta a tese defendida pelo STJ, em contradição com o preceito da lei complementar, de que o imposto é devido no local da prestação, mediante a juntada de várias decisões a respeito, o que tem ocasionado inúmeras controvérsias entre os Municípios;

- o Fiscal autuante defende que o imposto é devido no Rio de Janeiro, pelo fato de no Distrito Federal a empresa não possuir estabelecimento e, sim, um simples escritório de representação, além de as notas fiscais terem sido emitidas e escrituradas por este Município;



Acórdão nº 11.323

- na parte final da resposta da consulta, cuja cópia segue às fls. 86, encontra-se a seguinte orientação:

“Quanto aos registros contábeis da Consulente, informamos que, embora a escrituração contábil deva ser centralizada na sede situada no Rio de Janeiro, somente deverão ser emitidas Notas Fiscais de Serviços autorizadas pelo fisco carioca quando da prestação de serviços cuja cobrança seja da competência municipal desta cidade”.

- em nenhuma oportunidade foi verificada a procedência da Nota Fiscal de Serviços nº 2037, cujo imposto fora recolhido fora do prazo estabelecido sem os acréscimos moratórios (débito autônomo), correspondente ao item 2, da autuação, reconhecida pela empresa e, portanto, não fazendo parte integrante da impugnação, se decorrente ou não dos serviços objeto do contrato em análise e referente ao item 1, da autuação, o que poderia acarretar divergência de entendimentos quanto ao domicílio tributário.

Na hipótese vertente, não se pode contestar o acerto da resposta da consulta, visto estar de conformidade com a legislação vigente. O que não ficou demonstrado nestes autos, para que se possa promover um julgamento com segurança, foi se, de fato, os serviços referentes às notas fiscais referidas na autuação, cujas cópias seguem em anexo (datadas do ano de 2000), e emitidas no estabelecimento situado neste Município, foram prestados pelo estabelecimento localizado no Distrito Federal ou pelo estabelecimento localizado nesta Cidade do Rio de Janeiro.

Verifica-se, pois, que nenhum dos aspectos apontados, além dos constantes da impugnação e quanto à retenção na fonte do imposto pela contratante, autarquia federal, foram examinados na decisão recorrida e, também, no parecer da Representação da Fazenda, razão pela qual acredito que se deva apreciar a peça defendente, em todo o seu conteúdo, independentemente de ter havido previamente resposta de consulta, mesmo que com ela possa haver plena concordância.

Para que uma decisão proferida em processo contencioso seja considerada fundamentada, é necessária a existência de argumentação, mesmo que se repita o já decidido em procedimento normativo, como é o caso da consulta, devendo, contudo, ser também objeto de apreciação as novas alegações apresentadas, bem como os fatos posteriormente levantados na autuação. Nunca se deve admitir apenas a afirmação quanto à impossibilidade de exame da matéria, por já ter sido analisada e definida pelo órgão consulente, conforme se depreende do art. 40, inciso III, do PAT.

Em apreciando devidamente a impugnação, não haveria apenas o reconhecimento de um obstáculo intransponível, inexistente na legislação, cerceando a apreciação da matéria pelos órgãos judicantes da Administração, e, sim, mais uma confirmação da correta aplicação da legislação tributária.



Acórdão nº 11.323

No caso destes autos, em princípio, divirjo do entendimento do fiscal autuante, quando afirma existir no Distrito Federal, um simples escritório de representação, tendo em vista que a empresa, embora tenha sede nesta Cidade, o referido escritório de representação ocupa várias salas do Edifício Empire Center, de Brasília/DF, conforme consta de seu contrato social, datado de 2001, podendo, assim, ser considerado estabelecimento prestador para efeitos do local de pagamento do ISS.

Acontece, porém, carecer de qualquer esclarecimento quanto ao fato de as notas fiscais objeto da autuação terem sido emitidas pela sede da empresa, localizada nesta Cidade do Rio de Janeiro, e o imposto ter sido recolhido, segundo afirmações da empresa, no Distrito Federal, gerando dúvidas a respeito do acerto dos procedimentos da empresa.

Desse modo, se este E. Conselho achar pertinente, acredito que se deva, antes da apreciação deste litígio, converter seu julgamento em diligência, para que todas as questões levantadas sejam melhor esclarecidas.

Para tanto, proponho que a empresa seja intimada a, no prazo estabelecido na legislação, apresentar documentação comprobatória de que, na data de ocorrência dos fatos geradores indicados no auto de infração, possuía estabelecimento no Distrito Federal apto a prestar os respectivos serviços.

