

PROCESSO Nº 0830462021-9
e-processo nº 2021.000092825-4
ACÓRDÃO Nº 0309/2022
PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO
Recorrente: MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI
Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS -
GEJUP
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA
SEFAZ - CAMPINA GRANDE.
Autuante: RAFAEL ARAÚJO ALMEIDA VIEIRA DE REZENDE
Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA.

LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS.
AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CONSTANTES DO ANEXO
05 SEM NOTA FISCAL. VÍCIO DE NATUREZA FORMAL
EVIDENCIADO. NULIDADE. REFORMADA, DE OFÍCIO, A
DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO.
RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A descrição incorreta do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, consoante estabelece o artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, nos termos do art. 173, II, do CTN.

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 voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, e reformar, de ofício, a sentença monocrática, e julgar nulo, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000959/2021-15, lavrado em 9 de junho de 2021, contra a empresa MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI (CCICMS: 16.317.877-1), eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Reitero a possibilidade de refazimento do feito fiscal em razão dos vícios formais indicados, observado o prazo estabelecido no artigo 173, II, do Código Tributário Nacional.

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

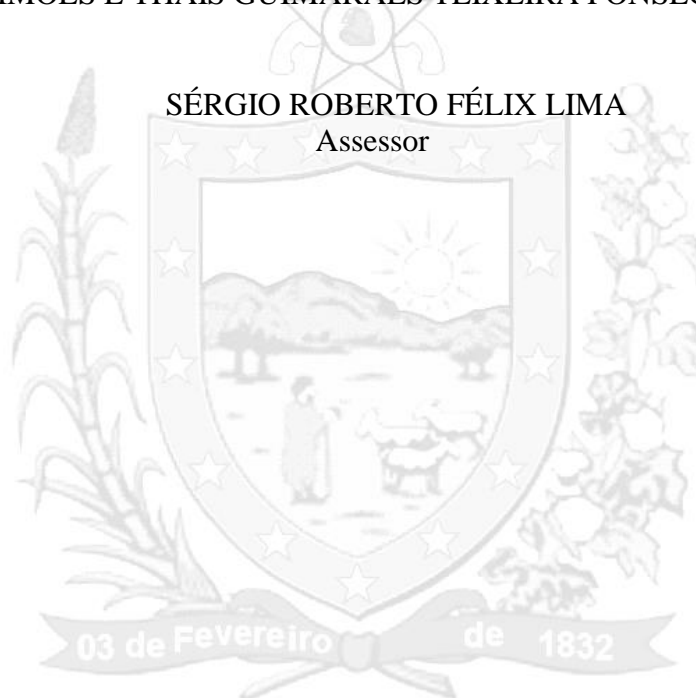
P.R.E.

Primeira Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferencia, em 15 de junho de 2022.

PETRÔNIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Primeira Câmara de Julgamento, LEONARDO DO EGITO PESSOA, MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES E THAÍS GUIMARÃES TEIXEIRA FONSECA.



PROCESSO Nº 0830462021-9 - e-Processo nº 2021000092825-4

PRIMEIRA CÂMARA DE JULGAMENTO

Recorrente: MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI

Recorrida: GERÊNCIA EXECUTIVA DE JULGAMENTO DE PROCESSOS FISCAIS - GEJUP

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE.

Autuante: RAFAEL ARAÚJO ALMEIDA VIEIRA DE REZENDE

Relator: CONS.º PETRONIO RODRIGUES LIMA.

LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CONSTANTES DO ANEXO 05 SEM NOTA FISCAL. VÍCIO DE NATUREZA FORMAL EVIDENCIADO. NULIDADE. REFORMADA, DE OFÍCIO, A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO. RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

A descrição incorreta do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, consoante estabelece o artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, nos termos do art. 173, II, do CTN.

