

PROCESSO Nº 1370722020-6

ACÓRDÃO Nº 0317/2022

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: VTR TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: JOÃO LÚCIO DA SILVA FILHO

Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - RECONHECIDA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS. IMPRECISÃO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. VÍCIO DE FORMA - NULIDADE - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

*- Reconhecida a decadência do lançamento relativo ao mês de setembro de 2015, por força do disposto no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional.*

*- A peça acusatória cuja descrição do fato referente à falta de recolhimento de ICMS se apresenta imprecisa, de modo a dificultar o ajustamento do fato à lei, caracteriza-se eivada de vício formal insuscetível de correção nos próprios autos e, por isso mesmo deve ser declarada nula, para que outra seja realizada com a correta descrição da falta.*

Vistos, relatados e discutidos os autos deste Processo, etc...

A C O R D A M à unanimidade e de acordo com o voto do relator, pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a sentença exarada na instância monocrática e julgar nulo por vício formal o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001223/2020-83, lavrado em 31 de agosto de 2020, contra a empresa VTR TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS LTDA, CCICMS nº 16.219.103-0, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Ressalto a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

P.R.E.

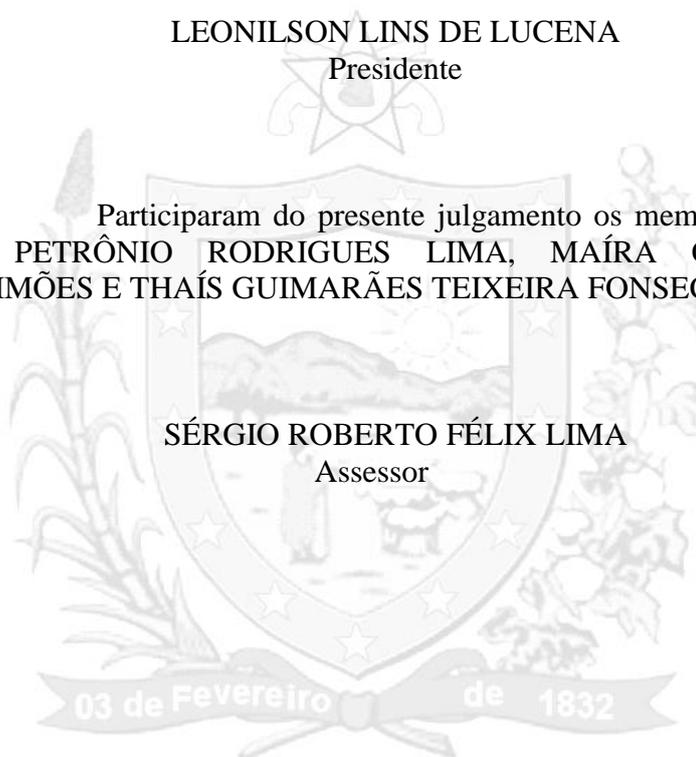
Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferencia, em 20 de junho de 2022.

**LEONARDO DO EGITO PESSOA**  
Conselheiro Relator

**LEONILSON LINS DE LUCENA**  
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, **PETRÔNIO RODRIGUES LIMA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.**

**SÉRGIO ROBERTO FÉLIX LIMA**  
Assessor



PROCESSO Nº 1370722020-6  
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO  
Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP  
Recorrida: VTR TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS LTDA.  
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA SEFAZ - JOÃO PESSOA  
Autuante: JOÃO LÚCIO DA SILVA FILHO  
Relator: CONS.º LEONARDO DO EGITO PESSOA.

PRELIMINAR DE DECADÊNCIA - RECONHECIDA. FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS. PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS. IMPRECISÃO NA DESCRIÇÃO DA INFRAÇÃO. VÍCIO DE FORMA - NULIDADE - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - MANTIDA A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO HIERÁRQUICO DESPROVIDO.

- Reconhecida a decadência do lançamento relativo ao mês de setembro de 2015, por força do disposto no artigo 150, §4º, do Código Tributário Nacional.

- A peça acusatória cuja descrição do fato referente à falta de recolhimento de ICMS se apresenta imprecisa, de modo a dificultar o ajustamento do fato à lei, caracteriza-se eivada de vício formal insuscetível de correção nos próprios autos e, por isso mesmo deve ser declarada nula, para que outra seja realizada com a correta descrição da falta.

## RELATÓRIO

Em análise nesta Corte o recurso hierárquico interposto nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/13 contra decisão monocrática que julgou NULO POR VÍCIO FORMAL o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001223/2020-83, lavrado em 31 de agosto de 2020 em desfavor da empresa VTR TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS LTDA, inscrição estadual nº 16.219.103-0.

Na referida peça acusatória, consta a seguinte acusação, *ipsis litteris*:

0390 – FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇOS DE TRANSPORTES >>> Falta de recolhimento do ICMS relativo a prestação de serviços de transportes.

Nota Explicativa: PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS UTILIZANDO CARGA TRIBUTÁRIA DE 4% SEM ATENDER AO DISPOSTO NO ARTIGO 35, §2º DO RICMS, ONDE DETERMINA QUE O INTERESSADO DEVERÁ COMUNICAR A OPÇÃO PELA SISTEMÁTICA DE CRÉDITO PRESUMIDO, ANTES DO INÍCIO DE CADA EXERCÍCIO.

Em decorrência do fato acima, o representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia total de **R\$ 188.672,03 (cento e oitenta e oito mil, seiscentos e setenta**

**e dois reais e três centavos**), sendo R\$ 125.781,35 (cento e vinte e cinco mil, setecentos e oitenta e um reais e trinta e cinco centavos) de ICMS, por infringência ao art. 106, III, “b”, e o contido em nota explicativa, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 62.890,68 (sessenta e dois mil, oitocentos e noventa reais e sessenta e oito centavos) de multa por infração, arrimada no art. 82, II, “e”, da Lei nº 6.379/96.

O auditor fiscal acostou aos autos documento instrutório à fl. 06.

Depois de cientificada do resultado da ação fiscal por meio do seu Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e em 05/10/2020 (fl. 05), a Autuada, por intermédio de advogado legalmente constituído (fl. 48), interpôs peça reclamatória tempestiva em 04/11/2020 (fls. 10 a 40), alegando, em síntese, o que passo a apresentar:

a) Síntese da autuação;

b) Decadência do crédito tributário relativo a setembro/2015, nos termos do art. 150, §4º, do Código Tributário Nacional, portanto extinto o crédito lançado nesse período (Cita em sua defesa várias jurisprudências inclusive o Acórdão do CRF/PB nº 328/2012 e 182/2009);

c) Nulidade Formal – Equívoco na Descrição e no enquadramento legal da Infração – Caráter absolutamente genérico, não dá qualquer pista da infração a que se refere, poderia referir-se a qualquer infração à legislação tributária que resultasse em não recolhimento do ICMS e o enquadramento legal lançado no auto de infração art. 106, III, “b”, do RICMS/PB, faz genérica referência a prazo de recolhimento de ICMS que sequer diz respeito a transportadoras, mas sim, a estabelecimentos produtores. Quanto à nota explicativa não se compreende a menção à “carga tributária de 4%”, embora faça referência ao suposto descumprimento do art. 35, §2º, do RICMS/PB, que determina que o interessado deverá comunicar a opção pela sistemática do crédito presumido antes do início de cada exercício, em parte alguma do Auto de Infração se estatui que o motivo da autuação seria a tomada irregular de crédito presumido, apenas da análise dos cálculos apresentado pela fiscalização se leva a crer que foi desconsiderado a integralidade do crédito presumido aproveitado pela autuada (art. 35, II, do RICMS/PB), o que se conclui que a acusação está descrita de forma errada, portanto, auto de infração nulo, conforme os arts. 15, 16 e 17, II e III, da Lei nº 10.094/2013 (Em sua defesa cita os seguintes acórdãos do CRF/PB nº 192/2017, 346/2006 e 211/2015);

d) Improcedência – A exigência do §2º do art. 35 do RICMS/PB não se aplica ao crédito presumido do art. 35, II, do mesmo regulamento - o simples fato de não ter procedido à comunicação da opção pelo uso do crédito presumido, segundo o entendimento equivocado da fiscalização, implicaria a glosa da integralidade do crédito, como a cobrança do imposto devido e multa, pois a norma instituidora do crédito presumido o art. 35, II, do RICMS/PB faz alusão exclusivamente à observância dos §§ 1º, 3º e 7º, do mesmo artigo, não fazendo referência ao §2º, conseqüentemente esse dispositivo não é aplicável ao crédito presumido especificamente ali tratado e quanto às condições desse parágrafo foram rigorosamente cumpridas pela impugnante, pois jamais se aproveitou de outros créditos em qualquer de seus estabelecimentos, exerce

atividade de transporte rodoviário de passageiros e não transporte aéreo e ademais, consignou a opção pelo crédito presumido nos Livros Registros de Utilização de Documentos Fiscais e Termos de Ocorrência de cada estabelecimento (Doc. 05). Além do mais o crédito presumido em questão encontra seu fundamento no Convênio ICMS 106/1996, o qual não faz referência à exigência de comunicação prévia da opção pelo crédito presumido. Não venha dizer que, como o §2º faz expressa referência ao §1º, disso decorre que aquele também se aplicaria ao art. 35, II, do RICMS/PB, pois se estará admitindo por vias transversas inclua-se no art. 35, II referências que não foram nele contidas pelo legislador, ou seja, interpretação analógica com fins de justificar a cobrança de tributo, que é vedado pelo CTN (art. 108, §1º, do CTN);

e) Ausência de descumprimento do art. 35, §2º, do RICMS/PB, pois o RICMS não delimita a forma dessa comunicação, havendo mais de um modo de fazê-lo, o protocolo físico de uma correspondência na repartição fiscal destoa da realidade atual das obrigações acessórias do contribuinte, desenvolvidas integralmente em meio eletrônico, desde o seu estabelecimento a impugnante encontra-se sujeita a Escrituração Fiscal Digital – EFD que se compõe da totalidade das informações e prestações praticadas pelo contribuinte, assim, a entrega do arquivo EFD em que se explicita a tomada do crédito presumido, bem como fundamento, supre, a comunicação a que alude o art. 35, §2º, do RICMS/PB, invocado pelo senhor Fiscal, até porque o arquivo passa ao seu imediato conhecimento tão logo é transmitido;

f) O art. 35, §2º, representa mera obrigação acessória associada e na condição à fruição do benefício, cujo descumprimento a legislação não contempla sanção de glosa do crédito, pois o RICMS/PB não condiciona a fruição do crédito presumido a esta comunicação, trata-se de sanção imprevista no ordenamento jurídico, por isso, inaplicável. A Impugnante limitou-se a aproveitar crédito presumido no importe de 20% do valor de suas operações, não tomando quaisquer outros créditos e adotando a mesma postura em todos os seus estabelecimentos, nesse contexto absoluta ausência de prejuízo por parte do fisco, o descumprimento de obrigação acessória de ordem formal não conduz à cobrança do tributo a princípio isentado, portanto o auto de infração é improcedente (Cita em sua defesa vários entendimentos jurisprudenciais às fls. 32 a 34);

g) O auditor fiscal desconsiderou os créditos presumidos aproveitados pela impugnante, sob a consideração de que esta não teria comunicado adequadamente a sua “opção” e simplesmente cobrou o ICMS sem levar em consideração os créditos a que, na sistemática normal de apuração do imposto, a impugnante teria direito, a ausência de refazimento da escrita do contribuinte impede a verificação da liquidez do crédito tributário, atentando contra o art. 142 do Código Tributário Nacional, assim o lançamento fiscal é improcedente. Se o auditor tivesse feito apuração da impugnante teria constatado que o valor a recolher, seria menor que o lançado, conforme planilha anexa doc. 06, amparada nos documentos que lhe seguem. Não se entendendo tratar-se de improcedência a inobservância da necessidade de refazimento da escrita fiscal do contribuinte caracteriza-se ao menos, como

falha formal do procedimento adotado pelo autuante, conduzindo à nulidade do auto de infração (Cita em sua defesa várias jurisprudências às fls. 36, 37 e 39).

