

PROCESSO - A. I. Nº 281332.0008/19-7
RECORRENTE - UNIVERSO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE DESCARTÁVEIS LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO - Acórdão 1ª JJF nº 0106-01/20-VD
ORIGEM - INFAZ ATACADO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 1º/10/2021

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0235-12/21-VD

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS CONSIDERADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. REGULARMENTE ESCRITURADAS. O autuado, em sua impugnação, limitou-se a arguir a nulidade do lançamento tributário. Todavia, o Auto de Infração foi lavrado observando os ditames contidos no art. 39 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, pelo que, restou afastada a preliminar de nulidade suscitada. Infração caracterizada. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário, interposto em razão do acórdão proferido pela 1ª JJF Nº 0106-01/20-VD, que julgou Procedente o Auto de Infração em referência, lavrado em 25/09/2019, para exigir imposto no valor histórico de R\$386.990,63, mais multa de 60%, em face da seguinte acusação:

Infração 01 – 02.01.03: “Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas”.

Refere-se aos meses de janeiro a dezembro de 2016; janeiro a setembro, novembro e dezembro de 2017; janeiro a agosto e dezembro de 2018.

Enquadramento legal: art. 2º, inciso I e artigo 32 da Lei nº 7.014/96, combinado com o artigo 332, inciso I do RICMS/BA, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. Multa aplicada: art. 42, inciso II, alínea “a” da Lei nº 7.014/96.

O contribuinte tomou ciência do Auto de Infração em 30/09/19, e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 29/11/19, peça processual que se encontra anexada às fls. 14 a 22. A Impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seus advogados, os quais possuem os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constante nos Autos à fl. 23.

A autuante em informação fiscal, à fl. 37, esclarece que os trabalhos de fiscalização se basearam na Escrituração Fiscal Digital do contribuinte bem como nas notas fiscais eletrônicas, ambos recebidos do banco de dados da SEFAZ para execução dos trabalhos de fiscalização.

A 1ª JJF dirimiu a lide com base no voto condutor abaixo transcrito, julgando, por unanimidade, Procedente o presente Auto de Infração.

VOTO

O presente processo, exige ICMS imputando ao autuado a falta de recolhimento do referido imposto, em razão do mesmo ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

Preliminarmente, o autuado arguiu a nulidade da autuação, sob o argumento de que houve cerceamento ao seu direito de defesa, entendendo que “inexiste no auto de infração, seja na descrição dos fatos, na tipificação, no enquadramento, ou ainda nas planilhas produzidas, qualquer outra informação que permita compreender os motivos que levaram a Autoridade Fiscal a concluir pela ocorrência da supramencionada infração”.

Todavia, da análise dos elementos constitutivos do processo, verifico que descabe a alegação defensiva, uma vez que as planilhas elaboradas pela autuante, constantes do CD à fl. 09, entregue ao contribuinte, conforme recibo à fl. 10, detalham todas as operações que foram objeto da autuação, bem como os cálculos do tributo devido por item de nota fiscal, com valores consolidados por período mensal.

Resta também evidenciado, que os levantamentos fiscais se basearam na Escrituração Fiscal Digital do contribuinte, bem como suas notas fiscais eletrônicas.

Portanto, o presente lançamento foi efetuado de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e a multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não sendo constatada violação ao devido processo legal e à ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante os levantamentos acostados aos autos.

Dessa forma, o Auto de Infração atende aos requisitos legais, estando presentes todos os pressupostos exigidos na norma para a sua validade, especialmente os artigos 142 do CTN, e 39 do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal (RPAF), Decreto nº 7.629/99, não havendo que se falar de nulidade do lançamento fiscal.

Em relação ao mérito, não houve contestação por parte do autuado, e pelo que dispõe o art. 140, do mesmo diploma legal acima citado, o fato alegado por uma das partes, quando a outra não o contestar, será admitido como verídico se o contrário não resultar do conjunto das provas.

Por outro lado, a autuante evidenciou através dos seus demonstrativos (mídia à fl. 09), elaborados conforme as informações prestadas pelo contribuinte em sua EFD, que as mercadorias constantes nos documentos fiscais relacionados, apesar de estarem sujeitas à tributação normal do ICMS, foram escrituradas sem o lançamento do imposto.

Cabe ainda mencionar, que as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado, não vinculam o entendimento deste órgão julgador.

Do exposto, Voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

Inconformada com a decisão de piso, a recorrente interpôs Recurso Voluntário. Diz, assim como exposto em suas razões impugnatórias, que o Auto de Infração foi lavrado de forma incompleta, na medida em que lhe falta requisito necessário à sua validade, conforme estipula o art. 129, inc. III do Código Tributário do Estado da Bahia.

Ressalta que ao realizar o cotejo entre o dispositivo legal acima transcrito e o Auto de infração, nota-se a insuficiente descrição dos fatos, o que cria, invariavelmente, obstáculos à apresentação de contrapontos defensivos.

Aduz que não há que se falar em presunção de veracidade do Auto de Infração, visto que a ausência da motivação impede a análise do mérito.

Salienta que a legislação estadual expressa a necessidade de **exposição** do ato praticado, impondo a autoridade fiscalizadora, ao lavrar notificações, que aponte os fatos que a embasaram, mesmo que alicerçados em dados, assim como indique o dispositivo legal infringido.

Sinaliza que a Fiscalização, recorrendo em tão somente 02 (duas) linhas sobre a “*Descrição dos Fatos*”, limitou-se a afirmar que, em cumprimento da Ordem de Serviço, apurou “*irregularidade*”. Esta foi apontada, de forma simplória, como não recolhimento de ICMS “*em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas*”.

Aponta que não há qualquer referência aos tipos de operações, tributável e não tributável, no caso concreto e que tal situação gera demasiada insegurança jurídica, na medida em que não é possível determinar, com certeza, o real motivo que levou a Fiscalização a discordar do Contribuinte, o que a obrigaria a apresentar defesa baseada em suposições, ferindo sobremaneira o contraditório e ampla defesa.

Diz que, por força do art. 142 do CTN, não é dado à instância administrativa, ao revisar o lançamento, realizar verdadeiro “aditamento ao lançamento”, introduzindo, em desfavor do contribuinte, fundamentos e interpretações legais que sequer serviram de base à Autuação, posto que o julgador fiscal deve revisar e não refazer a autuação, sob pena de imiscuir-se na competência privativa do agente lançador do tributo.

Questiona qual foi a “irregularidade praticadas pela Recorrente, afirmando que essa resposta inexistente no Auto de Infração ou nas planilhas anexadas.

Menciona que o Conselho Administrativo de Recursos Fiscais – CARF, em caso análogo ao presente, entendeu justamente pela nulidade do auto de infração, por falta de fundamentação,

visto que não expressou devidamente os fundamentos fáticos e jurídicos, gerando cerceamento do direito de defesa. Traz o Acórdão nº 3301-004.178, da 3ª Câmara – 1ª Turma Ordinária.

Traz ainda trecho do julgamento pelo Conselho Pleno, do Conselho Municipal de Contribuintes de Salvador/BA, onde o ilustre Conselheiro André Portella lançou voto reconhecendo a nulidade de autuação justamente pela carência de explicitação dos fatos originadores da autuação.

Conclui que não poderia ser diferente o entendimento do Eg. Tribunal de Justiça da Bahia, em recente decisão, trazendo Ementa. (Classe: Remessa Necessária, Número do Processo: 0098065-42.2005.8.05.0001, Relator(a): Ivanilton Santos da Silva, Terceira Câmara Cível, Publicado em: 14/02/2017).

Contesta que decisão de piso ao afastar o entendimento expresso acima sob o fundamento de que *“as decisões dos Tribunais apontados pelo autuado, não vinculam o entendimento desse órgão julgador”*. Explica que a jurisprudência, termo originário do latim *jurisprudência*, em seu sentido amplo, retrata o conjunto interpretativo da legislação pelos Tribunais, administrativos ou judiciais. Portanto, a jurisprudência é fundamental para a condução e evolução de decisões, auxiliando o tributar a obter a melhor interpretação possível. Assim, a citação de jurisprudências na peça impugnatória não visou vincular o órgão julgador, mas ventilar entendimentos corroborados por diferentes tribunais e enriquecer o debate.

Conclui afirmando inexistir a exposição do motivo que gerou a lavratura do Auto de Infração, vez que nesta há apenas afirmações genéricas e desprovidas de razões fáticas ou jurídicas, impondo-se a declaração de nulidade da autuação, visto que impossibilitada a apresentação de contrapontos ao entendimento, malferindo, por consequência, o direito ao contraditório e ampla defesa a que faz jus a Recorrente.

Este é o relatório.

VOTO

O presente Recurso Voluntário busca unicamente a nulidade da autuação, ante à ausência de determinação da matéria tributável, afirmando que o Auto de Infração foi lavrado de forma incompleta, sem respeitar as exigências contidas no art. 129, inc. III do Código Tributário do Estado da Bahia.