VOTO VENCIDO

Conselheiro **NEWTON SILVEIRA PALHANO DE JESUS**

Acho importante, deixar registrado o posicionamento deste Conselheiro, ao votar contrariamente em sessão de hoje, ao pedido de diligência solicitado pela Conselheira VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES, após pedido de vista por ela apresentado em sessão anterior, visando a complementação de provas documentais que lhe permitissem melhor embasamento para exame da matéria posta em julgamento. Tal seja, se o RECURSO DE OFÍCIO que considerou, com base em pronunciamento anterior da Divisão de Consultas, ser indevido o lançamento originalmente questionado, estava correto e assim julgado improcedente o RO sob exame, ou, contrariamente, se lhe faltava amparo para tal decisão e, portanto, deveria ser revisto e julgado procedente o recurso.



Acórdão nº 11.323

Embora este Conselheiro concorde integralmente com a posição exposta pela ilustre Conselheira Vera no que diz respeito a não estar este Conselho - órgão da segunda instância, justamente criado para a apreciação e de conflitos próprios do contencioso administrativo - subordinado ou limitado aos efeitos vinculantes da Consulta que se estendem apenas aos órgãos e autoridades administrativas de primeira instância, como aliás tem sido os pronunciamentos mais recentes deste Colegiado, pareceu-me ser importante deixar claro e consignado que o voto contrário ao requerimento de diligência solicitado, não se deveu a qualquer reconhecimento de efeito vinculante da Consulta que impedisse a apreciação e julgamento do RO, com se causa julgado o fosse.

O voto contrário foi motivado justamente por ter entendido este Conselheiro, compulsados documentos que instruem a atual lide e ouvidos os esclarecimentos prestados nesta sessão, que a diligência significaria apenas uma procrastinação como resultado final, já que todos os elementos imprescindíveis à apreciação do processo e aos fundamentos originais da Consulta, estavam já inequivocamente comprovados, já que a situação sob exame é mesma da que foi objeto da Consulta e está fundamentada em certificações de agente fazendário da Consulta, o que lhes dá o respaldo da fê e credibilidade. Igualmente em memorial apresentado nesta sessão, ao qual foi anexado o anexo I do contrato firmado com o DNER consta à fls. 44, em seu item 7, obrigação contratual expressa de que os serviços contratados haveriam de ser prestados em Brasília e suportados por escritório de apoio da contratada.

Não há fatos novos em apreciação, senão aqueles mesmos que estavam expressos na Consulta que serviu de balisamento para os procedimentos tributários do contribuinte.

Conclui, assim, não haver necessidade de produção de novas provas, e, ainda que adentrássemos no exame do mérito propriamente dito, já estaria este Conselho capacitado a se pronunciar com base nos documentos que integram o processo, mais ainda quando não houve qualquer contra prova apresentada pelo fiscal autuante que as contrariasse ou confirmasse suas interpretações, o que era de seu dever já que se tratava ali de contraditar uma decisão que em seu nível administrativo tinha alcance.

Voto, portanto, pelo NÃO ACOLHIMENTO da proposta.



Acórdão nº 11.323

A C Ó R D ã O

Vistos, relatados e discutidos estes autos em que é Recorrente: **COORDENADOR DA COORDENADORIA DE REVISÃO E JULGAMENTO TRIBUTÁRIOS** e Recorrido: **SISCON CONSULTORIA DE SISTEMAS LTDA.**

Acorda o Conselho de Contribuintes, por maioria, acolher a proposta de conversão do julgamento do recurso em diligência, formulada pela Conselheira VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES, nos termos do seu voto vencedor, subscrito pelo Conselheiro Relator.

Vencidos os Conselheiros NEWTON SILVEIRA PALHANO DE JESUS, ROBERTO LIRA DE PAULA e FERNANDO DA COSTA GUIMARÃES que não acolhiam a proposta, nos termos do voto do primeiro.

Ausente da votação a Conselheira DENISE CAMOLEZ, substituída pelo Suplente LÊO BOSCO GRIGGI PEDROSA.

Conselho de Contribuintes do Município do Rio de Janeiro, 19 de outubro de 2009.

FERNANDO DA COSTA GUIMARÃES
PRESIDENTE EM EXERCÍCIO

ALFREDO LOPES DE SOUZA JUNIOR
CONSELHEIRO RELATOR

VERA LUCIA FERREIRA DE MELLO HENRIQUES
CONSELHEIRA

NEWTON SILVEIRA PALHANO DE JESUS
CONSELHEIRO