

A. I. Nº - 281077.0013/21-9
AUTUADO - FEX INDÚSTRIA DE PAPÉIS LTDA.
AUTUANTE - ANDREA FALCÃO PEIXOTO
ORIGEM - DAT NORTE / INFRAZ RECÔNCAVO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 10/12/2024

ACÓRDÃO JJF Nº 0217-03/24-VD

EMENTA: ICMS. 1. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) LANÇAMENTO DE DOCUMENTO EM DUPLICIDADE; b) VALOR SUPERIOR AO DESTACADO EM DOCUMENTO FISCAL. 2. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL COMO NÃO TRIBUTÁVEL. FALTA DE PAGAMENTO. 3. IMPOSTO DECLARADO NA EFD E NÃO RECOLHIDO. 4. ALÍQUOTA. APLICAÇÃO DIVERSA DA PREVISTA NA LEGISLAÇÃO. 5. BASE DE CÁLCULO. ERRO NA DETERMINAÇÃO. 6. OMISSÃO DE SAÍDAS. NÃO REGISTRO DE DOCUMENTO FISCAL NOS LIVROS FISCAIS PRÓPRIOS. Infrações subsistentes. O parcelamento integral do débito deferido implica renúncia da defesa conforme prevê o inciso IV, do art. 127-C, do COTEB constituindo-se confissão irretratável e irrevogável do valor apurado, bem como desistência da defesa interposta, nos termos dos incisos I e II do § 1º, do art. 99-A, do RPAF-BA/99, devendo o PAF ser remetido à GEARC/SAT para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento e execução do parcelamento do débito. Defesa PREJUDICADA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/09/2021, exige crédito tributário no valor de R\$ 108.677,47, em razão do cometimento das infrações seguintes:

Infração 01 - **01.02.20.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS referente a lançamento de documentos fiscais em duplicidade, no mês julho de 2017. Exigido o valor de R\$ 38,01, acrescido da multa de 60%;

Infração 02 - **01.02.40.** Utilização indevida de crédito fiscal de ICMS em valor superior ao destacado nos documentos fiscais, nos meses de janeiro a abril, outubro e dezembro de 2017, janeiro a maio, julho a setembro e novembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 52.386,69, acrescido da multa de 60%;

Infração 03 - **02.01.03.** Falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, no mês junho de 2018. Exigido o valor de R\$ 8.576,83, acrescido da multa de 60%;

Infração 04 - **02.12.02.** Falta de recolhimento ou recolhimento parcial do valor declarado em EFD-Escrituração Fiscal Digital referente ao ICMS Normal, no mês julho de 2017. Exigido o valor de R\$ 32.773,00, acrescido da multa de 50%;

Infração 05 - **03.02.02.** Recolhimento a menos de ICMS em razão de aplicação de alíquota diversa da prevista na legislação nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de setembro, novembro e dezembro de 2017. Exigido o valor de R\$ 53,38, acrescido da multa de 60%;

Infração 06 - 03.02.05. Recolhimento a menos de ICMS em decorrência de erro na determinação da base de cálculo do imposto nas saídas de mercadorias regularmente escrituradas, nos meses de janeiro a outubro e dezembro de 2017, janeiro a dezembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 9.709,92, acrescido da multa de 60%;

Infração 07 - 05.05.03. Omissão de saídas de mercadorias e/ou serviços decorrentes do não lançamento do documento fiscal nos livros fiscais próprios, nos meses de abril de 2017 e novembro de 2018. Exigido o valor de R\$ 5.139,64, acrescido da multa de 100%.

O Autuado impugna o lançamento, fl. 25 a 35, articulando os argumentos resumidos a seguir.

DA NECESSIDADE DE ANÁLISE DO CASO EM EPÍGRAFE SOB O VIÉS DO NEOCONSTITUCIONALISMO. DA NECESSÁRIA SUSPENSÃO DA EXIGIBILIDADE TRIBUTÁRIA. art. 151, inciso III, DO CTN.

