

PROCESSO - A. I. Nº 210943.0026/15-4
RECORRENTE - ANIXTER DO BRASIL LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
REURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0102-02/17
ORIGEM - IFMT - DAT/METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 09/07/2018

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0105-11/18

EMENTA. ICMS: DOCUMENTOS FISCAIS. OPERAÇÃO SENDO REALIZADA COM DOCUMENTO FISCAL INIDÔNEO. Comprovado que a nota fiscal (representada pelo DANFE nº 2530) era inidônea para acobertar a operação de venda interestadual do contribuinte, localizado no Estado da Bahia, com destino ao Estado de Goiás, haja vista tratar-se de nota fiscal de aquisição, quando das compras destas mesmas mercadorias pelo próprio autuado no Estado de São Paulo. Constatado o devido processo legal. Rejeitada a preliminar de nulidade. Razões recursais insuficientes para modificar a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata o presente processo de Recurso Voluntário impetrado pelo recorrente em função da decisão proferida pela 2ª JJF, através o Acórdão nº 0102-02/17, que julgou Procedente o Auto de Infração nº 210943.0026/15-4, exigindo crédito tributário no valor de R\$127.252,36, acrescido de multa de 100%, pelo cometimento da seguinte infração:

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.

Como fundamentação da infração acima, foi anotado pelo preposto autuante:

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).

Foi o Auto de Infração, após recurso inicial do recorrente e manifestação do autuante, analisado pela 2ª JJF que através do Acórdão JJF nº 0071-02/16, julgou pela sua nulidade, e, em grau de recurso à 1ª CJF, foi o mesmo, através o Acórdão nº CJF nº 0305-11/16, julgado Procedente, retornando à 2ª JJF para nova apreciação e julgamento, tendo a mesma assim se manifestado, fls. 129/131;

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 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.

Esse entendimento foi manifestado no ACÓRDÃO JJF Nº 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 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.

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 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. Grifei.*

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

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

Ciente da nova decisão proferida pela 2ª JJF, o recorrente apresentou Recurso Voluntário, fls. 142/159, em que, mais uma vez, apresenta suas razões de defesa, alegando inicialmente a tempestividade do mesmo, e propugnando pela nulidade do Auto de Infração, reconhecida no primeiro julgamento da 2ª JJF através o Acórdão nº 0071-02/16, ao contestar a decisão da 1ª CJF, através o Acórdão nº 0305-11/16 que remeteu o processo para novo julgamento pela 2ª JJF e o novo parecer exarado, como acima transcrito.

Alega em seu favor que apesar da determinação de que fosse novo julgamento proferido, o mesmo não ocorreu, na realidade, alegando que nova análise não foi efetuada, informando que a 2ª JJF limitou-se a transcrever o voto vencedor do Acórdão CJF nº 0305-11/16, sem que seja apresentada qualquer fundamentação para reforma da decisão anterior, alegando ainda que no voto do relator o mesmo repete o mesmo argumento utilizado para reconhecimento da nulidade no primeiro julgamento, destacando inclusive o erro de grafia, repetido:

“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.”

Argumenta que não havendo nova análise e sim uma repetição do pronunciamento anterior, com decisão diferente, deve ser o voto, unânime, considerado nulo, por ter o mesmo perdido a validade, ao ser utilizado para duas decisões diferentes. Diante desta argumentação propugna que: *“ou se leva em consideração o teor do voto do relator, tomando-se a repetição como reafirmação *ipsis literis* dos argumentos que concluiu pela nulidade da autuação levada a efeito; ou se anula o julgamento realizado, pois não há voto, já que não houve análise do mérito da questão.”*, citando em seu favor o Artigo 18 do RPAF, que assim dispõe:

“Art. 18. São nulos:

III – as decisões não fundamentadas;”

E, mais ainda, o Artigo 489 do Código de Processo Civil, que assim determina:

“Art. 489. São elementos essenciais da sentença:

II – os fundamentos, em que o juiz analisará as questões de fato e de direito.

Parágrafo 1º - Não se considera fundamentada qualquer decisão judicial, seja ela interlocutória, sentença ou acórdão, que:

I – e limitar, à reprodução ou a paráfrase de ato normativo, sem explicar sua relação com a causa ou a questão decidida.”

Alega, no que diz respeito à determinação da base de cálculo que a 2ª JJF não analisou o mérito, limitando-se a transcrever trecho do acórdão prolatado pela 1ª CJF, acima transcrito, que justifica

a aplicação do MVA de 30% sobre o valor das mercadorias, com base no que determina o Artigo 22, Parágrafo 1º, “g”, da Lei nº 7.014/96.

