

PROCESSO - A. I. Nº 2794590029/17-0
RECORRENTE - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO - RN COMERCIO VAREJISTA S.A.
RECURSO - RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 6ª JJF nº 0434-06/20-VD
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 24/01/2022

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO C.J.F. Nº 0361-11/21-VD

EMENTA: ICMS. NULIDADE. CERCEAMENTO DE DEFESA. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. FALTA DE CERTEZA E LIQUIDEZ. Constatada a incongruência entre a descrição da infração e o fato acusado. É nulo o procedimento que não atenda ao devido processo legal, que implique cerceamento de defesa. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 6ª JJF nº 0434-06/20-VD, que julgou nulo o presente Auto de Infração, lavrado em 31/10/2017, para reclamar ICMS no valor histórico de R\$ 335.678,98, em decorrência de uma única infração, descrita a seguir:

INFRAÇÃO 01 – 01.03.10 - *Utilizou crédito fiscal de ICMS a maior que o autorizado em processo de restituição.*

O Auto de Infração tem a seguinte descrição dos fatos:

“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.”

O 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, através de representante legal apresentou defesa administrativa em 09/01/2018, anexa às fls. 24/62 e procuração à fl. 63.

Em sua defesa a Autuada informa que se constitui sociedade empresária que se dedica, primordialmente, às atividades de “comércio varejista de eletrodomésticos, equipamentos de áudio e vídeo, de telefonia e comunicação”. Também informa que foi surpreendida com o Auto de Infração, 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 ainda, 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 e a aplicação da multa de 60%, constantes do Auto de Infração em lide.

Das fls. 28/37 argui a nulidade do Auto de Infração, sustentando que este foi lavrado em desconformidade com as regras do ato de lançamento do crédito tributário, ferindo os princípios do contraditório e da ampla defesa, considerando em sua opinião a autuação nula. Fundamenta seu entendimento com os artigos 5º, inciso LV da Constituição Federal e 142 do Código Tributário Nacional, transcritos em sua petição.

A autuada ainda 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.

Sustenta 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.

A autuada afirma 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.

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 subsumam-se à hipótese legalmente prevista, constituindo, em sua opinião, questão relevante para a defesa em processos administrativos.

Na análise do mérito a autuada aduz ser inconstitucional a multa de 60% aplicada pela autoridade fiscal apresentando os argumentos abaixo:

“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). ”

A autuada ainda cita o artigo 150, IV, da constituição federal abaixo transcrito:

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.

A autuada afirma 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.

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 da autuação.

Requer, finalmente, que a Impugnação seja conhecida e provida para 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. Acaso ultrapassadas as questões preliminares, cancelar o Auto de Infração, em razão da ilegitimidade da cobrança da inconstitucionalidade da multa isolada imposta, em face do princípio do não confisco, bem como a 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.

O Autuante à fl. 79, sustenta que o autuado, com base no Processo Autorizativo nº 373638822018 –

Parecer nº 267/2017, foi autorizado a se creditar do crédito extemporâneo no prazo de 59 meses em parcelas mensais de R\$6.713,58, mas uma vez pelo valor total de R\$396.101,20 no mês de Janeiro/2017.

Ainda à fl. 79 informa 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 e ratifica e solicita procedência para a infração em comento.

A 5ª JF em assentada de Julgamento, em sessão realizada nesta data, observou 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) e não a **processo de autorização para apropriação do crédito extemporâneo**, os quais não se confundem e possuem regramentos específicos e distintos; e (ii) o Processo autorizativo nº 3736388220148 – Parecer 267/2017, efetivamente trata da apropriação de crédito extemporâneo e não de restituição de indébito fiscal”*

A 5ª JF, ainda conforme fl. 87, decidiu converter o presente processo em diligência à IFEP COMÉRCIO, para que o Sujeito Passivo, seja cientificado do teor da Informação Fiscal de fl. 79 e da diligência, reabrindo prazo para defesa (60 dias) e faz devida fundamentação legal. Solicita que após cumprida a diligência e da manifestação do Autuado o PAF seja devolvido para o CONSEF para julgamento.

À fl. 93 é informado que o contribuinte não se manifestou e o PAF é remetido para julgamento do CONSEF.

A 6ª Junta de Julgamento Fiscal (JF) decidiu às fls. 118/121, pela nulidade do presente lançamento, em decisão unânime.

O relator em seu voto fundamentou seu voto conforme transcrito abaixo:

“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.”

Transcreve o artigo 18 e incisos, do RPAF/BA – DECRETO nº 7.629/1999.

Como a redução do crédito tributário foi superior a R\$200.000,00 (duzentos mil reais), a 2ª JF interpôs Recurso de Ofício com supedâneo no art. 169, I, do RPAF/99.

VOTO

É certo que o julgamento da 2ª JF (Acórdão JF nº 0434-06/20-VD), desonerou o sujeito passivo com a Nulidade do Auto de Infração, tornando inexistente o crédito tributário no valor histórico R\$ 335.678,98, fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

O presente Auto de Infração tem como objeto a utilização de crédito fiscal de ICMS a maior que o autorizado no processo de restituição, Parecer nº 267/2017, o qual permitia o crédito em 59 meses, com parcelas de R\$ 6.173,58, tendo o autuado se creditado do valor total de R\$ 396.101,20, no mês de janeiro 2017.

O Auto de Infração teve como fundamento legal o artigo 33º da Lei nº 7.014/96, c/c art. 73; art. 74; art. 75, inciso I e art. 78 do RPAF/BA, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99.

Entretanto, analisando os documentos juntados aos autos, os fatos, os argumentos trazidos pela defesa, bem como a decisão da 5ª JF, (fl. 87), que converteu o processo em diligência, constata-se que a descrição da infração trata de “processo de restituição”, não está de acordo com a verdade

material dos fatos, “processo para apropriação do crédito extemporâneo”, o que compromete o princípio do contraditório e da ampla defesa, impossibilitando o autuado de se defender de forma apropriada.

Com relação à divergência exposta acima, entende-se necessário fundamentar, que a restituição de indébito fiscal constante na descrição dos fatos está prevista no Decreto nº 7.629/99, nos artigos 73, 74 e 75, abaixo transcritos:

“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 irreversível, o contribuinte, no prazo de 15 (quinze) dias da respectiva notificação, procederá ao estorno dos créditos lançados com o pagamento dos acréscimos legais cabíveis.

(...)”

Já a Autorização para apropriação do crédito extemporâneo está prevista no RICMS/BA- Decreto nº 13.780/2012, no artigo 315, abaixo transcrito:

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.

Da leitura dos artigos acima transcritos, percebe-se que a restituição de indébito fiscal e a autorização de crédito fiscal são institutos diferentes e possuem regramentos próprios.

Considerando-se, após toda a análise feita, é nítido que a descrição dos fatos diverge do fato real, o que causa um prejuízo ao autuado em exercer o seu direito ao contraditório e à ampla defesa, caracterizando cerceamento ao direito à defesa.

A discrepância acima citada não permite a aplicação do disposto no § 1º do Artigo 18, e do artigo

19 do Decreto nº 7.629/99, abaixo transcritos, pois não se está a falar de incorreções ou omissões meramente formais:

“RPAF/BA – DECRETO Nº 7.629/1999

(...)

Art. 18. São nulos:

(...)

§ 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.”

Não sendo possível a aplicação do comando legal acima transcrito, torna-se necessário enquadrar o Auto de Infração em tela no disposto no Artigo 18 incisos II e IV, o qual prevê as hipóteses de nulidade.

Observado o prazo decadencial, é recomendada a renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada.

Assim, entendo que a Decisão recorrida se encontra devidamente estribada nas provas do presente processo, não cabendo qualquer reparo.

Do exposto, NEGÓ PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso de Ofício apresentado, e manter a Decisão recorrida que julgou **NULO** o Auto de Infração nº **2794590029/17-0**, lavrado contra **RN COMÉRCIO VAREJISTA S.A.** Recomenda-se a renovação do procedimento fiscal a salvo da falha apontada, devendo o órgão preparador encaminhar a notificação referente ao julgamento para o endereço constante na defesa, qual seja: Ave., Santos Dumont, nº 4.360- Estrada do Coco, Lauro de Freitas, BA, CEP: 42.700-000.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 13 de dezembro de 2021.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOME ARRUTY – RELATOR

VICENTE OLIVA BURATTO – REPR. DA PGE/PROFIS