Requer que com a presente impugnação que a matéria seja analisada sob o viés do neoconstitucionalismo e com a devida proteção do contribuinte. Requer ainda seja a exigibilidade do crédito tributário suspensa, conforme art. 151, inciso III, do Código Tributário Nacional².

PRELIMINARMENTE: DA NULIDADE DO AUTO DE INFRAÇÃO.

Diz que de forma preliminar, compete mencionar que o auto de infração em tela não merece provimento, imperando-se por sua nulidade.

Afirma ser nítido que, com base na descrição da infração, que se trata de imputação totalmente genérica e desprovida de maiores explicações, sendo que sequer a nota explicativa colacionada no auto de infração comporta clareza sobre o ocorrido. De mesmo modo, cumpre salientar que o processo de fiscalização que embasou a presente atuação é precário e carece da documentação necessária a comprovar as omissões retromencionadas, assim como, é imperativo que a descrição das infrações não fórmula de forma específica o ato cometido, ocasionando, inclusive, cerceamento do direito de defesa, vez que o contribuinte não consegue determinar ao certo as infrações que lhe são imputadas, na forma do art. 142, do CTN.

Menciona que, além da notória deficiência técnica e formal do auto de infração, há que se mencionar que, quanto à infração de embaraço à fiscalização, não há qualquer comprovação de que o contribuinte foi devidamente notificado para apresentar documentos, sendo que tal fato prescinde da competente comprovação, a fim de tornar o processo administrativo transparente e impedir a imputação de infrações fundadas em impropriedades de fato ou de direito.

Destaca a imprescindibilidade da aplicação do devido processo legal (due process of Law) no âmbito administrativo, com aplicação dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que são assegurados à efetivação do Direito e de seus princípios basilares, conforme art. 5º, LV da Constituição Federal, não sendo possível a Administração Pública a lavratura de ato de infração que impossibilite o pleno direito de defesa do contribuinte, deixando de formular, de forma específica, os elementos essenciais da aplicação da penalidade pecuniária por descumprimento de obrigação acessória.

Afirma ser nítido da análise do auto de infração impugnado que a descrição da infração não contempla o ato omissivo ou comissivo praticado pelo contribuinte, deixando de esclarecer a origem da infração, sendo evidente o grave potencial lesivo ao direito de defesa do contribuinte a ofensa ao devido processo legal. Dessa forma, os lançamentos devem contar com a devida clareza, restando nulo o auto de infração vergastado, dado que deixa de informar os dados necessários à ampla defesa do contribuinte, cerceando a plena defesa, fl. 28.

Afirma que o presente auto de infração não possui validade jurídica, razão pela qual merece ser declarado nulo, não havendo que se falar em constituição do crédito tributário.

DAS IMPROPRIEDADES DA AUTUAÇÃO.

Inicialmente, destaca-se que a empresa Impugnante foi autuada pela fiscalização da Superintendência de Administração Tributária em razão da constatação de suposta infrações relativas a Recolhimento a menor o ICMS em razão de erro na determinação do valor da parcela

sujeita a dilação de prazo prevista pelo Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica do Estado da Bahia - Desenvolve, ocasionando no auto de infração vergastado.

Destaca, de início, que ele possui diversos erros de fatos e equívocos, tendo em vista que possuía o benefício fiscal, o qual não ensejaria na lavratura dos autos de infração.

Destaca que no ano de 2006 conseguiu o deferimento de benefício fiscal através da Resolução nº 76 de 2006 [Cf. Anexo 02] que inseriu a Requerente no Programa de Desenvolvimento Industrial e de Integração Econômica o Estado da Bahia - Desenvolve. Vejamos o "*print*" da referida Resolução que concedeu o benefício, fl. 29.

Menciona que, à título de registro, pode-se extrair da referida resolução, benefícios concedidos que menciona à, fl. 29.

