



PROCESSO Nº 0830512021-0 - e-processo nº 2021.000092900-3

ACÓRDÃO Nº 244/2024

SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO

Embargante: MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.

Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF-PB

Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE

Autuante: RAFAEL ARAÚJO ALMEIDA VIEIRA DE REZENDE

Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - VÍCIO EVIDENCIADO - EFEITO INFRINGENTE - ANULADA A DECISÃO EMBARGADA - RECURSO PARCIALMENTE PROVIDO.

- É cabível o recurso de embargos de declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram suficientes para demonstrar a existência de omissão no acórdão proferido pela Segunda Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais.

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 embargos de declaração, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu parcial provimento, conferindo-lhe efeitos infringentes, para declarar a nulidade da decisão promulgada por esta egrégia corte fiscal por meio do Acórdão nº 049/2023, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000960/2021-40, lavrado em 9 de junho de 2021 em desfavor da empresa MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA., bem como da sentença prolatada pela instância singular.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Reitero que os autos devem ser remetidos à autoridade fiscal responsável pelo lançamento de ofício para que apresente a memória de cálculo dos valores utilizados como bases de cálculo do ICMS dos produtos que compõem o levantamento quantitativo de mercadorias.

Após cumprida a medida saneadora, o contribuinte deve ser notificado para que possa apresentar impugnação, no prazo estabelecido no artigo 67 da Lei nº 10.094/13.



P.R.E.

Segunda Câmara de Julgamento, Sessão realizada por meio de videoconferência, em 15 de maio de 2024.

SIDNAY WATSON FAGUNDES DA SILVA
Conselheiro

LEONILSON LINS DE LUCENA
Presidente

Participaram do presente julgamento os membros da Segunda Câmara de Julgamento, LINDEMBERG ROBERTO DE LIMA, EDUARDO SILVEIRA FRADE E MAÍRA CATÃO DA CUNHA CAVALCANTI SIMÕES.

FRANCISCO GLAUBERTO BEZERRA JÚNIOR
Assessor



PROCESSO Nº 0830512021-0 - e-processo nº 2021.000092900-3
SEGUNDA CÂMARA DE JULGAMENTO
Embargante: MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA.
Embargado: CONSELHO DE RECURSOS FISCAIS - CRF-PB
Repartição Preparadora: CENTRO DE ATENDIMENTO AO CIDADÃO DA GR3 DA
DIRETORIA EXECUTIVA DE ADM. TRIB. DA SECRETARIA EXEC. DA RECEITA
DA SEFAZ - CAMPINA GRANDE
Autuante: RAFAEL ARAÚJO ALMEIDA VIEIRA DE REZENDE
Relator: CONS.º SIDNEY WATSON FAGUNDES DA SILVA.

**EMBARGOS DECLARATÓRIOS - OMISSÃO - VÍCIO
EVIDENCIADO - EFEITO INFRINGENTE - ANULADA A
DECISÃO EMBARGADA - RECURSO PARCIALMENTE
PROVIDO.**

- É cabível o recurso de embargos de declaração para suprir omissão, esclarecer obscuridade e/ou eliminar contradição na decisão embargada. No caso em epígrafe, os argumentos trazidos à baila pela embargante foram suficientes para demonstrar a existência de omissão no acórdão proferido pela Segunda Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais.

RELATÓRIO

Em análise neste egrégio Conselho de Recursos Fiscais o recurso de embargos de declaração oposto pela empresa MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA., inscrição estadual nº 16.317.877-1, contra a decisão proferida por meio do Acórdão nº 049/2023, que julgou parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000960/2021-40, lavrado em 9 de junho de 2021, no qual consta a seguinte denúncia, *ipsis litteris*:

0022 – VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL >> O contribuinte suprimiu o recolhimento do imposto estadual por ter vendido mercadorias tributáveis sem a emissão de documentação fiscal, detectado mediante Levantamento Quantitativo.

Nota Explicativa:

EM CUMPRIMENTO À ORDEM DE SERVIÇO, EFETUAMOS O LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE MERCADORIAS, EXERCÍCIOS 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 (PLANILHAS EM ANEXO), CONCLUÍMOS QUE HOUVE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM A DEVIDA EMISSÃO DE NOTA FISCAL.

Na instância prima, o julgador fiscal João Lincoln Diniz Borges, após análise dos autos, exarou sentença pela procedência da exigência fiscal.

Cientificado da decisão singular em 25 de abril de 2022, o sujeito passivo interpôs, no dia 5 de maio de 2022, recurso voluntário tempestivo ao Conselho de Recursos Fiscais do Estado da Paraíba.

