



Acórdão n.º 001/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 07 de fevereiro de 2022

Recurso n.º 044/2021 – CARF-M (A.I.I. nº 20125000249)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **GERA GERADORA DE ENERGIA DO AMAZONAS S. A.**

Relator: Conselheiro **PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO**

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. LANÇAMENTO DE OFÍCIO. FALTA DE RECOLHIMENTO DO IMPOSTO RETIDO NA FONTE. AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA OCORRÊNCIA DO FATO GERADOR. TIPIFICAÇÃO DA PENALIDADE EM DESACORDO COM O ENQUADRAMENTO. CERCEAMENTO DO DIREITO DE DEFESA. VÍCIO SUBSTANCIAL. MANUTENÇÃO DA DECISÃO DE PRIMEIRO GRAU. CONHECIMENTO E IMPROVIMENTO DO RECURSO DE OFÍCIO. NULIDADE DO LANÇAMENTO.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **GERA GERADORA DE ENERGIA DO AMAZONAS 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 20125000249, de 31 de maio de 2012, 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, 07 de fevereiro de 2022.

FRANCISCO MOREIRA FILHO

Presidente

PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO

Relator

DAVID MATALON NETO

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: FRANCISCA ÂNGELA SILVA DE OLIVEIRA, JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA, HUMBERTO DA COSTA CORRÊA JÚNIOR e ATALIBA DAVID ANTONIO FILHO.



RECURSO Nº 044/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 001/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2012/2967/3446/00277
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000249
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: GERA GERADORA DE ENERGIA DO AMAZONAS S. A.
RELATOR: Conselheiro PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO

RELATÓRIO

A **PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA** vem a este douto Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município interpor Recurso de Ofício, nos termos do Artigo 85, da Lei nº 1.697/83, da **DECISÃO Nº 372/2019 – GECFI/DETRI/SEMEF**, de fls. 335 a 343, que julgou **NULO** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000249**, lavrado em 31 de maio de 2012, contra **GERA GERADORA DE ENERGIA DO AMAZONAS S. A.**, pessoa jurídica de direito privado, inscrita no CNPJ sob o nº 07.469.933/0001-71, Inscrição Municipal nº 11119801, com sede nesta cidade, na Rua Comandante Gutemberg Barbosa, nº 02, Bairro Ponta Negra, CEP: 69.037-004, sob o fundamento da retenção e não recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN retido na fonte, no período de **01/JANEIRO/2009 a 31/DEZEMBRO/2010**, incidente sobre as Notas Fiscais de Serviço e Recibos, com a alíquota a 5%, de seus prestadores, de serviços constantes na Lista anexa, infringindo-se o Artigo 2º, inciso VI, e Artigo 8º, ambos, da Lei nº 1.089/2006 c/c o Artigo 7º do Decreto nº 8.805/2007, que culminou no enquadramento da penalidade imposta pelo Artigo 11, inciso XXIII, da Lei nº 1.089/2006, o qual prevê multa de 120% (cento e vinte por cento) sobre o valor do imposto retido aos que deixarem de recolhe-lo no prazo legal, resultando em um crédito tributário no valor de R\$ 1.370.835,66 (um milhão, trezentos e setenta mil, oitocentos e trinta e cinco reais e sessenta e seis centavos), equivalentes a 19.461,04 Unidades Fiscais do Município – UFM.

Em suas razões de Impugnação, apresentou a Recorrente, resumidamente que: **(i)** foi demonstrado que todos os valores de ISS descritos como “retidos e não recolhidos” pela autoridade fiscalizadora no Auto de Infração em epígrafe, foram devidamente informados nas DMSs e tempestivamente recolhidos pela Impugnante ao Município de Manaus, não restando assim quaisquer valores devidos ao fisco municipal; **(ii)** a Impugnante identificou várias Notas Fiscais citadas no Auto de Infração pela autoridade fiscalizadora, que não foram sequer recebidas pela Impugnante. Identificamos que as referidas Notas Fiscais foram “canceladas” pelo prestador de serviços, evidenciando assim, mais uma vez, a fragilidade do inerente Auto de infração; **(iii)** a autoridade fiscalizadora contemplou no mesmo, Notas Fiscais de compra de mercadorias, quando visivelmente essas operações não são consideradas como base para retenção de ISS na



fonte, pois são objeto de tributação do ICMS, bem como, pagamentos que a Impugnante efetuou a título de taxas administrativas (INFRAERO) e recolhimento de P&D e inclusive o próprio ISSRF, quando visivelmente essas operações não são consideradas como base para retenção de ISS na fonte; **(iv)** inequívoco que deixaram de ser observados os preceitos contidos nos Artigos 142 do CTN e 10, incisos III e IV do Decreto nº 70.235/1972 que determinam à Autoridade Administrativa a determinação da matéria tributável para o fim de realizar o lançamento do crédito tributário supostamente devido, tornando-se assim o lançamento fiscal ora impugnado nulo, pois, deixou de observar os requisitos materiais mínimos de validade previstos por nosso ordenamento jurídico.

Por conseguinte, foi lavrado o **TRAI nº 90/2012**, às fls. 42/43, cujo teor, determina a redução do valor lançado inicialmente, para R\$ 221.926,80 (duzentos e vinte e um mil, novecentos e vinte e seis reais e oitenta centavos) totalizando 6.287,39 (seis mil duzentos e oitenta e sete reais e trinta e nove) UFMs. Termo este, que foi devidamente cientificado pela contribuinte, conforme verifica-se às fls. 52 e 53.

Ato contínuo, a Agente Fiscal, manifestou-se pela manutenção do postulado lançamento, tendo em vista que, as notas inclusas na base de cálculo foram demonstradas no Termo de Ocorrência para facilitar o acompanhamento e, desse modo, excluí-las quando detectado que está fora do campo de incidência do município, coube ao contribuinte apresentar as provas e anexá-las para análise, já que, quando do lançamento não o fez, bem como, as notas lançadas indevidamente foram substancialmente retiradas da composição da Base de Cálculo no lançamento por várias situações. Assim, por verificação da apresentação documental manifestou o dever de retificar o lançamento nos termos especificados acima.

Deste modo, ao apresentar suas razões complementares de Impugnação, alegou resumidamente que **(i)** depreendeu-se a Autoridade Fiscal, ao realizar o lançamento, pretende a cobrança de supostos créditos de ISS, originados de Notas Fiscais canceladas, relacionados à operações com serviços realizados fora do Município de Manaus, relacionados a mercadorias, e, principalmente, referentes à montante devidamente recolhido no prazo legal; **(ii)** ainda que fossem legítimas as acusações formuladas pelos agentes fiscais, não poderia prevalecer tal penalidade, sendo certo que a imposição de multa em tão elevada monta, transgrida a regra ao princípio da vedação ao confisco, insculpida no Artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal; **(iii)** inquestionável assim multa estabelecida à Impugnante no percentual de 120% (cento e vinte por cento) sobre o valor do imposto devido, mostra-se abusiva e confiscatória, em violação frontal ao Artigo 150, inciso IV, da Constituição Federal, deve ser afastada, determinando-se seu cancelamento.

Seguindo o curso natural do processo, foi proferida **DECISÃO Nº 372/2019 – GECFI/DETRI/SEMEF**, de fls. 335 a 343, que julgou **NULO** de pleno direito o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000249**, de 31.05.2012 e conseqüentemente o **TRAI nº 90/2012**, de 21.12.2012, haja vista as irregularidades no lançamento, quais sejam, a tipificação da penalidade em desacordo com o lançamento do fato gerador e a deficiência da motivação (comprovação do fato gerador do imposto) do ato administrativo do



lançamento, sendo desnecessária a reconstrução da ação fiscal, nos termos do Artigo 173, inciso II, do CTN, por impossibilidade material de saneamento e/ou regularização do ato.

A Representação Fiscal por meio de **PARECER Nº 026/2021 – CARF-M/RF/2º Câmara**, fls. 351 a 355, manifestou-se pelo **CONHECIMENTO e IMPROVIMENTO** do presente Recurso de Ofício para manter a Decisão de Primeiro Grau que **NULIFICOU o AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000249** e o crédito tributário dele decorrente.

É o Relatório.

VOTO

Preliminarmente, é de se reconhecer que o presente Recurso de Ofício tem condições de ser apreciado por esta colenda Câmara, posto que atende todos os pressupostos de admissibilidade previstos na legislação do Processo Administrativo Fiscal.

O ponto fundamental da presente demanda, refere-se à falta de recolhimento do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN retido na fonte, incidente sobre as Notas Fiscais de Serviço e recibos, com a alíquota a 5%, de seus prestadores, de serviços constantes na lista anexa, referentes ao período de **01/JANEIRO/2009 a 31/DEZEMBRO/2010**.

Deste modo, ao analisar os fatos e fundamentos apresentados nos autos há de se considerar que os argumentos demonstrados preliminarmente, acerca dos vícios identificados na lavratura do Auto de infração e intimação, são contundentes o suficiente ao ponto de não configurar a necessidade da análise de mérito.

Isto porque, conforme já amplamente demonstrado desde as Razões de Impugnações apresentadas pela contribuinte, pelo nobre Julgador de Primeira Instância e por fim pela douta Representação Fiscal, a lavratura do Auto de Infração e Intimação nº 20115000249, de 31.05.2012, padece de vício substancial desde o seu lançamento devido à tipificação da penalidade em desacordo com o lançamento do fato gerador e a deficiência da motivação (comprovação do fato gerador do imposto) do ato administrativo do lançamento. Ante aos fatos alhures citados, que comprometem substancialmente a demonstração de ocorrência da infração tipificada no aludido Auto de Infração e Intimação da penalidade arbitrada.

Nesse mesmo sentido, ainda é necessário observar que, a falta de detalhamento da apuração base de cálculo do imposto é outro ponto chave para o lançamento tributário em sua forma completa, vez que é necessário não deixarmos de observar o princípio do contraditório e da ampla defesa, um dos norteadores do processo administrativo.



Isto posto, há se considerar que legislação que norteia os fundamentos do direito tributário no ordenamento jurídico brasileiro, qual seja o Código Tributário Nacional – CTN, combinada com o que determina os procedimentos a serem seguidos no Processo Administrativo Fiscal – PAF no Município de Manaus pelo Decreto nº 681/1991, respectivamente em seus Artigos 142 e 36, inciso I. Vejamos:

Código Tributário Nacional – CTN

Art. 142. *Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.*

Decreto nº 681/1991 – PAF

Art. 36. O ônus da prova incumbe:

I - A fazenda, quanto à ocorrência do fato gerador da obrigação;

Assim sendo, não é desnecessário rememorar que o lançamento fiscal deve ser amparado, em regra, por elementos contundentes e coesos, não se firmando as imputações de lançamento das obrigações principais e acessórias baseadas em simples indícios de ocorrências do fato gerador, devendo estes, portanto, possuírem provas cabais de seu descumprimento e, por conseguinte, de sua obrigatoriedade, fatos estes que não se vislumbram no lançamento ora discutido.

Nesse mesmo sentir, ressalte-se ainda o disposto no Artigo 16, incisos III e IV, e Parágrafo §2º acerca dos itens que devem fazer parte indissociável do Auto de infração. Leia-se:

Decreto nº 681/1991 – PAF

Art. 16. *O auto de infração será lavrado por servidor competente, no local da verificação da falta, e não deverá conter rasuras, entrelinhas ou emendas, devendo nele constar:*

[...]

III - A descrição do fato;

IV - A disposição legal infringida e a penalidade aplicável;

[...]



§ 2º - A discriminação dos débitos deverá ser feita por meio de quadros demonstrativos em separado para cada exercício, que integrarão o auto de infração para todos os efeitos legais.

Nestes termos, resta evidenciado o manifesto cerceamento ao direito de defesa com ampla restrição ao contraditório e ampla defesa do contribuinte, vez que sequer foram juntadas as documentações que comprovassem o determinado no Auto de Infração em voga, bem como a tipificação em desacordo com o lançamento, da qual deve se defender sem os detalhamentos e fundamentos determinados em lei. Ressalte-se, que tal privação vai de encontro ao disposto na Carta Constitucional de 1988, em seu Artigo 5º, inciso LV. Vejamos:

Constituição Federal 1988

Art. 5º Todos são iguais perante a lei, sem distinção de qualquer natureza, garantindo-se aos brasileiros e aos estrangeiros residentes no País a inviolabilidade do direito à vida, à liberdade, à igualdade, à segurança e à propriedade, nos termos seguintes:

[...]

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;

Por todo o exposto, vício substancial verificado ao longo deste processo administrativo, caracteriza-se pela falta de observância na autuação dos aspectos material e quantitativo da obrigação tributária, tornando duvidoso o lançamento e a cobrança do crédito em si.

Por fim, considerando o disposto na acertada Decisão de Primeira Instância Administrativa repisa-se a falta de necessidade da reconstituição da ação fiscal, por se tratar de fiscalização pontual, sem caráter homologatório, observando o disposto no artigo 173, inciso II do CTN. *In verbis*:

Código Tributário Nacional - CTN

Art. 173. O direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após 5 (cinco) anos, contados:

[...]

II - da data em que se tornar definitiva a decisão que houver anulado, por vício formal, o lançamento anteriormente efetuado.

Desta forma, não se verifica subsistência ao lançamento sumariamente realizado por esta Secretaria, posto que a contribuinte sofreu claro cerceamento do direito



de defesa, sendo o lançamento do Auto de Infração e Intimação nulo de pleno direito, conforme alhures demonstrado, a legislação é expressa quanto aos procedimentos e determinações a serem observadas.

Deste modo, por todo o alegado, esgotando-se as razões apresentadas a este conselho, **VOTO** pelo **CONHECIMENTO** e **IMPROVIMENTO** do Recurso de Ofício mantendo integralmente a Decisão de Primeira Instância, julgando totalmente **IMPROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000249**.

É o meu voto.

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

PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO
Relator