

A.I. Nº - 279459.0029/17-0
AUTUADO - RN COMÉRCIO VAREJISTA S/A
AUTUANTE - FERNANDO ANTÔNIO CÂNDIDO MENA BARRETO
ORIGEM - IFMT METRO
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 08.01.2021

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO Nº 0434-06/20VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL UTILIZAÇÃO ANTECIPADA. Utilização de crédito fiscal de ICMS a maior que o autorizado em processo de restituição. Imputação fiscal inadequada vez que o Processo autorizativo nº 3736388220148 (Parecer nº 267/2017), efetivamente trata da apropriação de crédito extemporâneo. Processo de restituição de indébito fiscal e processo de autorização para apropriação do crédito extemporâneo, não se confundem e possuem regramentos específicos e distintos. Evidenciada, no caso concreto, ofensa ao art. 18, II e IV, “a” do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), ante a insegurança na determinação da infração cometida, comprometendo os princípios do contraditório e da ampla defesa. Representação à autoridade competente para renovação do procedimento fiscal a salvo de falhas na forma do art. 21 do mesmo diploma legal. Auto de Infração **NULO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração lavrado em 31/10/2017, para exigir crédito tributário no valor histórico de R\$335.678,98 (trezentos e trinta e cinco mil, seiscentos e setenta e oito reais e noventa e oito centavos), com a seguinte imputação:

INFRAÇÃO 01 – 01.03.10 - Utilizou crédito fiscal de ICMS a maior que o autorizado em processo de restituição. Pelo parecer autorizativo de nº 267/2017, o contribuinte teria que se creditar pelos próximos 59 meses e, no entanto, lançou o valor integral do processo em livro de apuração do ICMS. Fato gerador ocorrido no mês de janeiro de 2017. Enquadramento legal: art. 33 da Lei nº 7.014/96 c/c arts. 74; 75, I e 78, do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99. Multa de 60% prevista no art. 42, VII, “a” da Lei nº 7.014/96.

O Contribuinte foi notificado do Auto de Infração, por meio de AR (Aviso de Recebimento) em 23/11/2017 e ingressou tempestivamente com defesa administrativa em 09/01/2018, peça processual que se encontra anexada ao PAF às fls. 24/62. A impugnação foi formalizada através de petição subscrita por seu representante legal, o qual possui os devidos poderes, conforme instrumento de procuração constante nos autos às fls. 63.

Na peça impugnatória, a Impugnante registra que constitui sociedade empresária que se dedica, primordialmente, às atividades de “comércio varejista de eletrodomésticos, equipamentos de áudio e vídeo, de telefonia e comunicação” e que foi surpreendida com autuação promovida pelo Fisco, que a autuou por utilizar antecipadamente crédito fiscal de ICMS, exigindo pagamento no valor de R\$335.678,98, referente ao período de 07/2016 a 07/2017.

Destaca que a autoridade fiscal se respaldou nos artigos: 33 da Lei nº 7.014/96; 73; 74; 75, I e 78, todos do RPAF/BA; e; 42, VII, “a”, da Lei nº 7.014/96; para fundamentar a suposta infração cometida, bem como a aplicação da multa de 60%, constantes do Auto de Infração em lide. Transcreve os dispositivos citados.

Preliminarmente, argui a nulidade do Auto de Infração em discussão, alegando que este foi lavrado em desconformidade com as regras do ato de lançamento do crédito tributário, e que fere os princípios do contraditório e da ampla defesa, sendo, em sua opinião, absolutamente nulo por estes motivos. Para corroborar o seu entendimento, invoca os artigos 5º, inciso LV, da Constituição Federal e 142, do Código Tributário Nacional, os quais transcreve.

Além disso, argumenta que o instrumento de lançamento que possua defeito que configure erro de direito deverá ser totalmente anulado, não podendo ser convalidado pela autoridade julgadora, tendo em vista que o erro na subsunção do fato ao critério material da regra matriz de incidência configura a existência de erro material. Cita e reproduz o conceito de erro material concebido pelo Professor Paulo de Barros Carvalho, segundo o qual o erro de direito vem a ser um “defeito na relação da norma de incidência tributária com o ato-norma, norma concreta, que não pode ser corrigido”, e que, sendo assim, o lançamento tributário que encontra-se maculado com erro de direito é insanável.

Argumenta, também, que no caso em tela, não se identificou a observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, o que, segundo o seu entendimento, configura erro de direito, caracterizando, assim, absoluta nulidade do auto de infração.

