

PROCESSO - A. I. Nº 210943.0026/15-4
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - ANIXTER DO BRASIL LTDA.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0071-02/16
ORIGEM - IFMT – DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 20/01/2017

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0305-11/16

EMENTA: ICMS. NULIDADE DE DECISÃO. AUSÊNCIA DE MOTIVOS DETERMINANTES DO VÍCIO PROCESSUAL. INEXISTÊNCIA DE CERTEZA DE LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. NOVA DECISÃO. Demonstrativo, descrição dos fatos e enquadramento legal evidencia a ocorrência de infração à legislação tributária. Erros e inconsistências materiais são passíveis de providências saneadoras na fase de instrução processual, os quais devem ser comunicados ao sujeito passivo mediante reabertura do prazo de defesa. Inexistência de incerteza na constituição da base de cálculo. Reformada a Decisão recorrida que declarou nulidade da Decisão de primeiro piso. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso de Ofício em razão da Decisão exarada pela 2ª Junta de Julgamento Fiscal que julgou Nulo o Auto de Infração lavrado em 06/03/2015, o qual exige crédito tributário no valor histórico de R\$127.252,36, acrescido da multa de 100%, em razão de:

INFRAÇÃO 1 – 51.01.04 – Operação realizada sem emissão de documento fiscal ou com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal, que com este possa se confundir e substituí-lo, em flagrante desrespeito às disposições da legislação tributária.

Consta na descrição dos fatos que: O condutor do veículo EFV 9212 apresentou no módulo de saída da metrópole de Salvador a NFe nº 2530, neste momento acobertando operação de saída interestadual (com destino ao Estado de Goiás) das mercadorias nela descritas do estabelecimento do contribuinte acima qualificado que, nestas circunstâncias, não emitiu a nota fiscal de revenda das mercadorias de referida nota fiscal de aquisição nº 2530; fato admitido pelo autuado, posto que a mesma emitiu documento fiscal (373 – com valor inferior à aquisição – em 02/03/2015 16:36h) após tomar conhecimento do registro da ocorrência no termo nº 210943.0018/15-1 (02/03/2015 às 15,30h).

A referida junta entendeu pela Nulidade, em Decisão unânime, nos seguintes termos:

VOTO

Após analisar as peças que compõem o presente PAF, constatei que o autuante lavrou o Auto de Infração em tela em operação realizada no trânsito das mercadorias, para exigir ICMS em razão da realização de operação sem emissão de documento fiscal ou com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal, que com este possa se confundir e substituí-lo, em flagrante desrespeito às disposições da legislação tributária.

Em sua defesa o sujeito passivo alegou as seguintes nulidades: cerceamento da defesa, pois nenhum representante da empresa foi formalmente intimado da autuação; ausência de Demonstração da Apuração da Base de Cálculo; erro de capitulação e incorreção da indicação do prazo de defesa.

Com relação a alegação de que não teria sido intimado, entendo não ser causa de nulidade, uma vez que a própria defesa acosta aos autos uma cópia do Auto de Infração em tela, fl. 50 dos autos, e cópia do Termo de Ocorrência Fiscal, fls. 51 e 52 dos autos.

De igual modo, não acolho a alegação de erro de capitulação da infração, uma vez que a descrição da imputação encontra-se coerente com os dispositivos indicados no Auto de Infração, tendo o contribuinte entendido, perfeitamente, o fato imputado, conforme de observa em sua peça defensiva.

No tocante ao erro na indicação do prazo de defesa, o mesmo poderia ser saneado mediante diligência,

entretanto, tal procedimento se torna desnecessário em razão do abaixo exposto.

Em relação a arguição de nulidade em razão da Ausência de Demonstração da Apuração da Base de Cálculo, devo registrar que o autuante, na informação fiscal, nada esclareceu sobre o argumento defensivo e não estando acostado aos autos a prova da origem da base de cálculo, em meu entendimento, restou evidente que a base de cálculo constante do Auto de Infração não foi devidamente comprovada.

Diante do exposto, identifico a existência de um vício que inquina de nulidade o ato administrativo do lançamento, no caso, a falta de comprovação dos valores trazidos para apuração da base de cálculo, trazendo a incerteza quanto ao elemento quantitativo do fato gerador, além de não constar nos autos prova de tal procedimento.

Assim, o autuante, apesar de ter indicado no “Demonstrativo de Débito” do Auto de Infração o valor exigido e a base de cálculo, bem como no demonstrativo à fl. 16, deixou, contudo, de demonstrar como arbitrou a base de cálculo do imposto, ou seja, a origem dos valores consignados nos aludidos demonstrativos, que deve ser em consonância com o disposto no art. 22, V, “b”, I e 2 da Lei 7.014/96. Oferecida tal oportunidade na informação fiscal, para que efetuasse a devida demonstração, o autuante, mais uma vez, não o fez.

