

PROCESSO	- A. I. Nº 279459.0019/19-1
RECORRENTE	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECORRIDO	- BRF S.A.
RECURSO	- RECURSO DE OFÍCIO – Acórdão 2ª JJF nº 0084-02/20-VD
ORIGEM	- DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO	- 15/08/21023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0206-11/23-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. NULIDADE DO PROCEDIMENTO FISCAL. RECOMENDAÇÃO DE RENOVAÇÃO DO ATO. NULIDADE DA DECISÃO RECORRIDA. O contribuinte deixou de estornar o crédito conforme preceitua a legislação, e o fato de ter lançado extemporaneamente é só um agravante, uma qualificação do lançamento, mas em nada desfigura a natureza do lançamento, que comprovadamente ocorreu conforme a descrição. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução. A nulidade de um lançamento por incongruência da descrição com as provas apresentadas, requer que se comprove a ausência de liame entre as provas e a descrição, o que em absoluto, não ocorreu neste Auto de Infração em julgamento. Nulidade da Decisão Recorrida. Recurso **PROVIDO**. Vencido o voto do relator. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Cuidam os presentes autos de Recurso de Ofício interposto em razão do Acórdão 2ª JJF Nº 0084-02/20-VD, que julgou Nulo o Auto de Infração em tela, lavrado em 11/09/2019 e recomendou a instauração de um novo procedimento fiscal.

O Auto de Infração, apontou uma única infração:

INFRAÇÃO 01 – 01.05.03 – *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, referente ao período de setembro de 2016. Tem-se no auto de infração o valor histórico do débito em R\$ 383.785,51, que acrescido de atualização monetária e a multa, totaliza R\$ 718,791,87(fl.113).*

Contribuinte interpretou equivocadamente que com a alteração da alíquota de 17% para 18% em 10 de março de 2016 o percentual de estorno de crédito também sofreria alteração passando de 10% para 10,59%;

Em anexo, texto produzido pela empresa na apuração do imposto do mês de setembro de 2016..

E dessa forma lançou como recuperação retroativamente aos meses de março, abril e maio de 2016 o valor de R\$ 383.785,51, conforme EFD de set 2016 anexa.

Acontece que conforme Artigo 6º do Decreto 7799/00 o limite de crédito ficou em 10%

Veja o que diz o Artigo 6º do Decreto 7799100:

Os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços tomados, vinculados a operações subsequentes amparadas pelos benefícios previstos nos arts. 1º, 2º, 3º-B, 3º-D e 3º-E não poderão exceder a 10% (dez por cento) do valor da operação utilizada em cada um dos respectivos documentos fiscais de aquisição dos serviços, bens ou mercadorias. (Redação dada ao caput pelo Decreto nº 13.339, de 07/10/2011, DOE BA de 08/10/2011, com efeitos a partir de 01/11/2011).

Enquadramento legal: art. 29, § 8º da Lei nº 7.014/96 c/c art. 312, § 1º do RICMS/2012.

Multa tipificada no artigo 42, inc. VII, alínea "b" da Lei nº 7.014/96".

Intimada a empresa autuante apresenta impugnação às fls. 17/24, nos seguintes termos:

“... o artigo 1º do Decreto nº 7.799/2000, prevê que nas saídas internas de mercadorias promovidas por centros de distribuição e comerciantes atacadistas, (que pratiquem as atividades relacionadas no Anexo Único de aludido Decreto), a base de cálculo da operação deve ser reduzida em 41,176%...”

Vale frisar que, quando esse decreto foi criado, a alíquota interna regular do Estado da Bahia era de 17%, o que significava, portanto, que a alíquota efetiva a ser aplicada nas operações contempladas pelo dito decreto era de 10%.”

Aduz ainda, a empresa que: *“em contrapartida nos termos do art. 6º do Decreto nº 7.799/00, os contribuintes beneficiados dessa redução de base de cálculo não poderiam tomar créditos do ICMS nas entradas das mercadorias cujas saídas seriam beneficiadas que excedessem 10% do valor da operação de entrada”*. Acrescenta que tal fato limitava o aproveitamento dos créditos no mesmo percentual da alíquota efetiva aplicada nas saídas das mesmas mercadorias, qual seja, 10%.