Observa ainda, que o benefício foi concedido por um prazo de 12 (doze) anos para, tendo início no dia 01/10/2006. Conforme "*print*" do art. 2, da r. resolução que menciona o prazo de fruição, fl. 30.

Menciona que obteve do Governo do Estado da Bahia, quando da sua instalação, os benefícios fiscais do Desenvolve, conforme Resolução nº 76/2006, DOE, 07 e 08/10/2006, onde resumidamente, beneficiou-se da dilação de prazo de 72 meses para pagamento do saldo devedor do ICMS, conforme estabelecido na Classe I. da Tabela I, anexa ao regulamento do Desenvolve, nas operações de saídas de papel higiênico e derivados de papel, por ela produzidos, com TJLP sobre cada parcela do ICMS com prazo de pagamento dilatado, bem como, Diferimento do lançamento do ICMS nas importações de bens do exterior e nas aquisições neste Estado, ou o DIFAL, do ativo fixo, como também, Diferimento do retro referido imposto estadual nas aquisições internas de matérias primas, conforme Resolução Desenvolve nº 022/2014.

Frisa que considerando tais fatores, principalmente a concessão de benefício pelo prazo de 12 anos, tendo como data final o mês de outubro de 2018, deixa nítido que o presente auto de infração nº 2810770016/21-8 não POSSUÍ qualquer fundamento que o em base, considerando que os anos pleiteados no auto de infração são referentes ao período entre 2017 e 2018, lapso temporal inserido no tempo da concessão do benefício fiscal na Classe I, inclusive com o percentual de ICMS incentivado de 90%.

Afirma desconhecer, o Governo da Bahia realocou em 2016 o benefício da Classe I para Classe II, sem lhe prestar qualquer notificação ou justificativa, tendo conhecimento em momento posterior da Resolução n. 066/2016. Diante de tal fato, presumisse que o motivo do fisco lançar tal auto de infração tenha sido por conta da r. alocação de classe em 2016 e pelo fato da empresa ao mesmo tempo ainda considerava, para fins de pagamento, os benefícios outorgados a ela até o ano de 2018, ocasionado a infração ora impugnada.

Assinala que, a fiscalização considerou em seus cálculos as regras atinentes à Classe II do Benefício do programa Desenvolve, enquanto a empresa contribuinte ainda possuía o benefício fiscal na Classe I, resultando na lavratura indevida do referido Auto de Infração. Dessa forma, prontamente se constata o quanto o auto de infração está prejudicado, pois como poderia o fisco sem qualquer procedimento administrativo, notificação ou justificativa da retirada do Impugnante do benefício fiscal Classe I, para a Classe II, inclusive principalmente por existir a Resolução nº 76 de 2006 que estabelece plenamente o direito a concessão do benefício classe I por 12 anos.

Salienta que o Auto de Infração não dispõe de elementos suficientes para rechaçar à defesa da empresa Impugnante, vez que sequer leve em consideração a Resolução nº 76 de 2006, restringindo-se apenas à informação de que haveria pretensa diferença e erro da parcela Incentivada de 2017 e 2018.

Ressalta que já havia protocolado pedido de prorrogação do benefício, objetivando estender os efeitos para além do ano de 2018.

Assevera ser latente a imprescindibilidade da aplicação do devido processo legal (due process of Law) no âmbito administrativo, com a incidência dos princípios do contraditório e da ampla defesa, que são assegurados à efetivação do Direito e de seus princípios basilares, conforme art. 5º, LV, da Constituição Federal, não sendo possível à Administração Pública a lavratura de auto de infração que impossibilite a aplicação pleno direito do contribuinte constituído através da Resolução nº 76 de 2006, deixando de apresentar, de forma específica, os elementos essenciais que ensejam a aplicação de penalidades. Nesse sentido, tem-se que o referido auto de infração não possui validade jurídica, razão pela qual merece ser declarado nulo.

Afirma não vislumbrar justificativa plausível para a manutenção da autuação, restando comprovado que a empresa Impugnante gozava do benefício fiscal Classe I do Programa Desenvolve nos anos de 2017 e 2018, fato constatado pela Resolução nº 76, de 2006, expressando seus direitos de forma consistente e dentro dos moldes normativos.

Salienta que a Administração Pública deve atuar de forma vinculada, não podendo imputar à Autuada sanção sem qualquer base lógico-normativa, o que acarreta, inexoravelmente, a supressão do direito de defesa. Nesse sentido, tem-se que a supremacia dos princípios é permanente e imutável, os princípios do contraditório e da ampla defesa em nosso ordenamento jurídico são cláusulas pétreas da Constituição, dispostos em seu art. 5º, LV, fl. 32.

Pondera ser notório que o auto de infração instaurado em face da empresa Impugnante, houve flagrantes violações ao direito, sendo este nulo de pleno direito, pois não foi oportunizado o escoado direito ao contraditório e ampla defesa desde sua origem, em violação ao art. 2º, caput da Lei 9784/99 e art. 5º, inciso LIV e LV, da Constituição Federal.

Diz que oportunamente, como presente na redação constitucional, a Lei nº 9.784/1999 (Lei do Processo Administrativo), estabeleceu, de forma expressa, que o processo administrativo é regido, entre outros, pelo princípio do contraditório, senão vejamos o art. 2º, da referida lei, fl. 32.

Afirma ser notória a improcedência do auto de infração vergastado, tendo em vista que o mesmo foi formulado de forma viciosa, ocasionando a sua nulidade, assim como o mesmo não condiz com a realidade fática, sendo a infração mencionada distante da realidade em que a balança se apresenta.

SUBSIDIARIAMENTE, DA NECESSÁRIA REDUÇÃO DO PERCENTUAL DA MULTA.

DO CARÁTER CONFISCATÓRIO DA RESPECTIVA MULTA DE 60%.

Destaca a aplicação de multa por infração deflagra claro efeito confiscatório, urgindo mencionar entendimentos do próprio STF que colaciona à fl. 33.

Frisa que no Agravo Regimental 675701 SP, o Supremo Tribunal Federal entendeu que multa de 20% (vinte por cento) do valor do tributo não é confiscatória, motivo pelo qual, através de uma interpretação simples e lógica, conclui-se que um valor idêntico ao valor principal, traduz-se sim em flagrante multa confiscatória.

Afirma não serem poucos os acórdãos dos nossos Tribunais Regionais Federais e Tribunais de Justiça que, com respaldo nos Tribunais Superiores, entendem por confiscatórias as multas neste importe, nestes casos exemplificadas com casos semelhantes, inclusive reduzindo-se para 20%, fls. 33 e 34.

Pleiteia que no caso de não prosperarem os pleitos anteriores, que seja reduzida a multa aplicada aos limites da jurisprudência pátria, precipuamente da nossa Corte Constitucional, isto é, 20%.

Conclui requerendo:

- a) A suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ante ao efeito suspensivo atribuído à presente impugnação administrativa em face do auto de infração;
- b) Preliminarmente, declarar pela nulidade do Auto de Infração, tendo em vista a

precariedade da descrição da infração, assim como, em razão dos vícios;

e) Que seja o Auto de Infração nº 2810770013/21-9 vergastado seja julgado improcedente, ante à flagrante nulidade decorrente do fato que a empresa estava gozando dos benefícios fiscais Classe I - Desenvolve até o ano de 2018, e que tal realocação de classe foi em total desacordo com o princípio do devido processo legal, disposto no art. 5º, LV da Constituição Federal, e com o disposto no art. 142, do CTN, sendo nítida a lúdima conduta da empresa autuada.

d) Entendendo pelo não acolhimento do pleito postulado, requer, de forma subsidiária, que seja reduzida a multa aplicada aos limites da jurisprudência pátria, precipuamente da nossa Corte Constitucional, isto é, 20%.

A Autuante presta informação fiscal às fls. 73 e 74, articulando os seguintes argumentos.

Destaca que o Autuado alegando que a descrição das infrações indicadas no Auto de Infração é genérica e desprovida de maiores explicações para esclarecer o débito exigido pelo fisco estadual solicita nulidade. Afirma que o Autuado ainda em sua defesa que não há qualquer comprovação de que o Autuado foi notificado para apresentar documentação para impedir a imputação das infrações.

Afirma que alegações não devem prosperar. As descrições das infrações são claras e objetivas, com a determinação de todos os elementos exigidos na legislação tributária do ICMS.

Informa que foi solicitado ao Autuado previamente a lavratura do Auto de Infração esclarecimentos e/ou apresentação de documentos que comprovasse eventuais improcedências das infrações objeto desta autuação inclusive advertido da exigência das mesmas através de Auto de Infração (anexo e-mail- Irregularidades Apuradas).

Assevera que a ampla defesa foi assegurada conforme TERMO_CIENCIA_DT-e AUTO DE INFRAÇÃO_281077001321 e TERMO_CIENCIA_DT-e TERMO DE INÍCIO DE FISCALIZAÇÃO_150264221.

Frisa que no item IV – Da Improriedade da Autuação, da sua defesa, contesta uma infração referente ao Recolhimento a menor (Programa Desenvolve) que não é objeto desta autuação, portanto, não deve ser considerado.

Registra que, por fim, solicita a redução da multa, porém a multa foi aplicada conforme previsão legal, não lhe cabendo atender à solicitação pretendida.

Conclui mantendo a autuação por ser de justiça.

O Autuado apresenta manifestação às fls. 88 a 97, repetindo todos os argumentos articulados em sede de defesa.

Essa 3ª JJF em diligência à fl. 131, solicitando que a Autuante acostasse aos autos e fornecesse cópia de todos os demonstrativos analíticos que resultaram nos demonstrativos sintéticos acostados aos autos. Deverá constar na intimação do Autuado, cópia desse pedido de diligência e a expressa informação da reabertura do prazo de defesa de sessenta dias.

O Autuante presta conclusão de diligência à fl. 136, informando que todos os demonstrativos analíticos que resultaram nos demonstrativos-sintéticos foram devidamente acostados aos autos, na fl. 19, em mídia digital - CD (Demonstrativos 01 a 07).

Destaca que todos os Demonstrativos (sintéticos e analíticos) de cada infração objeto desta autuação foram acostados aos autos e fornecido as devidas cópias ao autuado. Ao acessar a mídia digital - CD colacionada à fl. 19, pode-se constatar que para cada uma das infrações existe um demonstrativo, em planilhas do excel, composto de duas abas, em uma das abas contém o Resumo do débito, um demonstrativo sintético, e na outra aba contém a lista de notas fiscais eletrônicas que geraram o débito, um demonstrativo analítico. Na aba “Lista de notas fiscais”, demonstrativo analítico, constam todos os elementos necessários à identificação de cada documentação fiscal eletrônico que motivaram a autuação.

Afirma que as descrições das infrações são claras e objetivas, com a determinação de todos os elementos exigidos na legislação tributária do ICMS, que tudo está devidamente demonstrado e acostado aos autos, conforme arquivos anexos, em mídia-CD, fl. 19, bem como entregue ao Autuado, vide fl. 17, e que foi assegurado o direito de ampla defesa. Todavia, por deliberação do CONSEF, vide fl. 130, deve ser reaberto o prazo de defesa de 60 dias, reenviando as cópias dos demonstrativos de 01 a 07, constante fl. 19, F em mídia digital-CD.

O Autuado apresenta manifestação às fls. 142 a 146, reprisando todos os seus argumentos articulados anteriormente.

A Autuante presta nova informação fiscal à fl. 155, destacando que o Impugnante reitera os argumentos já apresentados em sua defesa anteriormente, sem trazer quaisquer novos documentos ou informações que possam justificar a modificação da autuação fiscal em questão.