Na 276ª Sessão Ordinária da Segunda Câmara de Julgamento do CRF-PB, realizada no dia 26 de janeiro de 2023, os conselheiros, à unanimidade e de acordo com o voto do relator, decidiram pelo provimento parcial do recurso voluntário, para reformar a decisão monocrática e julgar parcialmente procedente o Auto de Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000960/2021-40, declarando devido um crédito tributário no valor total de R\$ 505.027,62 (quinhentos e cinco mil, vinte e sete reais e sessenta e dois centavos), sendo R\$ 252.513,81 (duzentos e cinquenta e dois mil, quinhentos e treze reais e oitenta e um centavos) de ICMS, por infringência aos artigos 158, I e 160, I, do RICMS/PB e igual valor a título de multa por infração, com arrimo no artigo 82, V, “a”, da Lei nº 6.379/96.

Na sequência, o colegiado promulgou o Acórdão nº 049/2023, cuja ementa fora redigida nos seguintes moldes:

PEDIDO DE DILIGÊNCIA – INDEFERIMENTO – VENDAS SEM EMISSÃO DE DOCUMENTAÇÃO FISCAL – INFRAÇÃO CONFIGURADA EM PARTE - AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – REFORMADA A DECISÃO RECORRIDA – RECURSO VOLUNTÁRIO PARCIALMENTE PROVIDO

- Desnecessária a realização de diligência quando, no caderno processual, constam informações suficientes para a elucidação da matéria.

- Configura infração à legislação tributária a venda de mercadorias sem emissão de documentação fiscal. “In casu”, restou comprovada a necessidade de exclusão de parte do crédito tributário originalmente lançado em virtude da constatação de equívocos quando da alocação de alguns valores nos Levantamentos Quantitativos de Mercadorias.

Seguindo a marcha processual, a autuada foi cientificada acerca da decisão prolatada pela Segunda Câmara de Julgamento do CRF-PB em 30 de maio de 2023.

O contribuinte, por intermédio de seu advogado, opôs, em 5 de junho de 2023, recurso de embargos de declaração, por meio do qual alega que:

- a) A decisão embargada foi omissa, uma vez que não discorreu sobre a tese da defesa quanto à inexistência, nos autos, de qualquer planilha com a memória de cálculo para composição dos preços unitários de cada produto para formação do preço médio. A ausência da memória de cálculo configura cerceamento de defesa e nulidade material, consoante já decidido pelo CRF (*vide* Acórdão nº 005/2023);



- b) A existência de inconsistências nos levantamentos fiscais interfere diretamente no cálculo do crédito tributário, na medida em que podem existir mercadorias com preços baixos em quantidades bem superiores à quantidade de produtos com preços mais altos, o que só pode ser verificado com a apresentação da memória de cálculo;
- c) O relator consignou que “*a base de cálculo é o preço efetivamente cobrado pela recorrente na operação mais recente*”, contudo não há indicação, na decisão, quanto à fundamentação legal para sustentar o arbitramento da base de cálculo e aplicar o preço médio, o que configura obscuridade;
- d) Nos dispositivos indicados pelo relator (artigos 3º, I; 14, I e 16, III, § 1º, I, do RICMS/PB), não se vislumbra qualquer autorização para promover o arbitramento da base de cálculo pelo valor médio. A regra do artigo 14 do RICMS/PB dispõe sobre o preço cobrado pelo remetente na operação mais recente. Assim, considerando que a apuração foi realizada por período fechado, a base de cálculo poderia ser o preço cobrado na última operação de cada mês ou de cada exercício;
- e) A autoridade tributante não pode estabelecer critérios de tributação sem previsão legal, sob pena de afronta ao princípio da legalidade;
- f) No recurso voluntário, a defesa demonstrou que o valor médio, além de não previsto em lei, foi prejudicial ao contribuinte. Tal fato foi exemplificado para o produto “Açúcar Cristal 1kg”;
- g) A título de contradição, a defesa aponta que o acórdão embargado vai de encontro ao Acórdão nº 685/2022 do Tribunal Pleno do CRF-PB, que decidiu que a base de cálculo do fato gerador presumido nas operações de vendas de mercadorias é o valor da operação, conforme artigo 13, I, da Lei nº 6.379/96. Em ambos os casos, a acusação da fiscalização é a mesma: presunção de omissão de receita oriunda de venda pretérita.

Considerando os fundamentos acima, a embargante requer sejam sanadas a omissão, as obscuridades e a contradição indicadas, provendo-se o recurso de embargos de declaração, com efeitos infringentes, para que seja cancelado o lançamento tributário por erro material, declarando-se, ao final, a improcedência do auto de infração em tela.

Eis o relatório.

VOTO



Em análise nesta corte o recurso de embargos declaratórios oposto pela empresa MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA contra decisão prolatada por meio do Acórdão nº 049/2023.

De início, importa destacarmos que o presente recurso está previsto no artigo 75, V, do Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, *verbis*:

Art. 75. Perante o Conselho de Recursos Fiscais serão submetidos os seguintes recursos:

(...)

V - de Embargos de Declaração;

Nos termos do que dispõe o artigo 86 do mesmo diploma legal, os embargos de declaração têm, por objetivo, corrigir defeitos existentes na decisão proferida quanto à ocorrência de omissão, contradição e obscuridade. Vejamos:

Art. 86. O Recurso de Embargos de Declaração será oposto pelo contribuinte, pelo autor do feito ou pela Fazenda Pública, em petição dirigida ao relator, quando houver omissão, obscuridade ou contradição na decisão proferida.

Parágrafo único. Opostos embargos de declaração, interrompe-se o prazo para a interposição de Recurso Especial.

O Regimento Interno do Conselho de Recursos Fiscais, em seu artigo 87, estabelece o prazo de 5 (cinco) dias para oposição do referido recurso:

Art. 87. Os Embargos de Declaração deverão ser opostos no prazo de 5 (cinco) dias contados da data da ciência ao contribuinte.

Na verificação dos prazos processuais, denota-se que o presente recurso de embargos de declaração se revela tempestivo, uma vez que fora protocolado dentro do prazo regimental de 5 (cinco) dias, haja vista a ciência do acórdão ter se efetivado em 30 de maio de 2023 e o termo final para oposição do recurso, em 5 de junho de 2023, em observância ao que prescreve o artigo 19 da Lei nº 10.094/13¹, tendo sido esta última a data de protocolo do presente recurso.

Caracterizada a tempestividade do recurso, passemos adiante.

Em descontentamento com a decisão pronunciada à unanimidade pela Segunda Câmara de Julgamento do Conselho de Recursos Fiscais, o contribuinte

¹ Art. 19. Os prazos processuais serão contínuos, excluindo-se na contagem o dia do início e incluindo-se o do vencimento.

§ 1º Os prazos só se iniciam ou vencem em dia de expediente normal, na repartição fiscal em que corra o processo ou deva ser praticado o ato.

§ 2º Considera-se expediente normal aquele determinado pelo Poder Executivo para o funcionamento ordinário das repartições estaduais, desde que flua todo o tempo, sem interrupção ou suspensão.



argumenta inicialmente que o acórdão teria sido omissivo por ausência de apreciação da tese apresentada pela defesa em relação à inexistência, nos autos, de qualquer planilha com a memória de cálculo para composição dos preços unitários de cada produto para a formação do preço médio (base de cálculo do ICMS).

Não obstante havermos analisado, de maneira pormenorizada, todos os questionamentos levantados no recurso voluntário quanto à movimentação dos produtos: estoques (inicial e final), entradas e saídas das mercadorias que compuseram o levantamento quantitativo dos exercícios de 2018, 2019 e 2020, não houve manifestação clara quanto à demonstração do preço médio apurado pela fiscalização.

De fato, já em sua peça impugnatória, o sujeito passivo questionava a ausência de demonstração da sistemática de cálculo realizada pela auditoria para fins de apuração da base de cálculo do ICMS para cada um dos produtos destacados no levantamento quantitativo.

Com efeito, no relatório produzido pela fiscalização, bem como nas demais provas que dão suporte à denúncia, não há qualquer indicativo quanto à metodologia de cálculo dos preços de cada produto que permita ao contribuinte saber, com segurança, como o procedimento foi realizado.

Tal fato compromete, sobremaneira, o direito de defesa do administrado.

Diante deste cenário, cabe-nos reconhecer a omissão apontada pela embargante.

Em que pese a ausência da memória de cálculo cercear o direito de defesa da embargante, a solução dada no precedente por ela invocado² no recurso de embargos (nulidade por vício material) não deve ser aplicada para o caso ora em julgamento.

Para melhor compreensão acerca do tema, vejamos a ementa do Acórdão nº 005/2023:

CRÉDITO INDEVIDO (MERCADORIAS DESTINADAS AO USO E/OU CONSUMO DO ESTABELECIMENTO) – AUSÊNCIA DE COMPROVAÇÃO DA MATERIALIDADE DA INFRAÇÃO – NULIDADE – VÍCIO MATERIAL CONFIGURADO – OMISSÃO DE SAÍDAS – FALTA DE LANÇAMENTO DE NOTAS FISCAIS DE AQUISIÇÃO NOS LIVROS PRÓPRIOS – INFRAÇÃO CARACTERIZADA – AUTO DE INFRAÇÃO PARCIALMENTE PROCEDENTE – ALTERADA, QUANTO AOS FUNDAMENTOS, A DECISÃO RECORRIDA - RECURSOS DE OFÍCIO E VOLUNTÁRIO DESPROVIDOS

- Incorre em violação à legislação tributária o contribuinte que se apropria de créditos de ICMS relativos a produtos adquiridos para uso e consumo do estabelecimento. “In casu”, as provas trazidas aos autos não foram suficientes para demonstrar a materialidade da infração, de tal sorte que restou caracterizada afronta aos princípios do contraditório e da ampla defesa do administrado, configurando nulidade do lançamento por vício material.

- A falta de lançamento de notas fiscais de aquisição nos livros próprios pressupõe a ocorrência de compras efetuadas com receita de origem não

² Processo nº 0598722019-0 - Acórdão nº 005/2023.



comprovada, em face da presunção legal de que trata o artigo 646 do RICMS/PB. (g. n.)

Com o fito de comprovar que o tema em debate não guarda identidade com o que fora decidido no aludido acórdão, destaco a seguinte passagem da decisão apontada como paradigma:

“Na situação em tela, a materialidade da conduta infracional não está caracterizada nos autos, tendo em vista não ser possível comprovar a relação entre as provas produzidas pela autoridade fiscal e a infração descrita na inicial, ou seja, com base no arcabouço probatório produzido pela fiscalização, não há como se identificar quais as notas fiscais que acobertaram os produtos cujos créditos foram glosados pelo Fisco.”

Quando do julgamento do Processo nº 0598722019-0 – conforme se pode extrair da passagem acima -, restou consignado que não foi possível comprovar a relação entre as provas produzidas pela autoridade fiscal e a infração descrita na inicial.

De modo diverso, para o caso em apreciação, não há dúvidas quanto à materialidade da infração, pois o levantamento quantitativo de mercadorias apresentado pelo Fisco comprova que ocorreram, nos períodos autuados, vendas de produtos sem emissão de documentação fiscal.

Noutras palavras, considerando o arcabouço probatório, não há dúvidas quanto à existência da conduta infracional.

Neste norte, ainda que a nulidade por vício material não seja a solução adequada para o caso concreto, deve-se garantir o direito ao contraditório e à ampla defesa do contribuinte, de modo que a anulação do Acórdão nº 049/2023 é medida que se impõe.

Considerando a necessidade de preservar, também, o direito ao duplo grau de jurisdição, a decisão singular também deve ser anulada, devendo os autos retornar ao Centro de Atendimento ao Cidadão da GR3 da SEFAZ – Campina Grande para que, na qualidade de repartição preparadora, os encaminhe ao auditor fiscal responsável pela autuação para que apresente a memória de cálculo dos valores utilizados como bases de cálculo do ICMS dos produtos que compõem o levantamento quantitativo de mercadorias.

Cumprida a medida saneadora, deve a repartição fiscal notificar o contribuinte acerca do procedimento realizado e reabrir o prazo regulamentar para que a autuada apresente nova impugnação, restabelecendo, por conseguinte, o devido processo legal.

Com estes fundamentos,

VOTO pelo recebimento do recurso de embargos de declaração, por regular e tempestivo e, quanto ao mérito, pelo seu parcial provimento, conferindo-lhe efeitos infringentes, para declarar a nulidade da decisão promulgada por esta egrégia corte fiscal por meio do Acórdão nº 049/2023, que julgou parcialmente procedente o Auto de



Infração de Estabelecimento nº 93300008.09.00000960/2021-40, lavrado em 9 de junho de 2021 em desfavor da empresa MCM DISTRIBUIDORA DE ALIMENTOS LTDA., bem como da sentença prolatada pela instância singular.

Intimações a cargo da repartição preparadora, na forma regulamentar.

Reitero que os autos devem ser remetidos à autoridade fiscal responsável pelo lançamento de ofício para que apresente a memória de cálculo dos valores utilizados como bases de cálculo do ICMS dos produtos que compõem o levantamento quantitativo de mercadorias.

Após cumprida a medida saneadora, o contribuinte deve ser notificado para que possa apresentar impugnação, no prazo estabelecido no artigo 67 da Lei nº 10.094/13.

Segunda Câmara de Julgamento, sessão realizada por meio de videoconferência em 15 de maio de 2024.

Sidney Watson Fagundes da Silva
Conselheiro Relator