Esclarece que, nos termos do art. 7º do Decreto, a autuante assinou em 30/03/2010, com a Secretaria da Fazenda do Estado da Bahia o Termo de Acordo e Compromisso nº 5322/2010 – Doc. 04, de forma que foi autorizada a se beneficiar do Decreto nº 7.799/00.

Alude que: *“Entretanto em 10/12/2015, foi publicada a Lei Estadual 13.461 (“Lei 13.461/15”), que por meio do seu artigo 1º, alterou o artigo 15, inc. I, da Lei Estadual nº 7.014, de 4.12.1996 (“Lei 7014/96”), a qual majorou para 18% a alíquota incidente nas operações internas em que o remetente ou prestador e o destinatário da mercadoria esteja, localizados no Estado da Bahia. Essa majoração de 1% passou a produzir efeitos a partir de 10.3.2016”*

Explica que ao se aplicar o redutor de 41,176% sobre a alíquota de 18%, tem-se uma alteração na alíquota efetiva a ser praticada nas saídas de mercadorias pelos beneficiários do Decreto nº 7.799/2000 de 10% para 10,59%.

E apresenta a justificativa de que o fato de ter considerado que o limite do percentual a ser aplicado para estorno dos créditos do imposto nas entradas das mercadorias deveria ser naturalmente alterado, para manutenção da mesma lógica do decreto, isto é, que o percentual dos créditos a serem escriturados deveria ser correspondente à alíquota efetiva a ser aplicada nas operações de saídas, razão pela qual aproveitou créditos de ICMS nas operações de entradas de mercadorias, limitados ao percentual de 10,59%.

Afirma ter estornado créditos de ICMS correspondentes a 1,41% (12% - 10,59%), considerando a alteração da carga tributária incidente nas vendas das mercadorias, vez que as operações arroladas na autuação consistiram em transferências interestaduais de mercadorias, todas tributadas a 12%.

Pontua que a fiscalização considerou que deveria ter sido mantido o estorno correspondente a 2%, de modo que os créditos não excedessem a 10% dos valores das entradas, a despeito do fato de que as saídas dessas mercadorias foram tributadas a 10,59% e conclui ser esta a razão do Auto de Infração exigir valores de ICMS correspondentes à diferença entre o percentual estornado (1,41%) e o percentual que, no entendimento do Fisco, deveria ter sido expurgado (2%) nas entradas de mercadorias cujas saídas se sujeitaram à redução da base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/2000.

A defesa ressalta que o entendimento do Fisco contraria frontalmente o próprio Decreto nº 7.799/2000, no qual sempre foi estabelecido que os créditos de ICMS a serem aproveitados nas entradas das mercadorias, deveriam ser calculados com base no mesmo percentual, no limite daquele correspondente à alíquota efetiva incidente sobre as saídas das mesmas mercadorias.

Alega que o entendimento da fiscalização fere o princípio da não cumulatividade do ICMS, previsto no artigo 155, § 2º, inc. I, da Constituição Federal, quando estabelece um estorno de créditos desproporcional à alíquota aplicável na tributação das saídas subsequentes dessas mercadorias.

Relaciona os motivos para o cancelamento do lançamento, a indevida exigência de estorno

proporcional superior à alíquota aplicável nas saídas das mercadorias pela má aplicação do Decreto nº 7.799/2000 pelo Fisco, que diz decorrer de interpretação equivocada, considerando o propósito do executivo estadual ao criar o benefício previsto no citado decreto.

Frisa ser clara a previsão no citado decreto da redução da base de cálculo do ICMS em 41,179%, nas operações promovidas pelos contribuintes sujeitos ao regime de tributação.

Entretanto, quando o decreto foi editado, a alíquota regular aplicável às operações internas na Bahia era 17%, sinalizando que o poder executivo quis estabelecer a alíquota efetiva aplicável nas operações de 10%, fato que entende ser corroborado pelo que dispõe o art. 6º do mesmo decreto ao estabelecer que os créditos fiscais relativos a mercadorias e bens adquiridos e a serviços

O autuante presta ainda informação fiscal às fls. 87/88:

“Contribuinte entendeu que com a alteração da alíquota de saída de 17% para 18% em 10 de março de 2016, o percentual para limite de crédito nas entradas de mercadorias (carga tributária) também se alteraria de 10% para 10,59%.