Portanto, não observou o autuante às disposições do art. 22, V, “b”, I e 2 da Lei 7.014/96, abaixo transcrito:

Art. 22. *A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:*

...
V - *na fiscalização do trânsito:*

...
b) *no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:*

1 - *o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual de margem de lucro correspondente, fixado em regulamento;*

2 - *o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;*

Portando, não resta dúvida de que não há elementos nos autos que determinem, com segurança, o cometimento imputado ao sujeito passivo. A ação fiscal deixou de demonstrar de que modo foi apurada a base de cálculo do imposto.

Voto pela NULIDADE do Auto de Infração, com fulcro no art. 18, IV, “a” do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal – RPAF/99.

Deste modo, a Junta de Julgamento Fiscal recorreu de ofício da presente Decisão para uma das Câmaras de Julgamento Fiscal do CONSEF, nos termos do art. 169, I, alínea “a”, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 13.537/11, com efeitos a partir de 20/12/11.

VOTO VENCIDO

O presente Recurso interposto de ofício pelos julgadores da 2ª JIF deste CONSEF, tem por objeto a apreciação do Acórdão de nº 0071-02/16, na forma estabelecida pelo art. 169, I do RPAF/BA.

A Decisão recorrida, submetida à revisão desta Câmara de Julgamento Fiscal, não merece qualquer reforma, senão vejamos.

A infração imputada à recorrida corresponde a “*operação realizada sem emissão de documento fiscal ou com a emissão de outro documento não fiscal (pedido, comanda, orçamento e similares) com denominação, apresentação ou qualquer grau de semelhança ao documento fiscal - que com este possa confundir-se e substituí-lo*”.

Em sua impugnação, a empresa recorrida alegou preliminarmente: cerceamento de defesa, tempestividade da presente impugnação (já que não foi devidamente intimada, teve que considerar o prazo da lavratura para elaboração da defesa), ausência de demonstração da apuração da base de cálculo e erro na capitulação da infração.

No mérito, a recorrida atacou a incorreção do imposto apurado, já que não concordou com a base de cálculo adotada pelo autuante como correta, apresentando, inclusive, cálculos de como deveria ser aplicada a fórmula para se chegar ao valor devido.

Em momento oportuno, a Autoridade Fiscal, como bem apontou o julgador de piso, não se debruçou sobre tal questão.

Assim, coaduno meu entendimento com o de primeira instância, entendendo que a omissão da Autoridade Fiscalizadora sobre a apuração base de cálculo adotada e veementemente questionada pela recorrida gera insegurança em relação à infração imputada.

Assim, entendo que o presente Auto de Infração está eivado de vícios insanáveis, que a rigor do art. 18, II e IV, “a” do RPAF/97, representam, em última análise, cerceamento do direito de defesa por não conter elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração.

Assim, por tudo o quanto exposto, acompanho o entendimento da 2ª JJF e voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso de Ofício interposto, para manter inalterada a Decisão de piso que julgou NULO o presente Auto de Infração.

VOTO VENCEDOR

Em que pese a boa fundamentação exarada pela n.Relatora, divirjo do seu posicionamento.

O Auto de Infração acusa falta de recolhimento de ICMS em operação realizada sem emissão de documento fiscal.

Na Decisão proferida pela 2ª JJF foi acolhida a arguição defensiva de ausência de demonstração da apuração da base de cálculo, por não ter sido acostado aos autos a “*prova da origem da base de cálculo*”, constituindo “*vício que inquinava de nulidade o ato administrativo do lançamento*”, trazendo a incerteza quanto ao elemento quantitativo do fato gerador.

Literalmente, apreciou que:

Assim, o autuante, apesar de ter indicado no “Demonstrativo de Débito” do Auto de Infração o valor exigido e a base de cálculo, bem como no demonstrativo à fl. 16, deixou, contudo, de demonstrar como arbitrou a base de cálculo do imposto, ou seja, a origem dos valores consignados nos aludidos demonstrativos, que deve ser em consonância com o disposto no art. 22, V, “b”, 1 e 2 da Lei 7.014/96. Oferecida tal oportunidade na informação fiscal, para que efetuassem a devida demonstração, o autuante, mais uma vez, não o fez.

E por fim, que não foi observado às disposições do art. 22, V, “b”, 1 e 2 da Lei 7.014/96.

Pela análise dos elementos contidos no processo constato que:

- A) Consta na descrição dos fatos que no momento que foi abordado pela fiscalização (dia 02/03/16), o condutor das mercadorias apresentou no Posto Fiscal de saída de Salvador a NFe nº 2530 para acobertar a operação de saída das mercadorias com destino a contribuinte localizado no Estado de Goiás. Como a citada nota fiscal (fl. 11) emitida em 26/02/16, se refere à compra de mercadorias de estabelecimento localizado no Estado de São Paulo, pelo estabelecimento autuado localizado em Salvador, a fiscalização desconsiderou o documento fiscal para a operação de saída do mesmo estabelecimento para outro localizado no Estado de Goiás.
- B) As mercadorias foram apreendidas às **15:30hs**, conforme Termo de Ocorrência Fiscal (fl. 9) do dia 02/03/16. A empresa emitiu uma NFe de nº 373 (fl. 12), às **16:36 hs**. Por ter sido emitida após o início da ação fiscal, também foi desconsiderado tal documento;
- C) Na defesa apresentada o estabelecimento autuado alegou que a base de cálculo deveria ser constituída em conformidade com o art. 12-A da Lei 7.014/96 (fl. 31) em consonância como o disposto no art. 23, III (fl. 32), que trata do ICMS antecipação parcial, demonstrando o cálculo do imposto (fl. 33). Como se trata de operação de saída de mercadoria do estabelecimento com destino a outro Estado não é coerente tal argumento.

Na informação fiscal o autuante esclareceu que na apuração da base de cálculo foi adicionado o percentual de 30% previsto no art. 22, §1º, “g” da Lei nº 7.014/96.

Restando caracterizado que o documento fiscal apresentado para acobertar a operação de venda da mercadoria (Estado de Goiás), era o documento relativo à aquisição das mesmas mercadorias, o mesmo não se presta para acobertar a operação, o que caracteriza o cometimento do ilícito.

No que se refere à constituição da base de cálculo, tendo o condutor apresentado a cópia da Nota Fiscal nº 2530, relativa à aquisição da mercadoria, entendo que o valor da aquisição equipara-se ao preço corrente da mercadoria no mercado atacadista, ao qual deve ser acrescido do percentual da margem de lucro, como previsto no art. 22, V, "b", "1" da Lei nº 7.014/96, para arbitramento do valor na fiscalização do trânsito.

Ou seja, a empresa tendo adquirido as mesmas mercadorias consignadas na citada nota fiscal, o valor da aquisição corresponde ao preço corrente da mercadoria.

Para facilitar este entendimento, transcrevo os procedimentos indicados no art. 937 e 938 do RICMS/97, que após a edição do Decreto nº 13.780/12, foram inseridos no art. 22 da Lei nº 7.014/96:

Decreto 6.284/97 (RICMS/97)	Lei 7.014/96
<p>Art. 937. A fiscalização estadual poderá fazer o arbitramento da base de cálculo do ICMS, quando o contribuinte incorrer na prática de sonegação do imposto e não for possível apurar o montante real da base de cálculo, desde que se comprove qualquer dos casos seguintes:</p>	<p>Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:</p>
<p>Art. 938. O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:</p> <p>I - ao valor do estoque final de mercadorias do período anterior, atualizado monetariamente, serão adicionados os valores, também atualizados, das entradas efetuadas durante o período considerado, inclusive as parcelas do IPI, fretes, carretos e demais despesas que hajam onerado os custos, deduzindo-se do montante o valor do estoque final do período, pelo seu valor nominal, obtendo-se assim o custo das mercadorias vendidas, ao qual será acrescido um dos seguintes percentuais, a título de margem de valor adicionado (MVA):</p> <p>a) alimentação e outras mercadorias fornecidas em restaurantes, lanchonetes, bares, cafés, sorveterias, hotéis, pensões, boates, cantinas e estabelecimentos similares: 100%;</p> <p>b) perfumarias, jóias, artigos de armarinho, confecções, artefatos de tecidos e calçados: 60%;</p> <p>c) ferragens, louças, vidros, material elétrico, eletrodomésticos e móveis: 40%;</p> <p>d) tecidos: 25%;</p> <p>e) gêneros alimentícios: 20%;</p> <p>f) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária: os percentuais previstos no Anexo 88;</p> <p>g) outras mercadorias: 30%;</p>	<p>§ 1º O arbitramento da base de cálculo do ICMS poderá ser feito por qualquer um dos métodos a seguir:</p> <p>I - ao valor do estoque final de mercadorias do período anterior serão adicionados os valores das entradas efetuadas durante o período considerado, inclusive as parcelas do IPI, fretes, carretos e demais despesas que hajam onerado os custos, deduzindo-se do montante o valor do estoque final do período, pelo seu valor nominal, obtendo-se assim o custo das mercadorias vendidas, ao qual será acrescido um dos seguintes percentuais, a título de margem de valor adicionado (MVA):</p> <p>a) mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária: os percentuais previstos em regulamento;</p> <p>b) alimentação e outras mercadorias fornecidas em restaurantes, lanchonetes, bares, cafés, sorveterias, hotéis, pensões, boates, cantinas e estabelecimentos similares: 100% (cem por cento);</p> <p>c) perfumarias, jóias, artigos de armarinho, confecções, artefatos de tecidos e calçados: 60% (sessenta por cento);</p> <p>d) ferragens, louças, vidros, material elétrico, eletrodomésticos e móveis: 40% (quarenta por cento);</p> <p>e) tecidos: 25% (vinte e cinco por cento);</p> <p>f) gêneros alimentícios: 20% (vinte por cento);</p> <p>g) outras mercadorias: 30% (trinta por cento);</p>
<p>V - na fiscalização do trânsito:</p> <p>a) para fins de cobrança do imposto por antecipação, relativamente ao valor adicionado, nas hipóteses previstas neste Regulamento, estando as mercadorias acompanhadas de documentação fiscal, depois de adicionadas ao custo real as parcelas do IPI, fretes, carretos e outras despesas que hajam onerado o custo, será acrescentado, a título de margem de valor adicionado (MVA), o percentual correspondente, de acordo com as alíneas "a" a "g" do inciso I;</p> <p>b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:</p> <p>1 - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente das mercadorias ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual da margem de valor adicionado (MVA) correspondente, de acordo com as alíneas "a" a "g" do inciso I; ou</p> <p>2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;</p>	<p>V - na fiscalização do trânsito:</p> <p>a) para fins de cobrança do imposto por antecipação, relativamente ao valor adicionado, estando as mercadorias acompanhadas de documentação fiscal, depois de adicionadas ao custo real as parcelas do IPI, fretes, carretos e outras despesas que hajam onerado o custo, será acrescentado, a título de lucro, o percentual correspondente, fixado em regulamento;</p> <p>b) no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, será adotado:</p> <p>1 - o preço de pauta fiscal no atacado, se houver, ou o preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, aquele ou este acrescido do percentual de margem de lucro correspondente, fixado em regulamento; ou</p> <p>2 - o preço de pauta fiscal no varejo, se houver, ou o preço de venda a varejo no local da ocorrência;</p>