Aduz que a autoridade fiscal realizou o lançamento do imposto, se valendo de meras presunções, o que, segundo sua opinião, não podem ser utilizadas como fundamento para o lançamento. Cita e replica a doutrina de Samuel Monteiro sobre o tema.

Salienta que não está clara a indicação dos artigos ofendidos para que se possa identificar o princípio da tipicidade e da subsunção do fato à norma, e que a infração descrita no Auto de Infração deve estar, necessariamente, associada a um evento do mundo físico, relatado em linguagem própria, e que exista ao tempo de existência da própria norma. Em outras palavras, diz que se a norma não existia no mundo jurídico, não há como aplicar seus efeitos a períodos pretéritos com o intuito de configurar uma infração.

Ressalta que questões desta natureza devem tornar nulo o Auto de Infração, pois ao descrever o comportamento supostamente irregular, de forma pretérita, não há obediência à irretroatividade da lei tributária, ainda mais quando utilizada para piorar a situação do contribuinte.

Argumenta, ainda, que, no caso em lide, não houve qualquer menção à norma infringida, elemento este essencial para a constituição do crédito tributário, reafirmando, assim, a nulidade do Auto de Infração em análise.

Além dos pontos já mencionados, argui, também, a nulidade do referido Auto de Infração sob o fundamento de haver erro em sua motivação legal.

Inicia a discussão alegando que, no caso em tela, há uma total inobservância das formalidades prescritas para os atos administrativos. Que tendo este a natureza de ato administrativo vinculado, sujeita-se aos requisitos genéricos de validade dos atos administrativos, dentre os quais se destaca a motivação, por sua grande importância para o controle de legalidade.

Afirma que é pela motivação que se confronta o ato praticado com os fatos que o originaram, verificando-se sua conformidade com o padrão comportamental legalmente imposto para aquelas situações. Cita e reproduz o art. 50, I e II e §1º, da Lei 9.784/99, que trata sobre a necessária motivação dos atos administrativos.

Argumenta que, para que seja cumprido o requisito da motivação, devem ser explicitamente demonstrados os fundamentos adotados pelo fisco para a prática do ato. Em outras palavras, deve haver a congruência entre o motivo legal (norma em que se baseia o ato) e o acontecimento fático que enseja a sua aplicação. Sobre o tema, colaciona posições doutrinárias de Celso Antônio

Bandeira de Mello (Curso de Direito Administrativo, 8ª Ed., 1998, pág. 224 e segs.) e James Marins (Direito Processual Tributário Brasileiro, 4ª Ed. Fl. 186).

Afirma que o Auto de Infração ora combatido aplicou normas genéricas a fatos específicos sem sequer demonstrar a relação do fato à norma de maneira suficiente para fundamentar a lavratura do auto de infração.

Diz que, para que fosse satisfatoriamente cumprido o requisito da motivação dos atos administrativos, o auto de infração em lide deveria elucidar porque, à luz da legislação vigente, a Impugnante seria responsável pelo pagamento da obrigação tributária em questão, e que, apenas assim, haveria a congruência entre o acontecimento fático (não recolhimento de imposto supostamente devido) e o motivo legal do ato (normas de incidência do fato gerador). Mas que, todavia, o relatório fiscal adotou como razão de materializar o fato tributante apenas os artigos 73 e 74 do RPAF/BA, agindo, pois, em desconformidade com o que prescreve a sistemática da norma tributária que orienta a atividade administrativa de lançamento.

Diante disso, aponta um suposto descompasso entre a situação fática descrita pela autoridade fiscal e a fundamentação legal por ele invocada, colacionando ementa do Acórdão nº 108-09705 que emanou o entendimento do E. Conselho de Contribuintes do Ministério da Fazenda.

Na esteira deste entendimento, afirma que a exigência da correta e completa descrição dos fatos, bem como da perfeita tipificação legal, faz-se necessária em face dos "Princípios da Segurança Jurídica, Contraditório e da Ampla Defesa", sem cuja observância resta comprometido o ato praticado, já que a referida exigência tem por objetivo possibilitar, ao contribuinte, averiguar se os acontecimentos subsumem-se à hipótese legalmente prevista, constituindo, em sua opinião, questão relevante para a defesa em processos administrativos.

Nesse passo, salienta que também não se coaduna com os princípios acima mencionados a possibilidade de a Administração inovar, no curso do processo, na motivação do lançamento, pretendendo a sua manutenção, situação em que se constituiria cerceamento de defesa e insegurança jurídica, uma vez que se retiraria do cidadão a possibilidade de contestar o juízo administrativo atinente à incidência da norma legal sobre os fatos, limitando-se, desta forma, o âmbito de sua defesa possível à matéria puramente fática.

