

A. I. N° - 210943.0026/15-4
AUTUADO - ANIXTER DO BRASIL LTDA.
AUTUANTE - CARLOS LÁZARO DE ANDRADE
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 04.07.2017

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF N° 0102-02/17

EMENTA: ICMS. DOCUMENTOS FISCAIS. FALTA DE EMISSÃO OU EMISSÃO DE OUTRO DOCUMENTO NÃO FISCAL (PEDIDO, COMANDA, ORÇAMENTO E SIMILARES) COM DENOMINAÇÃO, APRESENTAÇÃO OU QUALQUER GRAU DE SEMELHANÇA AO DOCUMENTO FISCAL. Infração caracterizada. Nulidades afastadas pela Câmara, em julgamento anterior. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração lavrado em 06/03/2015, exige crédito tributário no valor histórico de R\$127.252,36, acrescido da multa de 100%, em razão de:

Infração – 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 pela autuada, 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).*

O autuado impugna o lançamento, fls. 21 a 38, mediante de advogado, inicialmente reproduz a imputação e o dispositivo do enquadramento da mesma.

Argui nulidade por cerceamento de defesa, sustentando que somente teve conhecimento do Termo de Depósito, sendo, inclusive enviado preposto do autuado ao Posto Fiscal, sem sucesso na tentativa de tomar ciência formal do Auto de Infração.

Sustenta que, outra causa de nulidade, é a ausência de demonstração da apuração da base de cálculo.

Argui nulidade, ainda, por erro de capitulação no enquadramento no artigo 13, inciso I, alínea K, da Lei nº 7.014/96, ressaltando que o dispositivo legal mencionado não se coaduna ao caso concreto, pois não há que se falar em operação não tributada no caso concreto, estando o imposto destacado na nota fiscal de 2530, oriunda de São Paulo, e na Nota Fiscal nº 373, fl. 54, referente a revenda das mercadorias.

Requer nulidade, também, por erro na indicação do prazo de defesa constante no corpo do Auto de Infração, como sendo 30 dias, quando o correto são 60 dias, conforme inciso II do artigo 132, na Lei nº 3.956/81, com as alterações promovidas pela Lei nº 13.199, de 28/11/2014.

No mérito, frisa que a imputação é improcedente e que a multa aplicada não corresponde à suposta infração.

Ressalta que como se depreende do demonstrativo, constante do corpo do auto, que consta como devido um valor de imposto no montante de R\$127.252,36, obtido após a aplicação da alíquota de 17% sobre a base de cálculo ali indicada de R\$748.543,42. Ocorre que, é incompreensível a

apuração da referida base de cálculo indicada pela autoridade fiscal, de modo que não faz qualquer sentido a cobrança de imposto, especialmente no valor indicado.

Frisa que da narrativa constata-se que a autuação levou em consideração a não emissão de nota fiscal de revenda das mercadorias objeto da nota fiscal nº 2530, oriundas de São Paulo. Segundo afirma a autoridade fiscal, só havia no momento da fiscalização a nota fiscal de aquisição. Neste contexto, destaca os seguintes pontos: i) não procede a autuação, especialmente no tocante ao imposto cobrado; ii) a base de cálculo apurada está totalmente incorreta e iii) a impugnante, possui prazo de recolhimento estendido até o dia 25 de abril.

Registra que se mostra incompreensível o modo pelo qual a autoridade fiscal apurou a base de cálculo do imposto supostamente devido em R\$748.543,42, pois no termo de ocorrência fiscal lavrado consta que a autuação foi embasada no conteúdo da nota fiscal nº 2530. O referido documento fiscal consigna, por sua vez, como "valor total da nota" o montante de R\$575.802,64.

Argumenta que a Lei nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996 em seu artigo 12-A dispõe sobre a antecipação parcial do imposto nas aquisições interestaduais de mercadorias para fins de comercialização.

Acrescenta que, como se depreende do cadastro atual da impugnante perante a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia (doc. 06), reproduzido à folha 32 dos autos, a mesma consta como "*contribuinte credenciado para antecipação tributária*". Assim sendo, em razão do referido Cadastro ativo e do regime vigente perante o Estado da Bahia, o autuado faz jus ao pagamento do imposto devido até o dia 25 do mês subsequente à entrada da mercadoria no estabelecimento. No caso concreto, portanto, considerando-se que a mercadoria entrou no Estado da Bahia em 02/03/2015, o pagamento do imposto correspondente poderia ser feito até o dia 25/04/2015, nos termos da lei, mostrando-se totalmente incabível a exigência imediata. Não bastasse isso, como já mencionado inicialmente, ainda que se tenha imposto devido na operação, o valor apurado pela autoridade fiscal é superior ao realmente devido, conforme restará demonstrado.

Nos termos do já mencionado artigo 12-A da Lei nº 7.014 de 04 de dezembro de 1996 o imposto devido é calculado mediante a aplicação da alíquota interna sobre a base de cálculo prevista no inciso III do art. 23, deduzido o valor do imposto destacado no documento fiscal de aquisição, o qual demonstrou às folhas 33 a 35 dos autos.

No tocante a multa aplicada, aduz que não há que se falar em ausência de nota fiscal, o que já faz cair por terra a capitulação eleita. Afirma que o documento fiscal fora emitido no próprio dia 02/03/2015, ou seja, na data de entrada da mercadoria no território baiano. Ademais, nota que a apuração da multa levou em consideração base equivocada. Como demonstrado no item anterior, não há que se falar em incidência do ICMS na operação, porém não se pode exigir da impugnante o seu pagamento imediato. Além disso, o valor apurado de ICMS é inequivocamente incorreto.

Entende que deve ser levado em consideração o disposto no artigo 6º, III da Lei nº 7.014/96.

Ao final, requer que seja decretada a nulidade em razão de: cerceamento de defesa, por ausência de intimação formal da autuada; violação do princípio da segurança jurídica, por ausência de demonstração do quantum indicado como base de cálculo do imposto; erro na capitulação/enquadramento da infração e incorreção do prazo ofertado para defesa.

Caso assim não entenda, que no mérito seja julgado improcedente, pois não cabe falar em imposição de valor de ICMS a pagar, uma vez que o autuado está sujeito ao regime de antecipação parcial, não cabendo falar em multa dado que inexiste infração, pois o autuado emitiu a nota fiscal no mesmo dia da entrada de mercadoria em território baiano.

Requer, ainda, redução da multa aplicada.

O autuante prestou informação fiscal, fls. 76 a 78, ressalta, inicialmente, a ausência de qualquer prejuízo alegado por cerceamento de defesa decorrente de qualquer tipo de formalidade na intimação/ ciência do auto de infração pela impugnante, pois, como se vê no arrazoado juntado pela mesma, o princípio da ampla defesa previsto no Art. 2º do Decreto 7629/1999 está sendo

observado, de maneira que causa estranheza a alegação de que não há conhecimento do documento de registro da autuação que foi anexado (doc. 2 fl. 50) e, com efeito, possibilitou a verificação do prazo usufruído do início ao fim para impugnar em 04/05/2015 (fl. 15), de maneira que a informação no auto de que o prazo para impugnar é de 30 dias, não tendo sido violado o princípio da ampla defesa, é mera incorreção que, nos termos dos §§ 1º e 2º do Art. 18 do RPAF/BA, não acarreta a pretendida nulidade.

Quanto à argüição de nulidade em virtude de erro sobre a capitulação legal do fato indicativa do local da operação, afirma que esta informação não é, nos termos do próprio Art. 39, V do RPAF, fundamental para a exigência fiscal ou considerada, de acordo com a narrativa dos fatos, inerente ao dispositivo infringido que, no confronto com a situação apurada, embora a impugnante não comente, tem a capitulação (Art. 34 Inciso VI-A da Lei 7014/96, falta de emissão de documento fiscal) corretamente indicada, de maneira que o procedimento circunscreve-se aos ditames do §1º do Art. 18 e do Art. 19 do RPAF/BA.