Pelo exposto, a interpretação que se pode dar a norma contida anteriormente nos artigos 937 e

938 do RICMS/97, que após sua revogação foi inserida na Lei nº 7.014/96 é de que uma vez constatado o transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal ou com documentação fiscal inidônea, a base de cálculo deve ser apurada tomando como referência o preço no mercado atacadista e acrescido do percentual de lucro, ao teor do art. 22, §1º, “b” da mencionada Lei, com base no preço do atacado acrescido da MVA (1) ou do preço de venda no varejo (2).

Na situação presente, a fiscalização tomou como base o preço indicado na nota fiscal da aquisição da mercadoria (fl. 11 – R\$575.802,64) e acrescentou a MVA de 30% (fl. 2), o que resultou em base de cálculo de R\$748.543,42.

E ao contrário do que foi fundamentado, isso foi explicado na informação fiscal (fl. 77).

Ressalte-se que o art. 180 do RPAF/BA prevê que aplica-se subsidiariamente ao processo administrativo fiscal as normas do Código de Processo Civil, e o Novo (Lei nº 13.105/2015) enseja prevalência ao *exercício do contraditório*, afastando a prevalência do formalismo. Inclusive estabelecendo que todos os sujeitos do processo devem cooperar entre si para que se obtenha Decisão de mérito justa e efetiva (art. 6º). Neste sentido, a identificação de vícios processuais pode ser suprimida mediante indicação por parte do julgador [juiz] das formas de superação do vício (art. 139 e 801), desde que dado às partes oportunidade de se manifestar (art. 10).

Na questão a ser dirimida neste processo, restou comprovado a ocorrência de infração à legislação do ICMS (transporte de mercadorias desacompanhadas de documentação fiscal) e a fiscalização indicou como foi apurada a base de cálculo na informação fiscal.

Se o sujeito passivo demonstrou desconhecer como foi apurada a base de cálculo, cabe ao julgador decidir de ofício se a mesma foi apurada corretamente, ou mandar corrigir com indicação precisa do procedimento a ser adotado, desde que seja dado conhecimento às partes para se manifestarem. A prevalência deve ser do exercício do contraditório no julgamento da causa, superando o formalismo.

Por tudo que foi exposto, voto pela NULIDADE da Decisão, devendo os autos retornar a 1ª Instância para novo julgamento e apreciação das razões de mérito.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, com voto de qualidade do presidente, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e decretar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº **210943.0026/15-4**, lavrado contra **ANIXTER DO BRASIL LTDA.**, devendo os autos retornarem a 1ª Instância para novo julgamento.

VOTO VENCEDOR- Conselheiros: Eduardo Ramos de Santana, Paulo Danilo Reis Lopes e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO - Conselheiros: Laís de Carvalho Silva, Rodrigo Lauande Pimentel e Valnei Sousa Freire.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de dezembro de 2016.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

LAÍS DE CARVALHO SILVA – RELATORA/VOTO VENCIDO

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS