



Acórdão n.º 043/2022 – SEGUNDA CÂMARA

Sessão do dia 13 de outubro de 2022

Recurso n.º 134/2021 – CARF-M (A.I.I. n.º 20125000223)

Recorrente: **GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL**

Recorrida: **FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL**

Interessado: **BANCO BMG S. A.**

Relator: Conselheiro **ALDERNON GONDIM VIEGAS**, designado pelo Presidente, por ter sido Voto vencedor, em obediência ao Artigo 52, Parágrafo único, da RESOLUÇÃO Nº 001/2021 – Regimento Interno do CARF-M.

TRIBUTÁRIO. OBRIGAÇÃO PRINCIPAL. FALTA DE RETENÇÃO NA FONTE E RECOLHIMENTO 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 PRIMEIRA INSTÂNCIA.

Vistos, relatados e discutidos os presentes autos de recurso interposto por **BANCO BMG S. A.**

ACORDAM os Membros da Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, por maioria de votos, **Conhecer** o Recurso Voluntário 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. Vencidos os Conselheiros: PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO (Relator), JÚLIO RAMON MARCHIORE TEIXEIRA e REGINA CÉLIA PEREIRA FILGUEIRAS.

Segunda Câmara Julgadora do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município, em Manaus, 13 de outubro de 2022.

FRANCISCO MOREIRA FILHO

Presidente

ALDERNON GONDIM VIEGAS

Relator Designado

DAVID MATALON NETO

Representante Fiscal

Participaram, ainda, do presente julgamento, os seguintes Conselheiros: SARAH LIMA CATUNDA.

RECURSO Nº 134/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 043/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2012/2967/3446/00258
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000223
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADO: BANCO BMG S. A.
RELATOR: Conselheiro PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO

RELATÓRIO

BANCO BMG S.A., apresentou Recurso Voluntário a este douto Conselho da **DECISÃO Nº 524/2020 – DIJET/DETRI/SEMEF**, fls. 253/257, que julgou **PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000223**, de 28 de maio de 2012, lavrado contra a Recorrente, em razão da ausência de retenção e recolhimento do ISSQN sobre Notas Fiscais de Serviço – Inconsistência de DMS, no período da **PRIMEIRA** e **SEGUNDA QUINZENA** de **JULHO/2007**, **SEGUNDA QUINZENA** de **AGOSTO** e **SETEMBRO/2007** e **PRIMEIRA QUINZENA** de **JANEIRO/2008** à alíquota de 5% (cinco por cento), sendo dado como infringido o Artigo 2º, inciso IV, e Artigo 8º, da Lei nº 1.089/2006 c/c o Artigo 7º, do Decreto nº 8.805/2007 e a penalidade prevista no Artigo 11, inciso II, da Lei nº 1.089/2006, que estabelece multa de 120% (cento e vinte por cento) do valor do imposto não retido na fonte pelo contribuinte substituto, totalizando um crédito tributário no valor de R\$ 181.356,23 (Cento e oitenta e um mil, trezentos e cinquenta e seis reais e vinte e três centavos), equivalentes a 2.574,62 (Duas mil, quinhentos e setenta e quatro e sessenta e duas), Unidades Fiscais do Município – UFMs.

Em suas razões de Impugnação (fls. 13 a 21), apresentou a Recorrente, resumidamente que: *(i) as Notas Fiscais, objeto da autuação foram canceladas e substituídas pelos prestadores de serviços, por erros no preenchimento; (ii) realizou a retenção e o recolhimento do ISSQN tomando como base os valores constantes nas Notas Fiscais substitutas, não havendo, portanto, o que se falar em qualquer pendência de recolhimento do ISSQN; e, (iii) os serviços descritos na grande maioria das notas substitutas, o valor foi consideravelmente superior ao do serviço destacado na nota substituída logo, o imposto retido e recolhido pelo Impugnante foi maior do que o presente lançamento.*

Ato contínuo, a Agente Fiscal, manifestou-se pela manutenção do postulado lançamento, propondo correção por meio do **TRAI Nº 15/2014**, cancelando o lançamento realizado inicialmente por ter identificado nos documentos acostados pelo Impugnante que efetivamente as notas fiscais que foram objeto da presente autuação haviam sido substituídas. Contudo, identificou outros valores que teriam sido retidos e não recolhidos e determinou a substituição das 06 Notas Fiscais de Serviços originais, apresentando 08 novos valores. Sendo realizada a ciência do contribuinte em 26/06/2014, abrindo-se novamente prazo para Impugnação.



Por conseguinte, a autuada apresentou, às fls. 211/235, novamente suas razões de impugnação, considerando a alteração realizada no TRAI nº 15/2014, impugnando 04 lançamentos e reconhecendo o não recolhimento de outras 03 e oportunamente solicitando a emissão de guia para pagamento. Já às fls. 236/240 foi proferido despacho pela DIJET/DETRI determinando a manifestação da autuada novamente.

Em nova Réplica fiscal, às fls. 242, reiterando a manutenção do lançamento, agora pelo recolhimento do imposto na **PRIMEIRA QUINZENA de NOVEMBRO/2009**, na **SEGUNDA QUINZENA de MAIO/2010** e da **PRIMEIRA QUINZENA de DEZEMBRO/2010**, lavrando o **TRAI Nº 217/2020**. E em 27/07/2020, foi dada ciência a Impugnante notificando-a novamente do prazo de 30 (trinta) dias para apresentar Impugnação.

Ato contínuo, identifica-se que foi proferida a **DECISÃO Nº 524/2020 – DIJET/DETRI/SEMEF**, em que o Julgador de Primeira Instância considerou no relatório do processo os fatos até o **TRAI Nº 217/2020** e julgou o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000223**, parcialmente procedente e determinou uma retificação no quadro do **TRAI Nº 217/2020**, momento o qual foi lavrado o **TRAI Nº 253/2021** e por fim intimando a Impugnante para no prazo, apresentar Recurso ao Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M.

Em seguida, procedeu-se com a juntada do **PROCESSO Nº 2021/11209/12613/00015**, referente à Impugnação ao **TRAI Nº 253/2021**, protocolizada no dia 03/09/2021, às fls. 264/390. Já em 27/10/2021 foi juntado o **PROCESSO Nº 2021.11209.12613.0.070489**, identificado como Recurso Voluntário à **DECISÃO Nº 524/2020 – DIJET/DETRI/SEMEF**.

Nestes termos, foi a autuada notificada da Decisão Primária em 10/11/2021, conforme se comprova às fls. 377/378, sendo apresentado novo Recurso Voluntário em 16/11/2021, às fls. 643/872.

A Representação Fiscal por sua vez, através do **PARECER** (fls. 874 a 881) **Nº 134/2021 – CARF-M/RF/2ª Câmara**, manifestou-se pela nulidade da Decisão Primária e pelo retorno dos autos à Primeira Instância para providências.

É o Relatório.

VOTO VENCIDO

Preliminarmente, é de se reconhecer que o presente Recurso Voluntário 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 a ausência de retenção e recolhimento do ISSQN sobre Notas Fiscais de Serviço – Inconsistência de DMS, no período da Primeira e Segunda Quinzena de Julho/2007, Segunda Quinzena de Agosto e Setembro/2007 e Primeira Quinzena de Janeiro/2008 à alíquota de 5% (cinco por cento).

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 pelo contribuinte e pela douta Representação Fiscal, a lavratura do Auto de Infração e Intimação nº 20125000223, de 28.05.2012, padece de vício substancial desde o seu lançamento devido ao lançamento completamente equivocado, em que a própria Representação Fiscal reconheceu o vício de lançamento, que não chegou a ser corrigido, mas totalmente substituído por meio do TRAI N° 15/2014.

Nada obstante a realização do novo lançamento por meio do Termo de Retificação, verifica-se que este também não gozava de liquidez e certeza, posto que, após a apresentação das novas razões de impugnação pela autuada, foi necessário a lavratura do TRAI N° 217/2020 para alterar substancialmente o lançamento mais uma vez.

E neste mesmo sentido, foi proferida a Decisão de Primeira Instância em que o Julgador não considerou as razões de impugnação que a autuada apresentou tempestivamente ao TRAI N° 217/2020 e lavrou o terceiro TRAI sob o N° 253/2021.

Nestes termos, é imprescindível chamarmos atenção para a inobservância à liquidez e certeza no lançamento, a correta apuração na base de cálculo do imposto e ao devido processo legal, vez que tais pontos afetam diretamente o princípio basilar do contraditório e da ampla defesa, um dos norteadores do processo administrativo, e resguardado pela Constituição Federal, como direito e garantia fundamental.

E por fim, cumpre registrar que a falta de acuracidade causou uma grande confusão processual nos autos e viciou de forma substancial o lançamento tributário.

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 e Intimação. 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 a ampla defesa do contribuinte, e a supressão do devido processo legal, vez que sequer foi considerada a Impugnação juntada tempestivamente na Decisão de Primeira Instância, somado ao novo lançamento realizado pelo Agente Fiscal por meio do TRAI Nº 15/2014, e a falta de liquidez e certeza no lançamento e na base de cálculo, da qual deve se defender com 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, incisos LIV e LV. Vejamos:

Constituição Federal de 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:

[...]

LIV - ninguém será privado da liberdade ou de seus bens sem o devido processo legal;

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 atuação dos aspectos material e quantitativo da obrigação tributária, tornando duvidoso o lançamento e a cobrança do crédito em si. Fatos estes que jamais poderão ser redirecionados ao contribuinte, sob pena de colocar em risco a segurança jurídica devida pelo Estado aos seus cidadãos.

Por fim, considerando todo o exposto depara-se com a falta de necessidade da devolução dos autos à Primeira Instância Administrativa, uma vez que, nos termos do que foi destacado pela Representação Fiscal, não haveria impedimento legal a apuração de novos fatos em processo administrativo fiscal em curso. “*Ipsis Litteris*”:

“(ii) não há impedimento legal à apuração de novos fatos geradores em processo administrativo fiscal em curso, sobretudo quando prestigiados os princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa e respeitado o período designado para ação fiscal;”

Contudo, quando da lavratura do TRAI Nº 15/2014, o referido processo administrativo fiscal já havia sido encerrado, devendo, portanto, em respeito ao devido processo legal e a segurança jurídica, ser aberto novo processo de fiscalização para apuração das inconsistências identificadas.

Lado outro, deve-se considerar também que o TRAI Nº 217/2020, o qual supostamente determinou o objeto dos novos lançamentos, foi lavrado em 20/07/2020 (fls. 249), referindo-se aos fatos geradores ocorridos em 2009 e 2010, ou seja, estaríamos validando um relançamento, com mais de 10 anos de atraso, ignorando completamente o que determina o 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 sustenta o lançamento sumariamente realizado por esta Secretaria, posto que o contribuinte sofreu clara afronta a certeza e liquidez do lançamento, e aos princípios do contraditório e da ampla defesa, e ofensa ao devido processo legal, sendo o lançamento do Auto 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 **PROVIMENTO** do Recurso Voluntário, modificando integralmente a Decisão de Primeira Instância Administrativa, para julgar **NULO** de pleno direito o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000223**.

É o meu voto.

SEGUNDA CÂMARA JULGADORA DO CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO MUNICÍPIO, em Manaus, 13 de outubro de 2022.

PEDRO DE FARIA E CUNHA MONTEIRO
Conselheiro Relator



RECURSO Nº 134/2021 – CARF-M
ACÓRDÃO Nº 043/2022 – SEGUNDA CÂMARA
PROCESSO FISCAL Nº 2012/2967/3446/00258
AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000223
RECORRENTE: GERÊNCIA DO CONTENCIOSO FISCAL
RECORRIDA: FAZENDA PÚBLICA MUNICIPAL
INTERESSADO: BANCO BMG S. A.

VOTO do Conselheiro **ALDERNON GONDIM VIEGAS**, designado pelo Presidente para redigir a Decisão sob a forma de Acórdão, por ter sido voto vencedor, conforme dispõe o Artigo 52, Parágrafo único, da Resolução nº 001/2021 – Regimento Interno do Conselho Administrativo de Recursos Fiscais do Município – CARF-M.

V O T O V E N C E D O R

Cuidam os presentes autos de Recurso Voluntário interposto em face da **DECISÃO Nº 524/2020 – GECFI/DETRI/SEMEF**, que julgou **PROCEDENTE** o **AUTO DE INFRAÇÃO E INTIMAÇÃO Nº 20125000223**, de 28/05/2012, alterado pelos **TRAI's Nºs 15/2014, 217/2020 e 253/2021**, lavrados contra o **BANCO BMG S.A.**, na condição de substituto tributário do Imposto Sobre Serviços de Qualquer Natureza – ISSQN.

Após a lavratura dos **TRAI's nºs 15/2014 e 217/2020**, a Primeira Instância Administrativa, em Decisão Primária, julgou parcialmente procedente o referido Auto de Infração e Intimação, com as modificações promovidas pelos citados **TRAI's**, propondo ainda a inclusão da alíquota de 5% no movimento econômico do período de **DEZEMBRO/2011** constante no **TRAI Nº 217/2020** e demais cálculos dela decorrentes.

Esta inclusão resultou na lavratura do **TRAI Nº 253/2021**, com data de ciência em 05/08/2021, o contribuinte foi cientificado da Decisão de Primeira Instância em 10/11/2021.

Ao proferir sua Decisão e determinar a retificação do Auto de Infração, feita através do **TRAI Nº 253/2021**, e remetendo o processo diretamente à Instância Superior, a Primeira Instância Administrativa foi de encontro ao que determina o 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 novo prazo para impugnação. (grifo nosso).

Neste caso, contrariando a determinação constante na aludida norma, não se devolveu ao autuado novo prazo para Impugnação, o que representa também uma afronta aos princípios constitucionais do contraditório e da ampla defesa.

Por outro lado, diante da higidez do Auto de Infração que constitui ato administrativo vinculado, e como tal, goza da presunção de legalidade e legitimidade, e não se verificando nenhum vício que viesse a macular o ato administrativo consubstanciado no referido Auto de Infração e Intimação, **VOTO** pela **NULIDADE** da Decisão Primária, e pelo retorno dos autos a Primeira Instância Administrativa para as devidas providências.

É o meu voto.

**CONSELHO ADMINISTRATIVO DE RECURSOS FISCAIS DO
MUNICÍPIO, em Manaus, 13 de outubro de 2022.**


ALDERNON GONDIM VIEGAS
Relator Designado