RELATÓRIO

Trata-se do recurso voluntário, interposto nos moldes do art. 77 da Lei nº 10.094/2013, contra decisão monocrática, que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000959/2021-15, lavrado em 9/6/2021, (*fls. 2 e 3*), contra a empresa MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI, onde consta descrita a seguinte irregularidade:

0026 - AQUISIÇÃO DE MERC. CTE. DO ANEXO 05 SEM N. FISCAL >> o contribuinte suprimiu o recolhimento do ICMS – Substituição Tributária, por ter adquirido mercadorias, sob a égide da Substituição Tributária, sem nota fiscal.

Nota Explicativa: EM CUMPRIMENTO À ORDEM DE SERVIÇO, EFETUAMOS O LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS, EXERCÍCIO 2018, 2019 e 2020, MEDIANTE O CRUZAMENTO DE ENTRADAS E SAÍDAS DOS PRODUTOS CONSTANTES NOS DOCUMENTOS FISCAIS QUE ACOBERTARAM AS RESPECTIVAS TRANSAÇÕES, JUNTAMENTE COM AS DECLARAÇÕES DE

ESTOQUES INFORMADAS PELO CONTRIBUINTE. A PARTIR DA ANÁLISE DOS VALORES ENCONTRADOS NO LEVANTAMENTO QUANTITATIVO (PLANILHA EM ANEXO), CONCLUÍMOS QUE HOVE AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CONSTANTES DO ANEXO 05 (SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA) SEM A DEVIDA DOCUMENTAÇÃO FISCAL.

O representante fazendário constituiu o crédito tributário na quantia de R\$ 173.327,72, sendo R\$ 86.663,86, de ICMS, por infringência aos arts. 150 e 172 c/c art. 391, § 7º, II; art. 397, I e art. 399, I, todos do RICMS/PB, aprovado pelo Decreto nº 18.930/97 e R\$ 86.663,86, de multa por infração, arrimada no artigo 82, V, “c”, da Lei n.º 6.379/96.

Com a devida ciência por DTe em 10/6/2021, fl. 303, o contribuinte apresentou peça reclamatória tempestivamente em 12/7/2021, fls. 304 a 308, que, **em síntese**, alega os seguintes pontos em sua defesa:

- que o auto de infração deve ser considerado improcedente haja vista não explicitar como se deu a composição do procedimento fiscal, inclusive com ausência de memória de cálculo que demonstrasse sua formação, dando a entender que sua constituição se deu por arbitramento pela média de preços, onde não existe previsão legal para as técnicas aplicadas pela fiscalização, maculando todo o lançamento;
- que a técnica fiscal fere o disposto na legislação estadual e federal (lei Kandir) acerca da apuração da base de cálculo, visto que as mercadorias alvo da auditoria compõe o ANEXO 05 do RICMS, sendo elas tributadas pelo regime de Substituição Tributária agredindo o princípio da legalidade, levando a improcedência do lançamento;
- que o procedimento fiscal não faz menção qualquer em relação à análise dos livros de inventário, tornando inaplicável o levantamento quantitativo pela ausência de elementos de aferição, como também não se encontra nos autos quais os preços de cada produto, os quais compuseram a combatida Base de Cálculo, não conferindo Verdade real ao lançamento, tornando-o improcedente o auto de infração.

Seguindo os trâmites procedimentais, foram os autos conclusos e remetidos à Gerência Executiva de Julgamento de Processos Fiscais (GEJUP), e distribuídos ao julgador fiscal João Lincoln Diniz Borges, que, após análise, decidiu pela *procedência* do feito acusatório, fls. 315 a 320, proferindo a seguinte ementa:

LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS SUJEITAS À SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA SEM NOTA FISCAL. INOCORRÊNCIA DE IMPRECISÃO NA COMPOSIÇÃO DOS PREÇOS DOS PRODUTOS E LIQUIDEZ E CERTEZA DO CRÉDITO TRIBUTÁRIO EXIGIDO. PROCEDÊNCIA DA ACUSAÇÃO.

- O Levantamento Quantitativo de Mercadorias consiste em uma técnica legítima de que se vale a Fiscalização na aferição da regularidade fiscal do contribuinte, a qual consiste no comparativo das entradas, saídas e estoques, inicial e final, de mercadorias, em determinado período, sendo reveladora de ocorrência de entradas de mercadorias sujeitas ao regime da substituição tributária sem documentação fiscal, onde o seu resultado só pode ser elidido mediante a apresentação de elementos que comprometam a sua liquidez e certeza.

AUTO DE INFRAÇÃO PROCEDENTE

Notificada da decisão singular por meio de DTe em 15/2/2022, fl. 322, a empresa autuada interpôs recurso voluntário, fls. 323 a 378, protocolado em 15/3/2022, em que aborda, **em síntese**, os seguintes pontos em sua defesa, que:

- a) seu recurso foi apresentado tempestivamente;
- b) que não foi apontado o dispositivo legal que autoriza a técnica de arbitramento no Levantamento Quantitativo, com ausência da verificação “in loco”;
- c) que as mercadorias denunciadas foram destinadas a órgãos públicos, sendo consumidores finais, não sendo objetos da substituição tributária;
- d) que foi aplicado indevidamente o preço médio das mercadorias, pois não há previsão legal para este arbitramento;
- e) os artigos 390 e 395 do RICMS/PB disciplinam a forma de cálculo para fins da substituição tributária, e que não está demonstrada nos autos a memória de cálculo do preço médio;
- f) a autuação se torna improcedente diante da imprecisão e incerteza da aferição da base de cálculo;
- g) requer a realização de perícia para verificar a inconsistência dos dados apurados pela fiscalização;
- h) ao final, roga pela total improcedência do feito fiscal.

Remetidos os autos a esta Corte Julgadora, estes foram distribuídos a esta relatoria, na forma regimental, para apreciação e julgamento.

Eis o relatório.

VOTO

Trata-se de recurso voluntário, interposto contra decisão de primeira instância que julgou *procedente* o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000959/2021-15, lavrado em 9/6/2021, fl. 2, contra a empresa MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI, devidamente qualificada nos autos.

Importa declarar que o recurso voluntário apresentado atende ao pressuposto extrínseco da tempestividade, haja vista ter sido protocolado dentro do prazo previsto no art. 77 da Lei nº 10.094/13.

No caso em tela, o auditor fiscal, ao realizar o aludido procedimento de fiscalização, detectou aquisição de mercadorias constantes do Anexo 05 sem documentação fiscal, conforme Informativo Fiscal e relatórios com os Levantamentos quantitativos que instruem o Processo, conduta esta que, segundo a denúncia consignada na peça acusatória,

teria afrontado o disposto nos artigos 150 e 172 c/c os artigos 391, § 7º, II; 397, I e 399, I, todos do RICMS/PB:

Art. 150. Sempre que for obrigatória a emissão de documentos fiscais, aqueles a quem se destinarem as mercadorias são obrigados a exigir tais documentos dos que devam emití-los, contendo todos os requisitos legais, observado ainda o disposto no inciso IX do art. 119.

Art. 172. O contribuinte emitirá nota fiscal sempre que em seu estabelecimento entrarem bens ou mercadorias, real ou simbolicamente (Ajuste SINIEF 09/97):

I - novos ou usados, remetidos a qualquer título por particulares, produtores agropecuários ou pessoas físicas ou jurídicas não obrigados à emissão de documentos fiscais;

II - em retorno, quando remetidos por profissionais autônomos ou avulsos, aos quais tenham sido enviados para industrialização;

III - em retorno de exposições ou feiras, para as quais tenham sido remetidos exclusivamente para fins de exposição ao público;

IV - em retorno de remessas feitas para vendas fora do estabelecimento, inclusive por meio de veículos;

V - importados diretamente do exterior, bem como os arrematados em leilão ou adquiridos em concorrência promovidos pelo Poder Público;

VI - em outras hipóteses previstas na legislação.

Art. 391. Fica atribuída a responsabilidade pelo recolhimento do imposto, na qualidade de sujeito passivo por substituição, ao (Lei nº 7.334/03):

(...)

§ 7º Equiparam-se às categorias mencionadas no “caput”:

(...)

II - qualquer possuidor, inclusive o comerciante varejista, que adquirir os produtos constantes no Anexo 05, sem retenção e pagamento do imposto.

Art. 397. O recolhimento do imposto devido por contribuintes que realizem operações sujeitas à substituição tributária far-se-á nas seguintes formas:

I - nas entradas de mercadorias procedentes de outras unidades da Federação, para comercialização neste Estado, quando não houver retenção na origem:

a) através do DAR modelo 1, quando o contribuinte regularmente inscrito possuir regime especial para dilação de prazo, concedido pelo Secretário de Estado da Receita, previsto no § 3º do art. 106;

b) através do DAR modelo 3, nos demais casos;

Art. 399. O recolhimento do imposto nas operações com produtos submetidos ao regime de substituição tributária será efetuado:

I - no momento da entrada do produto no território deste Estado, nos casos de operações efetuadas sem a retenção antecipada;

Por sua vez, a penalidade aplicada na inicial teve por fundamento o art. 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96, alterada pela Lei nº 10.008, de 05.06.2013:

Art. 82. As multas para as quais se adotará o critério referido no inciso II, do art. 80, serão as seguintes:

(...)

V - de 100% (cem por cento)

(...)

c) aos que entregarem, remeterem, transportarem, receberem, estocarem ou depositarem mercadorias sujeitas a substituição tributária, sem recolhimento do imposto;

(...)

Quanto às provas apresentadas pela fiscalização, observa-se que todo o procedimento fiscal e documentos tiveram origem nas informações extraídas do Sped Fiscal (EFD) e Notas Fiscais Eletrônicas (Nfe) declaradas pelo próprio contribuinte, são, por conseguinte, documentos que se encontram em sua posse, pois, de existência apenas digital. Ou seja, todas as informações a eles relativas foram extraídas de informações prestadas ao fisco Estadual pelo contribuinte.

Não obstante restar configurado o ilícito tributário, vislumbra-se que a denúncia, na forma como fora elaborada, não se coaduna com os fatos apurados pela auditoria, pois, o que se está a exigir não é o recolhimento do ICMS – ST do contribuinte na condição de substituído tributário, mas sim a carga tributária total em razão de aquisições de mercadorias (ainda que submetidas à substituição tributária) sem documentação fiscal.

Os artigos 391, §7º, II; 397, I e 399, I, do RICMS/PB – indicados como infringidos – tratam de situação diversa da retratada pelo auditor fiscal, porquanto se referem à responsabilidade do adquirente, **à forma e ao momento do recolhimento do ICMS – ST**, nos casos em que não houver retenção antecipada.

Os dispositivos normativos indicados na inicial estão associados a existência de documentação fiscal apta para acobertar a aquisição dos produtos na qual não fora consignado o valor devido a título de ICMS – ST em favor do Estado da Paraíba.

Inclusive o artigo 82, V, “c”, da Lei nº 6.379/96 – utilizado para aplicação da multa –, por sua vez, também conduz ao mesmo entendimento, ou seja, a prescrição nele contida é própria para situações de falta de recolhimento do ICMS – ST.

Ressalto que o lançamento visa ao recolhimento integral do imposto devido sobre os produtos adquiridos sem notas fiscais e não só da parcela não retida na origem.

E não poderia ser diferente, haja vista o resultado do Levantamento Quantitativo de Mercadorias apontar para aquisições de produtos sem documentação fiscal.

Observa-se que as provas anexadas pela fiscalização mostram a exigência do tributo a partir do Levantamento Quantitativo de Mercadorias, o que aponta para aquisições de mercadorias com receitas omitidas, tratando-se, portanto, manifesta e inequivocamente, de um vício formal de lançamento.

Neste sentido, em detrimento ao entendimento exarado pelo ínclito julgador singular, declino pela existência de vício na acusação, onde recorro ao texto normativo dos arts. 16 e 17 da Lei nº 10.094/13, que evidencia a necessidade de nulidade do procedimento fiscal, na hipótese de incorreções ou omissões que comprometam a natureza da infração, o que caracteriza a existência de vício formal, **passível de novo procedimento fiscal**:

Art. 16. Os lançamentos que contiverem vício de forma devem ser considerados nulos, de ofício, pelos Órgãos Julgadores, observado o disposto no art. 15 desta Lei.

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;
- (...) (g. n.)

Sobre a matéria, o Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba, ao se deparar com situações idênticas, já se manifestou pela nulidade por vício formal do lançamento. Observemos, a título exemplificativo, as ementas dos Acórdãos nº 122/2022 e 160/2022, da lavra dos eminentes conselheiros Aderaldo Gonçalves do Nascimento Júnior e Sidney Watson Fagundes da Silva, respectivamente:

Acórdão nº 122/2022

Relator: Cons. Aderaldo Gonçalves do Nascimento Júnior

ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS. AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CONSTANTES DO ANEXO 05 SEM NOTA FISCAL. DENÚNCIA EM DESACORDO COM OS FATOS DEMONSTRADOS NOS AUTOS. VÍCIO DE FORMA - NULIDADE - REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA. AUTO DE INFRAÇÃO NULO – RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A descrição incorreta do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, consoante estabelece o artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13.

Acórdão nº 160/2022

Relator: Cons. Sidney Watson Fagundes da Silva

AQUISIÇÃO DE MERCADORIAS CONSTANTES DO ANEXO 05 SEM NOTAS FISCAIS – LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS - DENÚNCIA EM DESACORDO COM OS FATOS DEMONSTRADOS NOS AUTOS - VÍCIO FORMAL CONFIGURADO - NULIDADE - AUTO DE INFRAÇÃO NULO - REFORMADA DE OFÍCIO A DECISÃO RECORRIDA - RECURSO VOLUNTÁRIO DESPROVIDO.

- A descrição incorreta do fato infringente, aliada à imprecisão quanto à indicação dos dispositivos legais violados, comprometeu o lançamento em sua integralidade, vez que acarretou sua nulidade por vício formal, consoante estabelece o artigo 17, II e III, da Lei nº 10.094/13. Possibilidade de refazimento do feito fiscal, em observância ao que preceitua o artigo 18 da Lei nº 10.094/13.

Em face do acima exposto, reformo a decisão de primeira instância, por existirem razões suficientes que caracterizem a nulidade do Auto de Infração inicialmente lavrado. Ressalte-se que, apesar do defeito da forma que comprometeu o feito fiscal, a sentença de nulidade não decide em definitivo em favor do acusado. O que dela resulta é a absolvição do autuado da imputação que lhe é dirigida no libelo acusatório, não havendo qualquer óbice à formalização de outra peça acusatória que atenda às disposições regulamentares, observando o disposto no artigo 18 da Lei nº 10.094/13

Diante das considerações acima,

VOTO pelo recebimento do recurso voluntário, por regular e tempestivo, e, quanto ao mérito, pelo seu desprovimento, e reformar, de ofício, a sentença monocrática, e julgar nulo, por vício formal, o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000959/2021-15, lavrado em 9 de junho de 2021, contra a empresa MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS EIRELI (CCICMS: 16.317.877-1), eximindo-a de quaisquer ônus decorrentes do presente processo.

Reitero a possibilidade de refazimento do feito fiscal em razão dos vícios formais indicados, observado o prazo estabelecido no artigo 173, II, do Código Tributário Nacional.

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

Primeira Câmara de Julgamento. Sessão realizada por meio de videoconferência, em 15 de junho de 2022.



PETRONIO RODRIGUES LIMA
Conselheiro Relator