Ultrapassadas as questões de nulidade suscitadas, a Impugnante adentra a análise do mérito aduzindo ser inconstitucional a multa aplicada pela autoridade fiscal, pelos seguintes motivos:

- a) a multa isolada não pode elevar-se a 60% do valor do imposto não recolhido da operação subjacente, sob pena de ofensa ao princípio do não-confisco tributário;*
- b) mesmo que a multa não fosse confiscatória - o que induziria à inconstitucionalidade da lei que a comina - seria necessária, in casu, a sua redução a valor correspondente à gravidade da infração da Impugnante, por razões de equidade (CTN, art. 108, IV).*

No tocante ao suposto efeito confiscatório da multa aplicada, a Autuada invoca o artigo 150, IV, da Constituição Federal, que afirma o seguinte:

Art. 150. Sem prejuízo de outras garantias asseguradas ao contribuinte, é vedado à União, aos Estados, ao Distrito Federal e aos Municípios:

(...)

IV - utilizar tributo com efeito de confisco.

Esclarece que, apesar de referir-se a tributo, o dispositivo aplica-se igualmente às multas pelo descumprimento das obrigações tributárias principais e acessórias, as quais - em caso de excesso - devem ser reduzidas a valores razoáveis pelo julgador administrativo ou pelo Judiciário, colacionando uma série de jurisprudências revelando o entendimento do STF, bem como da

doutrina brasileira, acerca da natureza confiscatória de tributos e multas aplicadas em desequilíbrio face à infração cometida.

Argumenta que o legislador constitucional inseriu garantias, ao contribuinte, que os entes políticos, no exercício constitucional do poder de tributação, devem respeitar primordialmente, isto porque a norma tributária constitucional evita a ocorrência de uma tributação arbitrária por parte dos entes públicos, na ânsia de encherem seus cofres.

Diz que, nesse sentido, a norma tributária contida no inciso IV do art. 150, da CF/1988, estabelece o princípio do não-confisco no exercício da atividade tributária dos entes políticos, evitando, assim, conflitos e abusos que extrapolem a órbita da legalidade, porquanto sua “eficácia principiológica é direta e imediata, não dependendo de lei para sua aplicação”.

Declara, ainda, que o legislador tributário indicou, no artigo 113, §1º, do Código Tributário Nacional, que a penalidade pecuniária, embora não seja tributo, constitui parte do núcleo da obrigação tributária principal “ao lado daquele, porquanto se submete às mesmas regras do devido processo legal tributário”.

Afirma que o contribuinte que não pratica atos com dolo, fraude ou simulação, mas apenas adota determinada interpretação da legislação tributária ou qualificação jurídica dos fatos que o levam a pagar tributo em desacordo com a posição, posteriormente adotada pela Fazenda Pública no ato do lançamento, não realiza conduta mais grave e reprovável do que aquele que deliberadamente paga em atraso o tributo que entende ser devido, ou ainda, quando o contribuinte deixa de pagar o tributo mediante dolo, fraude ou simulação, condutas essas portadoras de maior gravidade e reprovabilidade de acordo com sua definição legal. Em outras palavras, a gravidade da conduta acaba deixando de ser parâmetro para a aplicação de multa, ocasionado um tratamento indiscriminado de contribuintes de boa-fé e de contribuintes sonegadores.

Desse modo, declara não subsistir fundamento que possa embasar a conduta do Fisco de perpetrar uma multa de 60% sobre o valor do imposto não recolhido, estando, o combatido auto de infração, carregado de vício e de ilegalidade, porquanto não podem as multas tributárias serem aplicadas sem critério razoável à conduta do contribuinte, porquanto a relação entre a conduta cometida e a aplicação da multa é uma obrigação que o Fisco deve necessariamente observar.

Afirma, assim, que a autoridade fiscal agiu de forma despicienda na configuração do lançamento do débito tributário materializado no auto de infração em epígrafe, tendo em vista que, possuindo os aparatos para realização de todos os procedimentos aferíveis a demonstrar a situação fiscal da Impugnante, não o fez, agindo, pelo contrário, de maneira fiscalista em atropelo à legislação.

Sendo assim, entende que cumpre a este egrégio Órgão Julgador o cancelamento da multa isolada, porquanto não ocorreu nenhum prejuízo ao erário público, lembrando que, em caso de dúvidas, prevalece a interpretação mais favorável ao contribuinte, conforme previsto no artigo 112, do Código Tributário Nacional, o qual transcreve.

Ademais, ultrapassada a questão do efeito confiscatório da multa aplicada pela autoridade fiscal no Auto de Infração em lide, passa a Impugnante a defender a sua redução a valor razoável por força da equidade, argumentando que mesmo que a multa isolada 60% do valor do crédito fiscal não fosse considerada intrinsecamente inconstitucional, impor-se-ia, no caso vertente, a redução da penalidade para patamar razoável.

Afirma, a Impugnante, que a multa se revela ainda mais descabida quando o seu valor é desmesurado, e que, como reconhecem a doutrina e a jurisprudência administrativa e judicial, se não for de todo excluída, a penalidade deve ser reduzida a valor módico, servindo como medida de caráter pedagógico.

108, IV, do CTN, e que serve de contraponto à pretensa objetividade dos ilícitos fiscais.

Afirma ainda que a vedação do §2º do referido artigo, segundo o qual o “emprego da equidade não poderá resultar na dispensa do pagamento de tributo devido”, não abrange as penalidades, em atenção ao princípio "*benigna amplianda, odiosa restringenda*".

Sobre os temas confisco, equidade e redução da multa agrega também uma série de posições da doutrina e decisões dos tribunais superiores.

Diante de toda a argumentação apresentada, finaliza afirmando que caso a multa por descumprimento de obrigação acessória não seja reduzida a valor correspondente à gravidade da infração, a referida penalidade há que ser reduzida a patamares razoáveis em função da equidade (CTN, art. 108, IV), ante a manifesta injustiça da exigência de tal vulto pela prática de infração formal que não causou qualquer dano ao Estado da Bahia, devendo, segundo a Impugnante, a multa ser reduzida de 60% para 5% por todo o período de autuação.

Requer, finalmente, que a Impugnação seja conhecida e provida para:

- a) *acolhendo-se a preliminar suscitada, reconheça a nulidade do Auto de Infração em função de ausência de motivação / erro da fiscalização; ausência de capitulação legal;*
- b) *acaso ultrapassadas as questões preliminares, cancelar o combatido Auto de Infração, em razão da ilegitimidade da cobrança da inconstitucionalidade da multa isolada imposta, em face do princípio do não-confisco, bem como necessidade de sua redução, por razões de equidade, uma vez que a imposição de multa ultrapassou os limites do princípio da legalidade tributária e da capacidade econômica do contribuinte.*

Em Informação Fiscal de fls. 79, o Autuante, explica que, conforme planilha de cálculos anexa ao PAF, apurou que a Impugnante, mediante Processo autorizativo nº 3736388220148 – Parecer 267/2017, foi autorizado a se apropriar do crédito extemporâneo no prazo de 59 meses, em parcelas mensais de R\$6.713,58, tendo, no entanto, realizado o creditamento no valor total de R\$396.101,20, no mês de janeiro de 2017.

Aduz que glosou apenas o valor de R\$335.678,98, tendo em vista o abatimento do valor de R\$60.422,22, o qual a Impugnante teve direito de utilizar já que correspondia às parcelas de janeiro a setembro de 2017.

Fundamentou seu posicionamento no artigo 33, da Lei 7014/96, e no artigo 315, §3º, do RICMS/2012 (Decreto nº 13.780/2012), que respectivamente preveem:

Art. 33. Serão restituídas, no todo ou em parte, as quantias relativas ao imposto, multas e demais acréscimos legais recolhidos indevidamente, consoante a forma estabelecida em regulamento, observados os prazos de prescrição e decadência.

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da partição fazendária da circunscrição do contribuinte.

§ 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

Ao final, ratifica e solicita procedência para a infração em comento.

Na assentada de Julgamento, em sessão de 19/06/2018, a 5ª JF, observando que na descrição da Infração 01 – 01.03.10 (fls. 01) o Autuante se refere a “... crédito fiscal de ICMS a maior que o autorizado em processo de restituição” (GN) e não a processo de autorização para apropriação do crédito extemporâneo, conforme efetivamente trata o Processo autorizativo nº 3736388220148 – Parecer 267/2017, em respeito ao princípio da garantia de ampla defesa e do contraditório, decidiu converter o PAF em diligência à IFEP COMÉRCIO, para que o Sujeito Passivo fosse cientificado do teor da Informação Fiscal de fls. 79 e da diligência, reabrindo-se o prazo de defesa (60 dias) para o

mesmo se manifestar, querendo, na dicção dos arts. 123, 138, §1º e 146 do RPAF/BA - Decreto nº 7.629/1999 c/c o art. 329 do novo CPC – Lei nº 13.105/2015 abaixo transcrito.

“NOVO CPC (LEI Nº 13.105/2015)

(...)

Art. 329. O autor poderá:

I - até a citação, aditar ou alterar o pedido ou a causa de pedir, independentemente de consentimento do réu;

II - até o saneamento do processo, aditar ou alterar o pedido e a causa de pedir, com consentimento do réu, assegurado o contraditório mediante a possibilidade de manifestação deste no prazo mínimo de 15 (quinze) dias, facultado o requerimento de prova suplementar.

Parágrafo único. Aplica-se o disposto neste artigo à reconvenção e à respectiva causa de pedir.

(...)”

Intimado em duas oportunidades, com tomada de ciência respectivamente em 31/07/2019 e 20/11/2019, conforme fls. 91 e 106 do PAF, não tendo o contribuinte não se manifestado.

VOTO

O Auto de Infração em lide totalizou o valor principal de R\$335.678,98 (trezentos e trinta e cinco mil, seiscentos e setenta e oito reais e noventa e oito centavos) e é composto de 01 (uma) Infração, detalhadamente exposta no Relatório acima, o qual é parte integrante e inseparável deste Acórdão.

Preliminarmente registro que na dicção do art. 2º do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), a instauração, o preparo, a instrução, a tramitação e a decisão do processo administrativo são regidos pelos princípios da verdade material, da legalidade, da ampla defesa e do devido processo legal.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

(...)”

Por sua vez, o art. 142 do CTN (Lei nº 5.172/1966), vincula a atividade fiscal às normas estabelecidas pela legislação tributária vigente, devendo a autoridade fiscalizadora agir nos estritos termos da legislação ao efetuar o lançamento do crédito tributário.

“CTN - LEI Nº 5.172/1966

(...)

Art. 142. Compete privativamente à autoridade administrativa constituir o crédito tributário pelo lançamento, assim entendido o procedimento administrativo tendente a verificar a ocorrência do fato gerador da obrigação correspondente, determinar a matéria tributável, calcular o montante do tributo devido, identificar o sujeito passivo e, sendo caso, propor a aplicação da penalidade cabível.

Parágrafo único. A atividade administrativa de lançamento é vinculada e obrigatória, sob pena de responsabilidade funcional.

(...)”

Destaco ainda que o art. 20 do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99) expressamente determina que a nulidade seja decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

“RPAF/BA - Decreto nº 7.629/99

(...)

Art. 20. A nulidade será decretada, de ofício ou a requerimento do interessado, pela autoridade competente para apreciar o ato.

(...)"

Após análise dos elementos que compõem o presente PAF, constato a existência de vícios jurídicos intransponíveis, relacionados à legalidade do lançamento, sobre os quais passo a dissertar.

No caso em exame, constato que: (i) na descrição da Infração 01 - 01.03.10 (fls. 01) o Autuante se refere a "... crédito fiscal de ICMS a maior que o autorizado em processo de restituição" (GN); (ii) o Processo nº 3736388220148 - Parecer 267/2017, efetivamente trata de autorização para apropriação de crédito extemporâneo e não de restituição de indébito fiscal; e (iii) como consequência da descrição equivocada da infração os dispositivos indicados como infringidos, quais sejam os artigos 73 , 74 e 75, inciso 1, e 78 todos do RPAF/BA, também o foram.

Verifico que restituição de indébito fiscal e autorização para apropriação do crédito extemporâneo são institutos que não se confundem e possuem regramentos específicos e distintos. A saber:

RESTITUIÇÃO DE INDÉBITO FISCAL

"RPAF/BA – DECRETO Nº 7.629/1999

(...)

Art. 73. Serão restituídas, no todo ou em parte, a quem provar haver assumido o encargo financeiro do tributo ou estiver expressamente autorizado por quem tiver suportado o ônus financeiro correspondente, as quantias pagas indevidamente relativas a tributo ou penalidade, observados os prazos de prescrição e decadência.

(...)

§ 5º A restituição de tributo ou penalidade autorizada pelo fisco ou nos termos do art. 78 deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que ocorreram os pagamentos indevidos.

(...)

Art. 74. A restituição de tributo estadual, seus acréscimos ou multa, em razão de recolhimento a mais ou indevido, dependerá de petição dirigida à autoridade competente, nos termos do art. 10, através do órgão local, contendo, ainda:

I - indicação do valor da restituição pleiteada;

II - indicação do dispositivo legal em que se funde o requerimento, e prova de nele estar enquadrado;

III - cópia do documento relativo ao recolhimento a mais ou indevido;

(...)

Art. 75. A restituição do indébito será feita:

I - mediante autorização do uso de crédito fiscal, tratando-se de devolução de ICMS a contribuinte do imposto;

(...)

Art. 78. Tratando-se de valores relativos ao ICMS, uma vez formulado o pedido de restituição e não havendo deliberação no prazo de 90 (noventa) dias, contado da protocolização do pedido, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do valor objeto do pedido.

Parágrafo único. Na hipótese deste artigo, sobrevindo decisão contrária irrecurável, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

(...)"

AUTORIZAÇÃO PARA APROPRIAÇÃO DO CRÉDITO EXTEMPORÂNEO

"RICMS/BA - DECRETO Nº 13.780/2012

(...)

Art. 315. A escrituração do crédito fora dos períodos de que cuida o art. 314 dependerá de autorização do titular da repartição fazendária da circunscrição do contribuinte.

§ 1º Formulado o pedido de autorização para escrituração extemporânea de crédito e não havendo deliberação no prazo de 180 (cento e oitenta) dias, contado da sua protocolização, o contribuinte poderá creditar-se, em sua escrita fiscal, do respectivo valor;

§ 2º Sobrevindo decisão contrária ao pleito, o contribuinte, no mês da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

§ 3º A escrituração dos créditos autorizada pelo fisco ou nos termos do § 1º deste artigo deverá ser realizada em tantas parcelas mensais, iguais e consecutivas, quantos tenham sido os meses em que o contribuinte deixou de se creditar.

(...)"

Entendo que tal discrepância entre a descrição da infração que se reporta a "... processo de restituição" e a verdade material dos fatos que se refere a "... processo de autorização para apropriação do crédito extemporâneo" caracteriza vício jurídico intransponível que enquadra o Auto de Infração em lide nas hipóteses de nulidade previstas no art. 18, II e IV, "a" do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, por comprometer os princípios do contraditório e da ampla defesa, pelo viés da insegurança na determinação da infração cometida, não sendo possível, no caso em apreço, a aplicação do § 1º do art. 18, e do art. 19 do mesmo diploma legal, na medida em que a incorreção apontada não poderia ser corrigida durante a fase de instrução deste PAF, pois se assim fosse feito, estar-se-ia inovando o lançamento de ofício que lhe deu origem, procedimento este que não é permitido pela legislação em vigor.

"RPAF/BA – DECRETO Nº 7.629/1999

(...)

Art. 18. São nulos:

(...)

II - os atos praticados e as decisões proferidas com preterição do direito de defesa;

(...)

IV - o lançamento de ofício:

a) que não contiver elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração e o infrator;

(...)

§ 1º As eventuais incorreções ou omissões e a não-observância de exigências meramente formais contidas na legislação não acarretam a nulidade do Auto de Infração ou da Notificação Fiscal, desde que seja possível determinar a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, devendo as incorreções e omissões serem corrigidas e suprimidas por determinação da autoridade competente, desde que o fato seja comunicado ao sujeito passivo, fornecendo-se lhe no ato da intimação cópia dos novos elementos, com a indicação do prazo de 10 (dez) dias para sobre eles se manifestar, querendo.

(...)

Art. 19.

Julgo, portanto, por todos os argumentos acima consignados, que o Lançamento de Ofício em apreciação é nulo, conforme art. 18, II e IV, "a", do RPAF/BA (Decreto nº 7.629/99), não sendo possível adentrar no mérito da lide.

In fine, nos termos do art. 21 do mesmo diploma legal, represento à autoridade fazendária competente para que analise a possibilidade e pertinência de determinar a renovação do procedimento fiscal, a salvo das falhas apontadas, observando-se o aspecto decadencial de constituição do crédito tributário.

Por todo o exposto, voto pela NULIDADE do Auto de Infração em tela.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade julgar **NULO** o Auto de Infração nº **279459.0029/17-0**, lavrado contra a **RN COMÉRCIO VAREJISTA S/A**.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169, inciso I, alínea “a”, do RPAF-BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 18.558/18, com efeitos a partir de 20/08/18.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 14 de dezembro de 2020.

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS – JULGADOR

ANTONIO EXPEDITO SANTOS DE MIRANDA – RELATOR