Bastava consultar o Decreto nº 7799/00 em seu Art. 6º e constataria que o limite de crédito continuou em 10%.

E contrariando o Decreto nº 7799/00 e conforme redação dada em documento interno intitulado ‘3.3 Revisão dos Estornos de crédito BA’ a autuada procedeu a uma recuperação extemporânea referente ao período de março, abril e maio de 2016 no valor total de R\$ 383.785,51, lançada indevidamente no mês de setembro de 2016”

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) decidiu às fls. 96/101, pela nulidade do presente lançamento, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos:

“... Portanto, resta demonstrado nos autos que o sujeito passivo não tem as efetivas condições de se defender apropriadamente, utilizando as informações que se encontram viciadas por erros e inconsistências, dificultando e prejudicando o atingimento do objetivo do processo administrativo fiscal, que é solucionar uma lide entre a própria Administração Pública e contribuinte, na qual há divergência quanto à aplicação e/ou interpretação de uma norma tributária.

Não se pode falar em Processo Administrativo sem a estrita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como dispõe a Constituição Federal, assim como dos demais princípios administrativos e processuais, dentre eles o princípio da verdade material.

Oportuno observar que o § 1º, do art. 18 do RPAF/99, somente admite o saneamento do auto de infração no caso de eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais.

No caso em análise, a incongruência apontada se constitui vício incapaz de ser sanado, uma vez que na tentativa de saná-lo se incorreria inevitavelmente em mudança de fulcro da autuação, prática vedada pelo CTN, conforme art. 141, tornando o lançamento inseguro por não conter os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, conforme previsto no artigo 18, incisos, IV, “a” do RPAF/99.

Dante do exposto, voto, pela decretação de ofício da nulidade do auto de infração, considerando que os equívocos constatados na sua lavratura, em face da inobservância do devido processo legal, ocasionaram prejuízo insanável ao contraditório e ampla defesa a ser exercida pelo sujeito passivo.

Não sendo possível adentrar no mérito, represento à autoridade fazendária, para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal no estabelecimento do autuado, a salvo dos equívocos apontados, visando cobrar o crédito tributário porventura devido, nos termos do art. 21 do RPAF/99, considerando-se na nova ação fiscal, eventuais valores pagos espontaneamente pelo autuado ...”

Julgado o Auto de Infração Nulo foi interposto Recurso de Ofício. Na sessão do julgamento que ocorreu no dia 07/12/2021, foi pedido pelo Ilmº Representante da PGEJPROFIS, que o processo fosse encaminhado para a procuradoria, a fim de ser feito parecer esclarecendo a natureza do vício se material ou formal, tendo, este relator concordado com a remessa dos autos.

A PGF/PROFIS, emitiu parecer, que faço a transcrição, veja-se:

“ (...) Neste ponto, vê-se que o contribuinte não teve nenhum prejuízo no seu escrutínio impugnatório, porquanto perfeitamente evidenciado que todo plexo de inconformidade se centrou na legitimidade da escrituração e apropriação do crédito, conforme interpretação dada ao Decreto nº 7.799, nunca na imputação lanceada no Auto de Infração.

Logo, uma vez acolhida a tese defensiva, restaria elidida tanto uma utilização indevida, como, outrossim, uma infração por falta de estorno de crédito fiscal.

Assim, com a devida vénia, parece-nos que não existe qualquer ranhura ao contraditório, não sendo necessária a declaração de nulidade do lançamento. Na pior das hipóteses, entendendo-se existente uma descrição equivocada da infração, seria perfeitamente possível a convalidação do mesmo, em vista da ausência de qualquer prejuízo ao debate da matéria de fundo, qual seja, a legitimidade do crédito apropriado pelo contribuinte (recuperado).

(...)

Em resumo, a doutrina e jurisprudência admitem o saneamento de determinados vícios, em especial quanto à forma e competência, através do instituto da convalidação.

No caso em epígrafe, de fato, entendendo que houve uma erro de imputação, o que não nos parece evidente, ter-se-ia apenas um defeito de forma na construção do lançamento, tendo sido os vícios corrigidos ao longo do processo, oportunizando-se ao sujeito passivo uma completa discussão sobre a legitimidade do crédito fiscal apropriado e registrado na EFD, sob a alcunha em documentos do autuado de "Recuperar de forma extemporânea os valores estornados a maior".

A tese do cerceamento ao direito de defesa perde força no contexto dos autos, inexistindo um vício material capaz de nulificar o lançamento, fiando-se, assim sendo, na existência de vício, que entendemos inexistir. No máximo, apenas para argumentar, poder-se-ia admitir um vício formal. (...)"

VOTO VENCIDO

Observo que a decisão da 2ª JJF (Acórdão JJF Nº 0084-02/20-VD) julgou Nulo o Auto de Infração em epígrafe lavrado contra a BRF S.A, cujo valor histórico do crédito tributário era de R\$ 718,791,87 (vide folha 113), fato este que justifica a remessa necessária do presente feito para reapreciação nesta corte, restando cabível o presente recurso.

Quanto ao mérito, a nulidade do Auto de Infração foi fundamentada, como se verifica *in verbis*: "No presente caso, constato que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que dos fatos expostos no processo e que fundamentam a autuação, estão contaminados por vícios insanáveis, decorrentes da inconsistência, incongruência ou imprecisão, que não refletem a realidade da acusação fiscal, fato que constato pelo desencontro entre o relato dos fatos e a acusação fiscal".

De certo pela leitura dos autos constata-se que o Auto de Infração imputa a infração do sujeito passivo com o seguinte fundamento: "Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo...".

Assim, verifica-se que o Auto de Infração diz respeito a exigência do imposto decorrente da falta de estorno de crédito de ICMS decorrente de aquisições de mercadorias tributáveis, cujas saídas se deram com redução da base de cálculo, utilizando percentuais superiores a 10% do valor da operação, contrariando o previsto no art. 6º do Decreto nº 7.799/2000.

O Autuante, às fls. 87/88 presta informações e aponta fato diverso da acusação fiscal quando alude que:

"Contribuinte interpretou equivocadamente que com a alteração da alíquota de 17% para 18% em 10 de março de 2016 o percentual de estorno de crédito também sofreria alteração passando de 10% para 10,59%; (...) E dessa forma lançou como recuperação retroativamente aos meses de março, abril e maio de 2016 o valor de R\$ 383.785,51, conforme EFD de setembro de 2016 anexa".

A PGE/PROFIS entendeu no parecer prestado que não há que se pensar em erro material ou formal no Auto de Infração em questão; "Da analise dos autos, resta, pois evidente a divergência do fato posto no auto de infração em questão que reporta a falta de "estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias", enquanto, os fatos e as informações do autuado revelam que ocorreu na verdade "uma recuperação extemporânea referente ao período de março, abril e maio de 2016 no valor total de R\$ 383.785,51, lançada indevidamente no mês de setembro de 2016", fato que se ilegal, deveria corresponder a utilização indevida de crédito fiscal de ICMS. (...) A tese do cerceamento ao direito de defesa perde força no contexto dos autos, inexistindo um vício material capaz de nulificar o lançamento, fiando-se, assim sendo, na existência de vício, que entendemos inexistir. No máximo, apenas para argumentar, poder-se-ia admitir um vício formal".

Entendo, máxima vênia, que não há como não considerar o vício no Auto de Infração, quanto a divergência do fato objeto da autuação posto pelo auditor fiscal e o fato posto e comprovado pelo sujeito passivo, o que torna evidente a violação ao devido processo legal, no procedimento de fiscalização, por falta de possibilidade de exercer em plenitude o seu direito de defesa.

A acusação foi pela ausência de estorno de crédito fiscal, mas os fatos apontados pela acusação têm-se falta de “*estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias*”

Assim, seguindo as regras do RPAF/99 que dispõe que no lançamento, a descrição dos fatos considerados infrações, deve ser exposta de forma clara, precisa e sucinta, sendo este um requisito essencial, o descumprimento deste requisito, fatalmente acarretará a invalidade do ato, por inobservância do devido processo legal. E como, no presente caso, verifico que a autuação contém vício que afeta a sua eficácia, haja vista que dos fatos expostos no processo e que fundamentam a autuação, estão divergentes da infração imputada ao contribuinte, fato constatado pelo desencontro entre o relato dos fatos e a acusação fiscal, resta evidente que há vícios insanáveis, decorrentes da inconsistência, incongruência ou imprecisão, que não refletem a realidade da acusação fiscal.