Nota que em momento algum a impugnante ataca a acusação fiscal, seja negando ou argumentando para desconstruí-la; percebe-se que a defesa tenta apenas confundir o fato imputado com o prazo de recolhimento do imposto pela impugnante relativo à entrada (aquisição) da mercadoria na medida em que alega estar devidamente credenciada para recolher o imposto no prazo regulamentar e ao demonstrar qual o montante do ICMS devido a título de antecipação parcial, como se a nota fiscal de aquisição fosse o suficiente para acobertar a operação de saída de mercadoria que foi interceptada no módulo de saída da região metropolitana de Salvador.

Assegura que na realidade é que diante da documentação acostada nos autos é impossível elidir a acusação contida na narrativa dos fatos, tendo em vista que a ocorrência do fato (falta da emissão de documento fiscal na saída de mercadorias) foi registrada às 15:30h do dia 02/03/2015, fl. 9, e a emissão da nota fiscal, como se vê na folha 12 (DANFE nº 373), se deu em momento posterior à saída das mercadorias e por causa do início da ação fiscal.

Assim, entende a defesa que constatado que o estabelecimento da impugnante promoveu a saída de mercadorias sem a devida emissão de nota fiscal, tem plena aplicação os dispositivos da Lei 7014/96 e do Decreto 13780/2012, sobretudo os relativos à fixação da base imponível, fl. 2, cujo cálculo teve que considerar a margem de valor adicionada de 30%, nos termos do Art. 22 §1º alínea "g".

Salienta que a responsabilidade do transportador, não é alcançada pelo Art. 6º da Lei 7014/96, pois o mesmo não concorreu ou colaborou para a infração, falta de emissão de documentação fiscal relativo à saída de mercadorias promovida pela impugnante, até porque o mesmo conduzia as mercadorias com documentação fiscal que comprovou sua procedência (origem/remetente) e, de qualquer modo, a responsabilidade solidária não afasta a do principal beneficiário, como se lê o Art. 40 e seu §1º.

Ao final, opina pela manutenção da autuação.

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 da mercadoria, 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, considerando que o Auto de Infração foi lavrado a mais de 2 anos, tendo o contribuinte tido muito tempo para suas manifestações.

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”, 1 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”, 1 e 2 da Lei 7.014/96, abaixo transcrita:

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;

Portanto, 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.

Esse entendimento foi manifestado no ACÓRDÃO JJF N° 0071-02/16, ementa abaixo transcrita:

EMENTA: ICMS. NULIDADE. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ DO LANÇAMENTO. 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. Auto de Infração NULO. Decisão unânime.

Entretanto, tal decisão foi reformada pela 1ª Câmara de Julgamento Fiscal, ementa abaixo transcrita:

ACÓRDÃO CJF N° 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 PROVÍDO. Vencido o voto da relatora. Decisão por maioria.

Ante a decisão da Câmara acima transcrita não cabe acolher a nulidade da autuação.

No mérito, o sujeito passivo 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.

Também foi consignado do Voto do ACÓRDÃO CJF Nº 0305-11/16:

Na informação fiscal o autuante esclareceu que na apuração da base de cálculo foi adicionado o porcentual 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 porcentual da margem de lucro, como previsto no art. 22, V, “b”, “I” 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. Grifei.

Portanto, ante o entendimento acima, ficou patente o acerto do procedimento fiscal, assim, entendo que à infração restou caracterizada.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 210943.0026/15-4, lavrado contra **ANIXTER DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$127.252,36**, acrescido da multa de 100%, prevista no art. 42, IV, “h”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2016.

ANTONIO CESAR DANTAS OLIVEIRA – PRESIDENTE EM EXERCÍCIO – RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – JULGADOR