Diante disso, assevera que mantém a autuação, com a devida ratificação dos valores e penalidades aplicadas, conforme estabelecido nos autos

Constam às fls. 162 a 167, extrato gerado pelo INC-SEFAZ do parcelamento integral do débito objeto da presente autuação deferido.

VOTO

O presente lançamento de ofício constitui-se de sete infrações à legislação do ICMS baiano arrolada pela fiscalização e objeto de defesa por parte da empresa autuada.

No que diz respeito aos aspectos formais, constato que a Autuante, descreveu a infração cometidas, apontando a conduta praticada pelo contribuinte, os artigos infringidos, o prazo para interposição de defesa, além de indicar o sujeito passivo, tudo em conformidade com a disposição contida no art. 39 do RPAF/99.

Dessa forma, concluo que ao Autuado foi garantida a ampla defesa, que exerceu livremente o exercício do contraditório, inexistindo no auto de infração qualquer das hipóteses previstas no art. 18, do RPAF-BA/99 que ensejasse sua nulidade.

No mérito, o presente lançamento imputa ao sujeito passivo o cometimento de sete infrações à legislação do ICMS baiano, na forma discriminada no preâmbulo do relatório.

O Autuado parcelou integralmente o valor da exação objeto do presente Auto de Infração conforme deferimento constante do extrato gerado pelo INC-SEFAZ acostado às fls. 162 a 167.

O art. 99, do RPAF-BA/99, assim dispõe:

“Art. 99-A. Os sujeitos passivos poderão pleitear a liquidação em parcelas de débitos tributários em atraso, exigidos com base em Auto de Infração, Notificação Fiscal, Débito Declarado ou Denúncia Espontânea.

§ 1º O pedido de parcelamento produzirá os seguintes efeitos:

I - confissão irretratável e irrevogável do débito fiscal;

II - renúncia a qualquer ação judicial, defesa ou recurso administrativo ou judicial, bem como desistência dos já interpostos, implicando em renúncia ao direito de discutir o crédito tributário;

(...)”

Logo, claramente se depreende do dispositivo regulamentar supra reproduzido que **o pedido de parcelamento constitui confissão irretratável e irrevogável do débito fiscal e renúncia da defesa administrativa interposta, o que equivale a abdicar da discussão do débito tributário.**

O inciso IV, do art. 127-C, do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB estabelece que:

“Art. 127-C. Encerra-se o processo administrativo fiscal, contencioso ou não, com:

[...]

IV - a desistência da defesa ou do recurso, inclusive em decorrência da escolha da via judicial.

Assim, a desistência da defesa, em face do deferimento do parcelamento do débito integral do

Auto de Infração, situação na qual o processo deve ser encaminhado à GEARC para controle da legalidade e adoção das medidas cabíveis, inclusive, acompanhamento e execução do parcelamento do débito.

Nos termos expendidos, fica PREJUDICADA a análise do mérito da defesa, recomendando-se que sejam adotadas as medidas cabíveis, devido ao parcelamento total do lançamento de ofício objeto do presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADA** a análise do mérito da defesa apresentada, referente ao Auto de Infração nº 281077.0013/21-9, lavrado contra **FEX INDÚSTRIA DE PAPÉIS LTDA.**, no valor de **R\$ 108.677,47**, acrescido das multas de 50%, sobre R\$ 32.773,00, 60%, R\$ 70.764,83, e de 100%, sobre R\$ 5.139,64, previstas, nas alíneas “a”, dos incisos VII e II, I e III, do art. 42, da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais, diante da renúncia à discussão da lide, em razão da propositura de parcelamento integral do débito fiscal, devendo-se o PAF ser remetido à GEARC para controle e acompanhamento do parcelamento, recomendando-se que sejam adotadas as medidas cabíveis.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 26 de novembro de 2024.

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA - PRESIDENTE

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - RELATOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA