



PROCESSO Nº 1637142023-2 - e-processo nº 2023.000347623-4

ACÓRDÃO Nº 679/2024

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS
- GEJUP

Recorrida: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: ESMAIL ALVES PEREIRA

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

**FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SERVIÇO
DE TRANSPORTE (CONTRATANTE DO SERVIÇO OU
TERCEIRO). NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL.
RECURSO DE OFÍCIO. DESPROVIMENTO.**

- Os elementos apresentados para embasar a acusação reputam-se inconclusivos, o que impossibilita a certeza e liquidez dos valores constituídos e remete à declaração da nulidade da peça acusatória.

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 de Ofício, por regular e, no mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão de primeira instância que julgou nulo, por vício material, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002634/2023-39, lavrado em 25 de agosto de 2023 (fls. 2 e 3), eximindo a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA de qualquer ônus decorrente do presente contencioso.

Intimações necessárias a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

P.R.E.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 18 de dezembro de 2024.



EDUARDO SILVEIRA FRADE
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, RÔMULO TEOTÔNIO DE MELO ARAÚJO, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA E PAULO EDUARDO DE FIGUEIREDO CHACON.

ELIPHAS NETO PALITOT TOSCANO
Assessor



PROCESSO Nº 1637142023-2 - e-processo nº 2023.000347623-4

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Recorrida: WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA.

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR1 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - JOÃO PESSOA

Autuante: ESMAIL ALVES PEREIRA

Relator: CONS.º EDUARDO SILVEIRA FRADE.

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SERVIÇO DE TRANSPORTE (CONTRATANTE DO SERVIÇO OU TERCEIRO). NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL. RECURSO DE OFÍCIO. DESPROVIMENTO.

- Os elementos apresentados para embasar a acusação reputam-se inconclusivos, o que impossibilita a certeza e liquidez dos valores constituídos e remete à declaração da nulidade da peça acusatória.

RELATÓRIO

A presente demanda teve início por meio do Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002634/2023-39, lavrado em 25 de agosto de 2023 (fls. 2 e 3), em desfavor da empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA, no qual consta a seguinte acusação:

0751 - FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SERVIÇO DE TRANSPORTE (CONTRATANTE DO SERVIÇO OU TERCEIRO) >>

O autuado acima qualificado, na condição de contratante do serviço ou terceiro, está sendo acusado de suprimir o recolhimento do ICMS incidente sobre a prestação de serviço de transporte de mercadorias.. VIDE INFORMAÇÃO FISCAL EM ANEXO

Em decorrência deste fato, o agente fazendário constituiu crédito tributário de **R\$ 81.835,74 (oitenta e um mil oitocentos e trinta e cinco reais e setenta e quatro centavos)**, sendo R\$ 54.557,14 (cinquenta e quatro mil quinhentos e cinquenta e sete reais e quatorze centavos) de ICMS por infringência ao art. 41, IV; art. 391, II c/c art. 541, § 3º, todos do RICMS; e multa de R\$27.278,60 (vinte e sete mil duzentos e setenta e oito reais e sessenta centavos) nos termos do art. 82, II, alínea “e” da Lei nº 6.379/96.



Cientificada em seu DT-e em 28/08/2023, a impugnante, por intermédio de seu advogado devidamente habilitado, ingressa com reclamação tempestiva, contrapondo-se à acusação com as seguintes alegações:

- O lançamento apresenta vício de fundamentação legal;
- Deve ser reconhecida a nulidade do auto de infração por erro na sujeição passiva;
- Em diversas operações de transporte acusadas, o transportador encontra-se devidamente inscrito no Cadastro de Contribuintes do ICMS, que conforme precedentes do CRF-PB o auto de infração deveria ter sido lavrado em nome dessas transportadoras.
- Entre as transportadoras que realizaram os referidos serviços de transporte, consta a GASMAQ, optante do Simples Nacional, que recolheu o referido tributo nos termos da legislação própria desse regime.

Por fim, a Impugnante requer a nulidade do auto de infração, ou subsidiariamente, sua improcedência em virtude de os serviços de transporte terem sido realizados por empresas do Simples Nacional – além de demandar que as todas as intimações “sejam publicadas” exclusivamente em nome de sua advogada.

Declarados conclusos, foram os autos remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais-GEJUP, tendo sido, nos termos regimentais, distribuídos ao julgador fiscal Francisco Nociti, o qual lavrou decisão pela nulidade de acusação, por vício material, conforme se depreende da ementa abaixo:

FALTA DE RECOLHIMENTO DO ICMS - SERVIÇO DE TRANSPORTE (CONTRATANTE DO SERVIÇO OU TERCEIRO). NULIDADE POR VÍCIO MATERIAL

- Os elementos apresentados para embasar a acusação reputam-se inconclusivos, o que impossibilita a certeza e liquidez dos valores constituídos e remete à declaração da nulidade da peça acusatória.

Em razão da nulidade identificada, nos termos do artigo 80 da Lei nº 10.094/13, foram os autos remetidos, em sede de recurso de ofício, ao Conselho de Recursos Fiscais, tendo sido, nos termos regimentais, distribuídos à esta relatoria.

Eis o relatório.

VOTO



Versam os autos acerca da acusação de Falta de Recolhimento do ICMS relativo a serviços de transporte dos períodos de setembro a dezembro de 2018.

Para instrução processual, a fiscalização colacionou nos autos uma planilha na qual se verificam 3 abas, quais sejam:

1- Aba “Cadastro” na qual consta a Razão social, a Inscrição Estadual do contribuinte e o período fiscalizado;

2- Aba “Cobrar” na qual os valores são apresentados, de modo ininterrupto, sem qualquer separação por período mensal;

3- Aba “Frete” na qual constam notas fiscais também são apresentadas sem a segregação mensal

Na aba “Frete”, na coluna “Valor a Cobrar” é apresentado o valor devido a título de ICMS Frete, cujo somatório assim é destacado TOTAL: R\$ 189.895,05 (coluna “AC” linha “9”).

Neste sentido, bem destacou o julgador monocrático vícios que na tabela que instruem o feito e que comprometem a acusação. Vejamos:

- **Não** constam nela, nem nos autos, os valores mensais devidos a título de ICMS Frete, apontados no auto de infração, remetendo ao contribuinte a incumbência da tarefa de tentar encontrá-los na citada planilha.

- **Não** foi encontrada qualquer relação do TOTAL: R\$ 189.895,05 (constante da planilha excel da fl. 4 dos autos) com os montantes mensais e/ou total apontados na peça acusatória.

Em outros dizeres, tendo em vista que a acusação reporta-se à falta de recolhimento do ICMS Frete, relativamente aos meses de setembro a dezembro de 2018, deveria ter constado demonstrativo, **em separado e de modo mensal**, cada um dos valores exigidos no auto de infração, relacionando-os às respectivas notas fiscais, de modo claro

Tarefa essa que se torna mais árdua quando, por exemplo, se verifica que na aba “Frete” há nota fiscal do dia 06/09/2018 na linha 2136 e também na linha 21253 (ou seja, notas de setembro de 2018, espalhadas em meio a outros períodos acusados).

Saliente-se, ademais, que somente são objeto de cobrança os meses de setembro, outubro e novembro de 2018, mas a tabela acostada pela fiscalização traz outros períodos de análise, além dos valores apontados R\$ 189.895,05 (cento e oitenta e nove mil, oitocentos e noventa e cinco reais e cinco centavos) não coincidirem com o *quantum* identificado na planilha que instrui o feito acusatório.



Como bem apontado pelo julgador monocrático, seria imperioso que a planilha demonstrasse, com precisão, o *quantum* exigido, mas a planilha demonstra latente incerteza quanto ao crédito tributário.

Com efeito, corrobora-se com o julgador monocrático no sentido de que o elemento que constitui o feito não apresenta a certeza necessária quanto aos valores constituídos no auto de infração, cerceando o direito de defesa da autuada.

Há incerteza quanto à base de cálculo da norma individual e concreta apontada pela fiscalização, a qual não se coaduna com os elementos instrutórios por ela trazidos, o que caracteriza a nulidade, por vício material, da acusação.

Acerca da natureza do vício, ensina Tácio Lacerda Gama:

A nulidade material, como o próprio nome sugere, é fruto da incompatibilidade entre o conteúdo da norma de competência, prevista no seu consequente, e a norma introduzida. Não se trata mais do modo de produção do ato normativo, mas sim da sua mensagem prescritiva¹

Também em teor didático, destaca Diego Diniz Ribeiro:

Vício formal é aquele relacionado ao modo de constituição da obrigação tributária, ou seja, que diz respeito ao procedimento de formalização do lançamento. **Por sua vez, vício material é aquele relacionado à norma tributária em si considerada, podendo se ater à (1) questões do fato jurídico tributário ou ainda (2) à relação jurídica dele decorrente.** O vício *formal*, portando, diz respeito a uma má aplicação das normas procedimentais do lançamento. Já o vício *material* decorre de um equívoco na aplicação das normas referentes ao direito material, ou seja, um erro na aplicação da regra de incidência do tributo lançado²

Merece, também, destaque a ementa do Parecer PGFN/CAT N° 278/2014:

PARECER PGFN/CAT N° 278/2014 Parecer Público.

¹ GAMA, Tácio Lacerda. *Competência Tributária: fundamentos para uma teoria da nulidade*. 2. ed. São Paulo: Noeses, 2011, p. 351

² RIBEIRO, Diego Diniz. Vício formal *versus* vício material para fins de anulação de autos de infração. Consultor Jurídico. Disponível em: <https://www.conjur.com.br/2022-mar-09/direto-carf-vicio-formal-versus-vicio-material-fins-anulacao-autos-infracao/>



Ausência de hipótese que justifique a imposição de qualquer grau de sigilo (Lei nº 12.527/11 - Lei de Acesso à Informação -, arts. 6º, I, 23 e 24).

LANÇAMENTO. ERRO NA IDENTIFICAÇÃO DO SUJEITO PASSIVO DA OBRIGAÇÃO TRIBUTÁRIA. NATUREZA DO DEFEITO. POSSIBILIDADE DE CARACTERIZAÇÃO DE VÍCIO FORMAL OU MATERIAL NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO CONCRETO.

I - O erro na identificação do sujeito passivo, quando do lançamento, pode caracterizar tanto um vício material quanto formal, a depender do caso concreto, não se podendo afirmar, aprioristicamente, em que categoria o defeito se enquadra.

II - Se o equívoco se der na “identificação material ou substancial (art. 142 do CTN), o vício será de cunho “material”, por “erro de direito”, já que decorrente da incorreção dos critérios e conceitos jurídicos que fundamentaram a prática do ato. Por outro lado, se o engano residir na “identificação formal ou instrumental” (art. 10 do Decreto nº 70.235/72), o vício, por consequência, será “formal”, eis que provenientes de “erro de fato”, hipótese em que se afigura possível a aplicação da regra insculpida no art. 173, II, do CTN. (g. n.)

No erro de direito, conforme bem delineado pela PGFN, há imperfeição no cotejo entre a norma tributária (hipótese de incidência) e o fato jurídico tributário em um dos elementos do consequente da regra-matriz de incidência

No caso dos autos, reitera-se, há incerteza nos critérios da norma individual e concreta posta pela fiscalização, mais precisamente no âmbito do consequente da dita norma, motivo pelo qual há de ser reconhecida a nulidade da acusação.

Neste norte, tem-se que a situação retrata, manifesta e inequivocamente, um vício material de lançamento, não sendo mais possível a realização de novo lançamento, *ex vi* do artigo 173, I, do Código Tributário Nacional.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do Recurso de Ofício, por regular e, no mérito, pelo seu desprovimento, para manter inalterada a decisão de primeira instância que julgou nulo, por vício material, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00002634/2023-39, lavrado em 25 de agosto de 2023 (fls. 2 e 3), eximindo a empresa WHITE MARTINS GASES INDUSTRIAIS DO NORDESTE LTDA de qualquer ônus decorrente do presente contencioso.

Intimações à cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Segunda Câmara, sessão realizada por videoconferência em 18 de dezembro de 2024.

Eduardo Silveira Frade



Conselheiro Relator