Acusa a recorrente, que não consta nos autos qualquer referência aos tipos de operações, tributável e não tributável, não sendo possível determinar, com certeza, o real motivo que levou a Fiscalização a discordar da natureza tributável aplicada pelo autuado, em relação aos itens lançados, ferindo sobremaneira o contraditório e a ampla defesa.

O fiscal autuante se insurge afirmando que: *“Nas planilhas anexas a esse PAF no CD à pg. 08, e entregues ao contribuinte no dia 30/09/2019 conforme recibo de entrega à pg. 10 desse PAF, encontram-se detalhadas todas as operações que foram objeto da autuação, bem como os cálculos do tributo devido por item de nota fiscal, com valores consolidados por período mensal. Esclarecemos ainda que os trabalhos de fiscalização se basearam na Escrituração Fiscal Digital do contribuinte bem como nas notas fiscais eletrônicas, ambos recebidos do banco de dados da SEFAZ para execução dos trabalhos de fiscalização”*.

Ocorre que, se analisado o conteúdo da mídia na fl. 9, é possível constatar que todos os itens lançados constam individualmente identificados junto à planilha elaborada pelo fiscal autuante, conforme itens extraídos, por amostragem, abaixo transcritos:

CNPJ A	Data B	CFOP C	NumDoc D	Item E	NCM F	Código G	Descrição H	VItem I	VDesc J	VBolomsInf K	AliqInf L	VlomsInf M=Kx L	VBcAud N	Red.BC O	VBcRedAud P=N*(1-Q)	AliqAu Q	VlomsAu R=OxP	Diferença S=R-M
Período: 201601																		
11.943.553/0001-02	03/01/2016	405	6886	001	2071000	369422	ALCOOL 70 INPM 12X1 SOL (Div.desar.)	66,00	0,00	0,00	0,00	0,00	66,00	0,000	66,00	17,00	11,22	11,22
11.943.553/0001-02	03/01/2016	405	6886	003	8053090	890474	FIBRAS LIMP. PESADA BETTACO 1 UN OBER	90,00	0,00	0,00	0,00	0,00	90,00	0,000	90,00	17,00	15,30	15,30

São produtos comercializados pela recorrente, a exemplo de: sabonete líquido, odorizador, esponja, pano de prato, papel higiênico, álcool gel, fibras limpeza pesada, fósforo, detergente, vassoura, dentre outros. Todos os itens foram devidamente expressos na planilha, sendo sinalizado que a recorrente não ofereceu à tributação os itens mencionados, sendo apurado o ICMS devido para cada operação realizada (por nota fiscal).

Os itens de limpeza acima mencionados não são aplicados na construção civil, sendo de uso doméstico, restando afastada a sua inclusão na modalidade da Substituição Tributária nos exercícios fiscalizados. Saliento que as vendas realizadas pela recorrente não são vinculadas ao Sistema Porta-a-Porta, cuja substituição tributária, de fato, se aplicaria.

A recorrente trouxe apenas alegações fundadas na nulidade do Auto de Infração, concluindo pela falta de clareza e cerceamento do seu direito de defesa.

Isto posto, não há como dar guarida às alegações recursais, no tocante à impossibilidade do exercício da ampla defesa e do contraditório. A matéria tributável consta devidamente determinada, assim como consta sinalizado o respectivo enquadramento legal, tudo em absoluta consonância ao devido processo legal.

Vale ainda frisar, que a ementa da decisão desse CONSEF, trazida na peça recursal, não se aplica ao presente Auto de Infração, se analisadas as peculiaridades deste PAF.

À fl. 09 do PAF, residem os demonstrativos de suporte da referida infração em mídia. Ademais, foram anexados aos autos o correlato material em sua via física, todos entregues em mãos à empresa, por ocasião da ciência do auto de infração.

Não foram trazidos, contudo, elementos que pudessem desconstituir o lançamento em relação à natureza fiscal dos itens reconhecidos pela recorrente como não tributados, e considerados pelo fiscal autuante como tributados.

Ademais, os julgados trazidos pela recorrente não lhe socorrem. As decisões ali tratadas, de fato, abordam para Processos Administrativos onde restaram cerceados o direito do autuado em exercer o contraditório, o que não se verificou no presente caso.

Pelo exposto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do presente Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **281332.0008/19-7**, lavrado contra **UNIVERSO COMÉRCIO E DISTRIBUIÇÃO DE DESCARTÁVEIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$386.990,63**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 04 de agosto de 2021.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS - PRESIDENTE

LEILA BARRETO NOGUEIRA VILAS BOAS – RELATORA

EVANDRO KAPPES – REPR. DA PGE/PROFIS