A Constituição Federal aponta que os princípios do contraditório e da ampla defesa são comuns a todos os processos, judiciais e administrativos, nos quais possa haver algum tipo de litígio ou controvérsia, ou alguma acusação seja imputada a alguém, conforme expressamente preceitua o seu art.5º, LV. De igual forma aponta a Carta Magna, o princípio do devido processo legal (*due process of law*), no inciso LIV, art.5º.

Com efeito: “o Cerceamento do direito de defesa, em qualquer fase do processo, acarreta a nulidade relativamente a todos os atos subsequentes (quando isso for possível; caso contrário a nulidade de todo o processo” (Direito Administrativo Descomplicado, Marcelo Alexandrino & Vicente Paulo, 21ª Edição, Editora Método, pagina 874).

Assim, entendo que os equívocos do Auto de Infração acima apontados, que inobservou o devido processo legal, acarretou ao sujeito passivo prejuízo ao seu direito de defesa. Decisão recorrida se encontra devidamente estribada nas provas do presente processo, não cabendo qualquer reparo. Em tempo recomendo a instauração de um novo procedimento fiscal.

Do exposto, NEGO PROVIMENTO ao Recurso de Ofício.

VOTO VENCEDOR

Com a máxima e respeito venha, discordo do eminente Relator. Vejamos o núcleo do fundamento do voto recorrido que anulou o lançamento:

A 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) decidiu às fls. 96/101, pela nulidade do presente lançamento, em decisão unânime. O Acórdão foi fundamentado nos termos a seguir reproduzidos:

“... Portanto, resta demonstrado nos autos que o sujeito passivo **não tem as efetivas condições de se defender apropriadamente, utilizando as informações que se encontram viciadas por erros e inconsistências, dificultando e prejudicando o atingimento do objetivo do processo administrativo fiscal**, que é solucionar uma lide entre a própria Administração Pública e contribuinte, na qual há divergência quanto à aplicação e/ou interpretação de uma norma tributária.

Não se pode falar em Processo Administrativo sem a estrita observância aos princípios do contraditório e da ampla defesa, como dispõe a Constituição Federal, assim como dos demais princípios administrativos e processuais, dentre eles o princípio da verdade material.

Oportuno observar que o § 1º, do art. 18 do RPAF/99, somente admite o saneamento do auto de infração no caso de eventuais incorreções ou omissões e a não observância de exigências meramente formais.

No caso em análise, a incongruência apontada se constitui vício incapaz de ser sanado, uma vez que na tentativa de saná-lo se incorreria inevitavelmente em mudança de fulcro da autuação, prática vedada pelo CTN, conforme art. 141, tornando o lançamento inseguro por não conter os elementos suficientes para se determinar, com segurança, a infração, conforme previsto no artigo 18, incisos, IV, “a” do RPAF/99.

Diante do exposto, voto, pela decretação de ofício da nulidade do auto de infração, considerando que os equívocos constatados na sua lavratura, em face da inobservância do devido processo legal, ocasionaram prejuízo

insanável ao contraditório e ampla defesa a ser exercida pelo sujeito passivo.

Não sendo possível adentrar no mérito, represento à autoridade fazendária, para verificar a possibilidade de renovação do procedimento fiscal no estabelecimento do autuado, a salvo dos equívocos apontados, visando cobrar o crédito tributário porventura devido, nos termos do art. 21 do RPAF/99, considerando-se na nova ação fiscal, eventuais valores pagos espontaneamente pelo autuado....”

Quanto a estes argumentos assim a PGE/PROFIS se pronunciou, em resumo:

“ (...) Neste ponto, vê-se que o contribuinte não teve nenhum prejuízo no seu escrutínio impugnatório, porquanto perfeitamente evidenciado que todo plexo de inconformidade se centrou na legitimidade da escrituração e apropriação do crédito, conforme interpretação dada ao Decreto nº 7.799, nunca na imputação lanceada no Auto de Infração.

Assim, com a devida vénia, parece-nos que não existe qualquer ranhura ao contraditório, não sendo necessária a declaração de nulidade do lançamento.

A tese do cerceamento ao direito de defesa perde força no contexto dos autos, inexistindo um vício material capaz de nulificar o lançamento, fiando-se, assim sendo, na existência de vício, que entendemos inexistir. No máximo, apenas para argumentar, poder-se-ia admitir um vício formal. (...)"

Da análise do processo, percebe-se que o contribuinte sequer se insurgiu contra o “vício “ acusado pela Junta e comprovadamente não houve qualquer cerceamento de defesa, visto que adentrou as razões de mérito não havendo justificativa de que ***a incongruência apontada se constitui vício incapaz de ser sanado, uma vez que na tentativa de saná-lo se incorreria inevitavelmente em mudança de fulcro da autuação, prática vedada pelo CTN, e que, em face da inobservância do devido processo legal, ocasionaram prejuízo insanável ao contraditório e ampla defesa a ser exercida pelo sujeito passivo.***

A peça defensiva do contribuinte é a maior prova de que não houve qualquer cerceamento à defesa e inobservância do devido processo legal.

De fato, há situações em que a descrição da infração foge totalmente aos fatos comprovados e não é possível sanear o processo nem mesmo com as explicações do autuante, mudando o fulcro da infração.

Assim é que no caso de um lançamento de ICMS devido por substituição tributária, e as provas dos autos se referem a um levantamento quantitativo de estoque, ainda que o contribuinte se defende com base nas provas apresentadas, o auto não pode prosseguir, pois uma infração cuja descrição diverge frontalmente das provas, é ofensa clara ao art. 142, com erro formal insanável, visto a necessidade do refazimento do lançamento, sem sequer uma nova intimação, aproveitando-se as provas já existentes, apenas mudando a descrição em novo lançamento, mas não é o que ocorre neste processo.

Além disso, uma descrição frontalmente diversa das provas, precisa ser anulada na seara administrativa, pois incorre em nulidade no âmbito judicial, visto a inalterabilidade da infração na inscrição em Dívida Ativa e a CDA, precisa ter a descrição que corresponda exatamente ao que está no Auto de Infração, pois não é viável se discutir o lançamento com provas divergentes do lançamento, nem possível a alteração da CDA exceto em situações excepcionalíssimas. Vejamos a descrição da infração:

INFRAÇÃO 01 – 01.05.03 – *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução, referente ao período de setembro de 2016. Tem-se no auto de infração o valor histórico do débito em R\$ 383.785,51, que acrescido de atualização monetária e a multa, totaliza R\$ 718,791,87 (fl.113).*

O autuante presta ainda informação fiscal às fls. 87/88:

“Contribuinte entendeu que com a alteração da alíquota de saída de 17% para 18% em 10 de março de 2016, o percentual para limite de crédito nas entradas de mercadorias (carga tributária) também se alteraria de 10% para 10,59%.

Bastava consultar o Decreto nº 7799/00 em seu Art. 6º e constataria que o limite de crédito continuou em 10%.

E contrariando o Decreto nº 7799/00 e conforme redação dada em documento interno intitulado ‘3.3 Revisão dos Estornos de crédito BA’ a autuada procedeu a uma recuperação extemporânea referente ao período de março, abril e maio de 2016 no valor total de R\$ 383.785,51, lançada indevidamente no mês de setembro de 2016’

O que se verifica acima, é que a alteração da alíquota de 17% para 18%, levou o contribuinte a alterar o limite dos créditos nas entradas e por isso mesmo, segundo a descrição da infração, houve a falta do estorno completo “ no valor correspondente à parte proporcional da redução”.

Há de se perguntar se o fato do autuante frisar que o crédito indevido foi usado extemporaneamente se isto é motivo para alteração do fulcro da infração. Claro que NÃO! Trata- se um detalhamento, uma qualificação do erro do contribuinte, que ao deixar de efetuar o cálculo correto dos estornos de créditos, o utilizou extemporaneamente, o que mitiga o lançamento por meio de uma informação que “qualifica o lançamento” explicando em minúcias o que aconteceu.