Argumenta mais o recorrente que ao retornar o processo à 2ª JJF, para novo julgamento, foi determinado pela 1ª CJF “(...) *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.*”, fato não analisado pela 2ª JJF, o que, segundo afirma, configura supressão de instância, ao se adotar o julgamento da 1ª CJF.

Repete, de relação ao novo acórdão da 2ª JJF que “*o acórdão é eivado de vício flagrante e, ao contrário de mandamento oriundo da 1ª Câmara, não houve “novo julgamento e apreciação das razões de mérito”.*”

Passa em seguida a tecer considerações sobre as formas de arbitramento e seus cálculos, afirmando que a forma utilizada é irreal, desde quando o autuante tinha em posse a Nota Fiscal nº 373, fazendo citações, ainda, a respeito do cálculo e obrigatoriedade do recolhimento da Antecipação Parcial.

Contesta a aplicação da penalidade de 100%, requerida pelo autuante com base no que determina o Artigo 42, IV, “h”, da Lei nº 7014/96, questionando ainda a tipificação do que seja local da operação ou prestação do serviço com base no Artigo 13, I, “k”, da mesma lei, reforçando sua argumentação com a citação do Artigo 39, do RPAF.

Por fim, requer que seja TOTALMENTE PROVIDO o Recurso Voluntário e ACATADAS AS PRELIMINARES ARGUIDAS, para fim de decretar a NULIDADE do Acórdão JJF nº 0102-02/17.

VOTO VENCIDO

O Auto de Infração em análise teve como motivo – *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.* E sendo utilizado como comprovação, pelo autuante, 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).

Preliminarmente considero que o Auto de Infração se reveste de formalidades que lhe assegura base para recurso por parte do recorrente, fato ocorrido em todo o decorrer do processo.

O fato de ocorrer a apreensão, conforme Termo de Ocorrência Fiscal, fl. 9, datado de 02.03.2015, e a ciência do fato dada pelo condutor do veículo EFV-9212, não comprova o conhecimento imediato por parte do recorrente, que, como alega, teve dificuldade em acessar a documentação, fl. 24, ainda mais ao se constatar que o Auto de Infração foi lavrado no dia 06.03.2015, quando o autuante já tinha em seu poder a Nota Fiscal nº 373, emitida no dia 02.03.2015, o que ensejou a liberação das mercadorias.

Como afirmado pelo autuante e reconhecido pela 2ª JJF em seu primeiro julgamento, sem qualquer opinião diferente quando do segundo julgamento, objeto desta análise, o recorrente, ao ser constatar o fato de estar a mercadoria desacompanhada de documento fiscal, providenciou a emissão da Nota Fiscal nº 373, o que indica a tributação pela saída das mercadorias. A não emissão anterior do documento fiscal competente, caso não a fosse configurada quando da

abordagem fiscal, ensejaria sim a cobrança do tributo nos termos do que dispõe a legislação.

Além do que acima descrevo, não possui a peça acusatória um dos requisitos essenciais e imprescindíveis para que seja negada a sua nulidade, que é a determinação da base de cálculo, não definida pelo autuante, nem apreciado o recurso pela 2ª JF.

Não sem razão o julgador na primeira decisão de piso, assim se expressou: *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.*

Ademais, o parecer do relator da 2ª JF, fls. 161/165, denota falta de análise dos fatos, desde quando se limita a reproduzir o voto vencedor da 1ª CJF, sem fazer qualquer análise do mérito, reproduzindo os mesmos argumentos utilizados quando do primeiro julgamento, que declarou nulo o Auto de Infração. Tal posicionamento denota total incongruência no julgamento efetuado, pois sob o mesmo parecer, a 2ª JF emite dois julgamentos totalmente opostos.

Considerando, conforme demonstrado, a não determinação da forma como foi apurada a Base de Cálculo para a autuação, como observa o julgamento de piso “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”, o que configura cerceamento de defesa para o recorrente, diante do que, acato a preliminar, julgando NULO o Auto de Infração.

VOTO (Vencedor quanto à preliminar de nulidade do Auto de Infração)

Peço *venia* ao ilustre relator para discordar do seu entendimento de acolher a preliminar, arguida pelo sujeito passivo, de NULIDADE do Auto de Infração, sob o entendimento de falta de comprovação da base de cálculo, o que geraria incerteza e insegurança ao lançamento de ofício.

Inicialmente devemos consignar que cabe ao julgador, ao analisar um processo, em preliminar debruçar-se sob o mesmo do ponto de vista formal, somente adentrando no mérito se verificado que não há nenhum óbice daquela natureza que fulmine de pronto o referido processo por nulidade.

Preliminarmente, ao verificar se o lançamento de ofício preenche todas as formalidades legais previstas, ou seja, se enseja em qualquer violação ao devido processo legal e à ampla defesa do contribuinte, constato que o processo não apresenta qualquer vício na consecução do lançamento de ofício, visto que se trata de um Auto de Infração, Modelo “4” – Trânsito, sendo constatado pelo preposto fiscal, naquela oportunidade, que a nota fiscal (representada pelo DANFE nº 2530) era inidônea para acobertar a operação de venda interestadual do contribuinte, localizado no Estado da Bahia, com destino ao Estado de Goiás, haja vista tratar-se de nota fiscal de aquisição, quando das compras destas mesmas mercadorias pelo próprio autuado em estabelecimento no Estado de São Paulo, cuja inidoneidade documental foi admitida pelo sujeito passivo ao emitir outro documento fiscal, inclusive com valor inferior ao da aquisição, *após o início da ação fiscal.*

Sendo assim, comprovado o ilícito fiscal, a autoridade fiscal apurou a base de cálculo da operação nos termos previsto no art. 22, V, “b”, “1”, da Lei nº 7.014/96, o qual preconiza que, na fiscalização do trânsito, no caso de ausência ou inidoneidade do documento fiscal, a base de cálculo será adotada através do preço corrente da mercadoria ou de sua similar no mercado atacadista do local da ocorrência, acrescido do percentual de margem de lucro correspondente, fixado em 30% (art. 22, § 1º, I, “g”, da Lei nº 7.014/96).

Portanto, acertadamente o Fisco, de posse do DANFE, à fl. 11 dos autos, no valor de R\$575.802,64,

relativo à aquisição das próprias mercadorias (196 câmeras de televisão, câmeras fotográficas digitais e câmeras de vídeo – NCM85258019) no Estado de São Paulo pelo autuado, se utilizou deste documento, por corresponder ao preço corrente no mercado atacadista, e acrescentou a margem de lucro (30%), conforme previsão legal, cujos cálculos encontram-se no demonstrativo de débito anexo ao Auto de Infração, às fls. 2 e 6 dos autos, o que resultou na base de cálculo de R\$748.543,42, tendo o autuado recebido cópia quando da intimação para apresentação da sua defesa ou quitação da exação fiscal.

Quanto à alegação recursal de que a exigência é irreal, visto que o autuante tinha em posse o DANFE correspondente à Nota Fiscal de nº 373, há de esclarecer que a mesma foi emitida e apresentada posteriormente ao início da ação fiscal, em cujo ato se comprovou a inidoneidade do documento fiscal representado pelo DANFE nº 2530. Sendo assim, nos termos do art. 40, § 6º, da Lei nº 7.014/96, o trânsito irregular de mercadoria não se corrige pela ulterior apresentação da documentação fiscal.

O apelante aduz ainda que a Decisão recorrida não tem fundamentação, pois, na realidade, nova análise não foi efetuada, visto que se limitou a transcrever o voto vencedor do Acórdão CJF nº 0305-11/16. Contudo, vislumbro que, efetivamente, a Decisão recorrida foi conclusa, em que pese ter sido fundamentada no entendimento exarado no citado Acórdão CJF nº 0305-11/16, por corroborar com os termos nele contidos relativos à constituição da base de cálculo, conforme se comprova através da expressão: *“Portanto, ante o entendimento acima, ficou patente o acerto do procedimento fiscal, assim, entendo que à infração restou caracterizada”*, sendo tal prática recorrente para se evitar repetição do quanto já consignado, não implicando em falta de fundamentação da Decisão recorrida, como pretende o recorrente.

Por fim, em relação à contestação da multa aplicada, há de esclarecer que, nos termos do art. 125 da Lei nº 3.956/81, falece competência a este Colegiado a declaração de inconstitucionalidade; questão sob a apreciação do Poder Judiciário ou por este já decidida e a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior, visto que a penalidade aplicada é a prevista na hipótese legal (art. 42, IV, “h”, da Lei nº 7.014/96) para o caso concreto.

Do exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário para manter a Decisão recorrida.

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, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **210943.0026/15-4**, lavrado contra **ANIXTER DO BRASIL LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente 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.

VOTO VENCEDOR: Conselheiros: Fernando Antônio Brito de Araújo, Maria Auxiliadora Ruiz e Rubens Bezerra Soares.

VOTO VENCIDO: Conselheiros: José Rosenvaldo Evangelista Rios, Laís de Carvalho Silva e Carlos Antônio Borges Cohim Silva.

Sala das Sessões do CONSEF, 02 de maio de 2018.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

JOSÉ ROSENVALDO EVANGELISTA RIOS – RELATOR/VOTO VENCIDO

FERNANDO ANTONIO BRITO DE ARAUJO –VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JUNIOR - REPR. DA PGE/PROFIS