

Acórdão n.º 025/2022 – PRIMEIRA CÂMARA

Sessão do dia 25 de maio de 2022

Recurso n.º 039/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20115000682)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessada: **TECHNICOLOR BRASIL MÍDIA E ENTRETENIMENTO LTDA.**

Relator: Conselheiro **FRANCISCO DE ASSIS MOURÃO JÚNIOR**

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 **TECHNICOLOR BRASIL MÍDIA E ENTRETENIMENTO LTDA.**

ACORDAM os Membros da Primeira 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.

Primeira Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 25 de maio de 2022.


SELMA SOCORRO MACHADO CLAUDINO

Presidente


FRANCISCO DE ASSIS MOURÃO JÚNIOR

Relator


DENIEL RODRIGO BENEVIDES DE QUEIROZ

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: ARMANDO CLAUDIO SIMÕES DA SILVA, JOSÉ CARLOS COELHO DE PAIVA, ROBERTO SIMÃO BULBOL e LAURA OLIVEIRA FERNANDES.



RECURSO Nº 039/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 025/2022 – PRIMEIRA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2011/2967/3446/00723
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000682
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADA: TECHNICOLOR BRASIL MÍDIA E ENTRETENIMENTO LTDA.
RELATOR: Conselheiro FRANCISCO DE ASSIS MOURÃO JÚNIOR

RELATÓRIO

PRIMEIRA INSTÂNCIA ADMINISTRATIVA, com fundamento no Artigo 85, da Lei nº 1.697/1983, alterada pela Lei nº 1.186/2007, recorre de ofício a este Egrégio Conselho Administrativo de Recurso Fiscais do Município e **TECHNICOLOR BRASIL MÍDIA E ENTRETENIMENTO LTDA.** interpõe Recurso Voluntário em face da **DECISÃO Nº 255/2018 – GECFI/DETRI/SEMEF**, que julgou **PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000682**, de 28 de setembro de 2011, alterado pelo **TRAI Nº 207/2020** lavrado, originariamente, em razão da ausência de retenção e recolhimento do ISSQN incidente sobre importação de serviços de tecnologia, serviços técnicos especializados, banco de dados, direitos autorais enquadrados nos subitens **1.05, 1.07, 14.02, 17.01, 3.05 e 7.02** da Lista de Serviços anexa à Lei Municipal nº 714/2003, consubstanciando infração ao Artigo 2º, inciso II, da Lei nº 1.0920/2006.

Em sua exordial, a atuada alegou, em apertada síntese, que: **(i)** nulidade do procedimento administrativo, autoridade não identifica o fato gerador nos termos da legislação; **(ii)** atividade de transferência de tecnologia não configura obrigação de fazer, logo, não haveria incidência do ISSQN, **(iii)** multa aplicada com efeito confiscatório.

Em Réplica (fls. 209/2012), o Auditor Fiscal atuante defendeu a legalidade e manutenção do Auto de Infração e Intimação.

Sobreveio então a Decisão Primária que julgou **PROCEDENTE** o indigitado Auto de Infração e Intimação, no entanto, determinou no dispositivo da Decisão, retificações da base de cálculo, conforme determinado no quadro constante na fl. 244, da Decisão.

Tal “*decisum*”, ao prescrever que “*as retificações deverão ser promovidas imediatamente [...] e científicas ao contribuinte juntamente com esta decisão.*” (fl. 244 – grifos no original), por força da sugestão de adequação da base de cálculo, acabou por atrair o reexame obrigatório por este CARF-M, nos termos do Artigo 85, da Lei nº 1.697/1983 (Código Tributário do Município de Manaus).



Após, as correções foram implementadas por meio do **TRAI nº 207/2020** (fl.248) e a autuada regularmente notificada do teor da Decisão Primária em **13/03/2020**, conforme fl.250.

No **PARECER Nº 005/2022 – CARF-M/RF/ 1ª Câmara**, às fls. 256/261, o ilustre Representante Fiscal opinou pela **NULIDADE** da **DECISÃO PRIMÁRIA** e **CANCELAMENTO** do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000682**.

É o Relatório.

V O T O

Antes de adentrar na análise do Mérito, há que se abordar e suscitar o julgamento de nulidade, em conformidade com o Artigo 10, inciso V, em combinação com o Artigo 83, “*caput*”, e inciso IV, ambos do Regimento Interno do CARF-M.

Art. 10. Aos Representantes Fiscais das Câmaras Julgadoras e do Tribunal Pleno, competem:

(...)

V – suscitar nos autos do processo em julgamento as nulidades previstas no art. 83, inciso I a IV, deste Regimento.

Art. 83. São nulos os atos administrativos que desatendam os **pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração Pública**, especialmente nos casos de:

IV – **inobservância de formalidades processuais previstas no Processo Administrativo Fiscal**, e neste Regimento. (Grifos nossos).

DA NULIDADE DA DECISÃO PRIMÁRIA:

Como dito, a Decisão primária determinou uma série de correções no Auto de Infração que culminaram na posterior lavratura do TRAI nº 207/2020, razão pela qual a autuada fora notificada, a um só tempo, da Decisão primária e das alterações implementadas pelo referida Termo de Retificação.

Tal fato que eivou de nulidade, por uma infinidade de motivos, a Decisão de piso, na medida em que o Artigo 83, “*caput*”, e inciso IV, do Regimento Interno do CARF-M preconiza que são nulos os atos administrativos que desatendam os pressupostos legais e regulamentares de sua edição, ou os princípios da Administração Pública, especialmente nos casos de (...) **inobservância de formalidades processuais previstas no Processo Administrativo Fiscal (...)**.

Primeiramente, houve afronta direta ao Artigo 17 do PAF – Decreto nº 681/1991, que prevê:

Art. 17 – Verificado erro na aplicação de pena ou omissão, após a lavratura do Auto de Infração, serão corrigidos ou acrescentados pelo próprio autuante ou por seu chefe imediato, mediante termo de

aditamento ou retificação, sendo o contribuinte cientificado, e reaberto no prazo para impugnação. (grifos nossos).

No caso em apreço, contrariando a determinação procedimental, não se devolveu à autuada o prazo para impugnar, porquanto, quando da cientificação do contribuinte, começou a fluir o prazo para oferecer Recurso Voluntário contra a Decisão primária que, segundo a inteligência do dispositivo, sequer deveria ter sido proferida.

Eis aí a primeira causa de nulidade: afronta ao Artigo 17, do PAF e, por conseguinte, ao princípio constitucional ao devido processo legal formal (ou devido processo legal adjetivo, processual ou procedimental), expressamente consagrado pelo inciso LIV, do Artigo 5º, da Magna Carta, ao preconizar que *“ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem devido process legal”*.

Art. 5º - (...)

LIV - 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. (grifo nosso).

Em segundo lugar, a Decisão primária é nula porque também infringiu, sob diferentes aspectos, os princípios constitucionais do contraditório e da plenitude de defesa.

Como dito, a Decisão de piso não se baseou no Auto de Infração e Intimação originalmente lavrado, mas em “retificações” que ela própria sugeriu. Assim agindo, o “*decisum*” aniquilou as chances de a autuada influenciar naquele julgamento, simplesmente porque não lhe era possível antever as inovadoras premissas do julgado que estavam por vir, o que, de “*per si*”, já compromete a plenitude do direito de defesa.

A propósito, o Código de Processo Civil vigente estabelece no Artigo 10, que *“o juiz não pode decidir, em grau algum de jurisdição, com base em fundamento a respeito do qual não se tenha dado às partes oportunidade de se manifestar, ainda que se trate de matéria sobre a qual deva decidir de ofício”*. A orientação, que ficou conhecida como vedação de decisão-surpresa, é perfeitamente aplicável ao administrativo tributário, não só por força do Artigo 15, da Lei Adjetiva Civil, mas sobretudo porque constitui mero desdobramento do princípio constitucional do contraditório.

Art. 15. Na ausência de normas que regulem processos eleitorais, trabalhistas ou administrativos, as disposições deste Código lhes serão aplicadas supletiva e subsidiariamente.

Finalmente, o contraditório restou inobservado porque a Decisão primária, ao subtrair da autuada a oportunidade de oferecer nova impugnação, findou por operar verdadeira supressão da Primeira Instância do Contencioso Administrativo. “*In casu*”, só resta ao contribuinte a possibilidade de confrontar as retificações em Segunda Instância, já que a Decisão primária fora proferida antes mesmo da lavratura do TRAI. Observe-se, por outro lado, que o inciso LV do Artigo 5º, assegura ao menos uma etapa de revisão hierárquica dos julgamentos fiscais, já que sua redação alude expressamente aos meios e recursos inerentes ao contraditório e à ampla defesa, derivando daí o chamado



Princípio do Duplo Grau de Cognição, o qual não se coaduna com a supressão de instância ora exposta.

Assim sendo, a ofensa aos Princípios do Contraditório e da Ampla Defesa eiva de nulidade a Decisão primária, consoante assenta o Artigo 83, “*caput*”, e o Artigo 1º, Parágrafo Único, ambos do Regimento Interno do CARF-M, em combinação com o Artigo 1º, “*caput*”, e inciso I, do PAF.

Art. 1º - Este Decreto regulamenta o Processo Administrativo Fiscal de determinação e exigência dos créditos tributários do Município e o de consulta sobre interpretação ou aplicação da legislação municipal, observadas as normas emanadas da Constituição Federal, da Lei Orgânica do Município e do Código Tributário municipal, notadamente:

I - a garantia do contraditório e da ampla defesa ao sujeito passivo.

CONSECTÁRIOS DA NULIDADE. ESPECIFICAÇÃO DOS ATOS ALCANÇADOS E DETERMINAÇÃO DAS PROVIDÊNCIAS NECESSÁRIAS AO PROSSEGUIMENTO OU À SOLUÇÃO DO PROCESSO:

Uma vez reconhecida a nulidade da Decisão primária, em atenção ao Parágrafo Único, do Artigo 24, do PAF, e ao Parágrafo 2º, do Artigo 83, do Regimento Interno do CARF-M, cumpre especificar os atos alcançados e determinar as providência necessárias ao prosseguimento ou à solução do processo.

Na dicção do Parágrafo Segundo, do Artigo 83, do referido Regimento, a nulidade de qualquer ato “*só prejudica os posteriores que dele diretamente dependam ou sejam consequência*”.

No caso em apreço, por óbvio, a lavratura do TRAI foi consequência direta da Decisão primária, que além de fixar as correções necessárias, conforme minudenciado linhas atrás, textualmente determinou que “*as retificações deverão ser promovidas imediatamente (...) e cientificadas ao contribuinte juntamente com esta decisão*”, (fl. 69), grifo no original.

Portanto, em tese, a Decisão primária e todos os atos ulteriores, inclusive o de lavratura do TRAI, em razão de sua relação de causa e efeito, deveriam ser anulados.

Contudo, a este CARF-M e à Administração Pública em geral cumpre velar pelo Princípio da Eficiência, inclusive no âmbito do processo administrativo fiscal (Artigo 37, “*caput*”, da CF/89; Parágrafo Único do Regimento Interno do CARF-M, e, Artigo 8º, “*in fine*”, do Código de Processo Civil). Outrossim, repita-se, cumpre-nos também antecipar as providências necessárias ao prosseguimento ou à solução do processo.

Desse ponto de vista, entendo, que seja acolhida a tese de nulidade da Decisão primária e os atos posteriores, com retorno dos autos à Primeira Instância Administrativa para providências quanto ao cumprimento do disposto na fundamentação supra, evitando a afronta à supressão de instância, contraditório e ampla defesa. Devedendo-se atentar, ainda, para análise do prazo legal previsto para a configuração de decadência.

Após análise da **DECISÃO** da Primeira Instância Administrativa Nº **039/2021 – GCOF/DITR/DETR/SEMEF**, que julgou pela **NULIDADE** do **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20115000682**, de 28 de setembro de 2011, alterado pelo **TRAI Nº 207/2020**, dos Recursos Voluntário e de Ofício e o **PARECER Nº 005/2022 – CARF-M/RF/1ª Câmara**, do Representante Fiscal junto ao CARF-M, concluo que os argumentos apresentados em ambos são elucidativos e baseados na legislação municipal e tributária vigentes.

VOTO, pela **DECLARAÇÃO DA NULIDADE DA DECISÃO PRIMÁRIA**, e, em homenagem ao Princípio da Eficiência, opinamos pelo retorno dos autos à Primeira Instância Administrativa para providências, nos termos da fundamentação supra.

É o meu Voto.

PRIMEIRA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 25 de maio de 2022.



FRANCISCO DE ASSIS MOURÃO JÚNIOR

Conselheiro Relator