Tal informação, de que foi um crédito extemporâneo sequer era indispensável ao processo, a menos que fosse provocado pelo contribuinte. O autuante agiu de forma preciosa, fornecendo os mínimos detalhes do ocorrido (deixou de efetuar os estornos de créditos) e ainda os utilizou extemporaneamente. Se fosse utilizado no tempo adequado, em nada alteraria o lançamento. Se o autuante não tivesse feito a informação fiscal de forma tão “preciosa” o processo seguiria normalmente sem qualquer aparência de nulidade, pois o contribuinte se defendeu conforme a descrição e as provas apresentadas.

O crédito extemporâneo deveria ser utilizado mediante solicitação à inspetoria, que por certo, nem aprovaria o crédito. Contudo, num eventual lançamento extemporâneo com crédito ilegítimo, é o caso de se efetuar o lançamento, visto a sua legitimidade, simplesmente como “crédito indevido” sendo a extemporaneidade um detalhe do crédito tido como indevido. O mesmo ocorre com o crédito sem lastro probatório, pois no caso de o contribuinte ter se baseado em documento sem lastro para crédito (por exemplo, crédito em documento com mercadorias isentas) em momento posterior, lançando extemporaneamente, em nada desfigura o lançamento sem documentação probatória e se o autuante explicar que o documento trata de operações seis meses anteriores à sua utilização, em nada interfere na descrição.

Dessa forma, numa situação inversa, fosse aqui lançado o crédito extemporâneo, certamente o autuante explicaria a razão da autuação, que era a falta de estorno do crédito. Neste caso, a Junta poderia também ter entendido que a infração teria sido a falta de estorno e não o crédito extemporâneo, pois semanticamente ao se falar em crédito extemporâneo há o pressuposto de ser legítimo, apenas extemporâneo sem a devida autorização, e no caso, há claramente o lançamento por crédito indevido, sendo a sua extemporaneidade um complemento explicativo feito pelo autuante, que *a priori*, foi até desnecessário, pois extrapolou as razões dos seus fundamentos – estorno com base numa alíquota de 17% em vez de 18% e em nada implicaria em uma informação essencialmente necessária ao prosseguimento do processo. O contribuinte, em tese, até se beneficiou, pois, tivesse lançado quando da apuração, aumentaria o acréscimo moratório.

Daí que se por hipótese, a SEFAZ alterasse a legislação para elevar o piso do estorno, e o contribuinte tivesse créditos legítimos, seria autuado por crédito extemporâneo sem autorização prevista em lei. Mas não é o caso desta lide.

O contribuinte deixou de estornar o crédito conforme preceitua a legislação, e o fato de ter lançado extemporaneamente é só um agravante, uma qualificação do lançamento, mas em nada desfigura a natureza do lançamento, que comprovadamente ocorreu conforme a descrição. - *Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo, no valor correspondente à parte proporcional da redução.*

A nulidade de um lançamento por incongruência da descrição com as provas apresentadas, requer que se comprove a ausência de liame entre as provas e a descrição, o que em absoluto, não ocorreu neste Auto de Infração em julgamento.

Face ao exposto voto pela NULIDADE da Decisão Recorrida, portanto, PROVIDO o Recurso de Ofício, devendo o processo retornar a Junta de origem para apreciação do mérito.

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, **PROVER** o Recurso de Ofício apresentado e declarar **NULA** a Decisão recorrida referente ao Auto de Infração nº 279459.0019/19-1, lavrado contra **BRF S.A.** Devendo os autos retornar à primeira instância para novo julgamento.

VOTO VENCEDOR – Conselheiros: Ildemar José Landin, Luiz Alberto Amaral de Oliveira e Rubens Bezerra Soares.
VOTO VENCIDO – Conselheiros(as): Rafael Benjamin Tomé Arruty, Valdirene Pinto Lima e Anderson Ítalo Pereira.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 17 de julho de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

RAFAEL BENJAMIN TOMÉ ARRUTY – RELATOR/VOTO VENCIDO

ILDEMAR JOSÉ LANDIN - VOTO VENCEDOR

JOSÉ AUGUSTO MARTINS JÚNIOR – REPR. DA PGE/PROFIS