Por fim, requer o conhecimento e provimento desta impugnação, em ordem a que o auto de infração seja julgado nulo ou integralmente improcedente.

Documentos de defesa anexos às fls. 41 a 345 dos autos.

Sem informação de antecedentes fiscais, foram os autos conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais - GEJUP, sendo distribuído a julgadora fiscal Eliane Vieira Barreto Costa, o qual julgou o auto de infração NULO POR VÍCIO FORMAL, nos termos da seguinte ementa, *litteris*:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS RELATIVO À PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTE DE PASSAGEIRO - ERRO QUANTO À DESCRIÇÃO DOS FATOS – NULIDADE POR VÍCIO FORMAL. DECADÊNCIA – PRELIMINAR ACOLHIDA

- Denunciada na peça basilar como sendo falta de recolhimento do ICMS relativo à prestação de serviço de transportes de passageiros utilizando carga tributária de 4% sem atender ao disposto no artigo 35, § 2º do RICMS, todavia, os autos revelam que a empresa prestadora de serviço de transporte utilizou crédito presumido de 76,47% com base no art. 35, XI, do RICMS/PB em desacordo com art. 35, §2º, do mesmo regulamento como se pode observar no Registro de Apuração da Escrituração Fiscal Digital – EFD, fato que indica erro na descrição da infração por vício formal, suscitando a nulidade da acusação. Contudo, destaco a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório, em função do vício formal indicado.

- Reconhecida a decadência de parte dos créditos tributários lançados, em observância ao disposto no artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional.

AUTO DE INFRAÇÃO NULO

Em atendimento ao que determina o artigo 80 da Lei nº 10.094/13, a julgadora da instância *a quo* recorreu de ofício da sua decisão.

Cientificada da decisão singular via DTe em 14/07/2021 (fls. 360), a atuada não mais se manifestou nos autos.

Remetidos ao Conselho de Recursos Fiscais, foram os autos distribuídos a esta relatoria, segundo os critérios regimentais, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

**VOTO**

Em exame, o recurso hierárquico contra decisão de primeira instância que julgou *nulo por vício de forma* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001223/2020-83, lavrado em 31/08/2020, contra a empresa VTR TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS LTDA, qualificada nos autos, com exigência do crédito tributário anteriormente relatado.

De início, no tocante à decadência declarada pela instância prima, referente ao período de setembro de 2015, resta-me corroborar com sua decisão, até porque comungo com seu entendimento, pois, trata-se de lançamento por *homologação*, tratando-se de tributo em que a legislação comete ao sujeito passivo o dever de antecipar o seu pagamento sem o prévio exame da autoridade administrativa, conforme disciplinado no caput do art. 150 do CTN, abaixo reproduzido:

Art. 150. O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa.

§ 4º. Se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de cinco anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação.

No caso em exame o sujeito passivo prestou as informações ao Fisco, sendo autuado por falta de recolhimento do imposto em razão da utilização indevida de crédito presumido, remetendo à aplicação do art. 150, §4º, do CTN e art. 22, §3º, Lei nº 10.094/2013.

Assim, considerando que o lançamento tributário se consolidou em 5/10/2020, com a ciência da autuada, os fatos geradores ocorridos até 30/09/2015, já não eram mais passíveis de constituição pelo Fisco.

Correto, portanto, a exclusão do período de setembro de 2015 da autuação em tela.

Quanto à questão meritória, em face da inexistência de recurso voluntário, impõe-se apreciar a motivação da sentença recorrida, proferida pela instância *a quo*, objeto do recurso de ofício.

Pois bem. A Julgadora *a quo* entendeu como nula a acusação em tela, em razão de erro na descrição do fato imponible, pois a fiscalização a descreveu em nota explicativa “PRESTAÇÃO DE SERVIÇO DE TRANSPORTES DE PASSAGEIROS UTILIZANDO CARGA TRIBUTÁRIA DE 4% SEM ATENDER AO DISPOSTO NO ARTIGO 35, §2º DO RICMS”, todavia, o conteúdo dos elementos contidos nos autos, evidenciam que, em verdade, a empresa prestadora de serviço de transporte utilizou crédito presumido de 76,47% com base no art. 35, XI, do RICMS/PB.

Analisando atentamente o auto de infração lavrado, entendemos que o texto trazido na nota explicativa traz uma certa imprecisão, o que pode gerar dúvidas na elaboração da defesa, já que o artigo 35, XI do RICMS/PB, em momento algum foi citado na peça acusatória, além do fato do mesmo prevê a concessão de um crédito presumido, no

percentual de 76,47% (setenta e seis inteiros e quarenta e sete centésimos por cento), nas prestações de serviços de transportes, e não carga tributária de 4% (quatro por cento), como descrito em nota explicativa.

Neste diapasão, após criteriosa análise dos documentos que instruíram a acusação em pauta, bem como dos apresentados pela defesa, também verifico, de início, a existência de vício de natureza formal no Auto de Infração lavrado, especialmente no que tange à descrição dos fatos.

Não obstante o zeloso e criterioso trabalho desenvolvido pelo diligente fiscal atuante, importa reconhecer que, apesar de identificar corretamente o sujeito passivo, o libelo acusatório não descreveu perfeitamente a conduta infracional, vez que denunciou a falta de recolhimento do ICMS relativo a prestação de serviços de transportes de passageiros utilizando carga tributária de 4%, quando, em verdade, os documentos anexos ao auto infracional pela defesa, fls. 216 a 225 e EFD`s entregues a Sefaz/Pb, demonstram que a Autuada utilizou crédito presumido de 76,47% (artigo 35, XI, do RICMS/PB) do valor do ICMS devido nas prestações de serviços de transporte de passageiros, em substituição à sistemática normal de tributação disciplinada no RICMS/PB.

Diante da identificação de vício formal na descrição do fato infringente, tendo em vista que esse vício compromete a exigibilidade do crédito tributário, o que suscita o desfecho estabelecido na disciplina do art. 17, II, da Lei nº 10.094/2013, senão vejamos:

Art. 17. Está incluído na hipótese prevista no art. 16 desta Lei, o Auto de Infração lavrado em desacordo com os requisitos obrigatórios estabelecidos no art. 142 do Código Tributário Nacional, quanto:

I - à identificação do sujeito passivo;

**II - à descrição dos fatos;**

III - à norma legal infringida;

IV - ao nome, ao cargo, ao número de matrícula e à assinatura do autor do feito;

V - ao local, à data e à hora da lavratura;

VI - à intimação para o sujeito passivo pagar, à vista ou parceladamente, ou impugnar a exigência, no prazo de 30 (trinta) dias, contado a partir da data da ciência do lançamento. (g.n.)

Destarte, verificando que a infração ora em comento foi denunciada com vício em sua narrativa, contrariando os ditames do artigo 142 do CTN, em consonância com o artigo 17, II, da Lei nº 10.094/13, razão pela qual confirmo a decisão de primeira instância, dando à Fazenda Estadual o direito de fazer um novo feito fiscal, na forma regulamentar e respeitado o prazo constante no art. 173, II, do CTN, com a correta descrição do fato.

Com estes fundamentos,

**VOTO** pelo recebimento do recurso hierárquico, por regular, e quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, para manter a sentença exarada na instância monocrática e julgar nulo por vício formal o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00001223/2020-83, lavrado em 31 de agosto de 2020, contra a empresa VTR TRANSPORTE RODOVIÁRIO DE PASSAGEIROS LTDA, CCICMS nº 16.219.103-0, eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Ressalto a possibilidade de realização de um novo procedimento acusatório em função do vício formal indicado, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13, aplicando-se, ao caso, o prazo constante no art. 173, II, do CTN.

Intimações necessárias, na forma regulamentar.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 20 de junho de 2022.

