

A. I. Nº - 278904.0001/19-6
AUTUADO - FERREIRA COSTA & CIA. LTDA.
AUTUANTE - JAYME BORGES DOMINGUES FILHO
ORIGEM - IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 10/09/2021

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0247-02/21-VD

EMENTA: ICMS 1. CREDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. PERDAS, FURTO, ROUBO, PERECIMENTO, SINISTRO OU QUALQUER OCORRÊNCIA SIMILAR. CÁLCULO DA ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. Comprovado nos autos a “baixa de estoques” via NF-es com CFOP 5927, sem o correspondente estorno de crédito pelas entradas das mercadorias que não foram tributadas nas operações subsequentes. Falta de previsão legal para manutenção de crédito como pretendida pelo sujeito passivo. Rejeitadas preliminares de nulidade e afastado pedido de perícia. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Lavrado em 28/12/2018, o presente Auto de Infração refere-se à cobrança de ICMS pela constatação da seguinte infração:

01.05.09 - Falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram extraviadas. Valor: R\$350.868,10. Período: Agosto 2016 a Dezembro 2017. Enquadramento legal: Art. 30, IV da Lei 7014/96 c/c art. 312, IV do RICMS-BA/2012. Multa: 60%, art. 42, VII, “b” da Lei 7014/96.

Consta da descrição se referir a falta de destaque e consequente recolhimento de ICMS, relativo ao estorno de imposto anteriormente creditado, em operações de saídas de mercadorias tributadas decorrentes de ajuste de estoque utilizando-se do CFOP 5927, em razão de furto, roubo, perecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar, realizadas entre os exercícios 2016 e 2017, conforme escrituração e demonstrativos anexos, contrariando o disposto no inciso IV do art. 312 do RICMS-BA/2012.

ICMS apurado com base no valor das mercadorias, bem como na alíquota utilizada de forma preponderante nas entradas nos períodos de apuração imediatamente anteriores, ambos informados pela empresa na EFD

Tempestivamente, o autuado apresentou impugnação às fls. 40-63. De início argui preliminares:

- 1) “4. Das nulidades do lançamento fiscal”, subitem “a. Incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal”: Reproduzindo os arts. 196 do CTN, 2º, § 1º, 18 e 28, § 1º do RPAF, bem como acórdãos de decisões dos órgãos administrativos judicantes de PERNAMBUCO e CEARÁ diz que o Autuante não cumpriu as exigências formais que implicam na nulidade do AI, como: falta de apresentação da OS nele descrita, o que lhe impossibilita verificar o cumprimento do prazo para concluir a fiscalização, assim como se o Autuante estava designado para fiscalizá-lo e se o período autuado foi o indicado na OS, tendo em vista a vinculação legal da atividade descrita no art. 142, do CTN; subitem “b. Preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação”, cita o art. 2º e reproduz os artigos 18, II, IV, “a” e 39, VI, do RPAF, os quais diz violados no procedimento fiscal, pois, embora o Autuante mencionando que o AI tem por base um demonstrativo/planilha anexa, não apresenta os documentos fiscais relativos aos valores indicados para comprovar sua

acusação, bem como os dados dispostos na planilha, o que entende ser uma obrigatoriedade disposta em lei, situação que entende macular o crédito fiscal em sua liquidez e certeza, cerceando, assim, o seu direito de defesa e o devido processo, conforme entendimento exposto em julgados administrativos do TATE-PE e do CONSEF, cujas ementas reproduz, de modo que, como lhe foi apresentado, o crédito tributário não é suficiente para caracterizar o valor exigido e, conseqüentemente, não fornece segurança ao AI por contrariar o teor dos arts. 142 e 114, do CTN, bem como o do art. 5º, LV da CF/88;

2) “5. Da preliminar de mérito – erro na metodologia de cálculo do estorno”: Alega que o cálculo do estorno indicado pelo Autuante, além de inexistir prova de inviabilidade da determinação exata do crédito a ser estornado, não se coaduna com as orientações legais. Fala que em se tratando de estorno de créditos, o valor a ser extirpado da apuração do contribuinte é o ICMS efetivamente creditado em cada aquisição e não valor calculado por uma “alíquota preponderante”, como feito pelo Autuante, pois, diz, deveria ter observado, no momento do cálculo do imposto e/ou multa aplicada, o regime tributário, alíquota e base de cálculo próprios de cada mercadoria, fato que, frisa, nulifica o lançamento conforme o art. 18, II e IV, do RPAF, por prejudicar a verificação da materialidade da infração e dos seus valores, uma vez que tais informações estão disponíveis na escrituração fiscal da autuada.

No item “6. Dos fundamentos de mérito”, diz que o fisco confirma que a baixa do estoque foi realizada dentro dos preceitos contidos na legislação estadual, mas que a Impugnante não promoveu o estorno do crédito correspondente às perdas no período autuado.

Afirma que a acusação fiscal não procede posto que as perdas mencionadas correspondem ao índice de perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição da Impugnante.

Cita como exemplo as perdas das mercadorias decorrentes do carregamento e descarregamento do produto do caminhão, o transporte interno, as condições climáticas da estocagem, o manuseio das mercadorias pelos clientes, inclusive, o transporte externo por entrega das vendas, etc., devendo ser mantido o crédito dos produtos decorrentes de perdas normais até os limites tecnicamente aceitos para a atividade do Autuado e que o AI contraria à própria lógica da exigência de estorno, já que o custo das mercadorias deterioradas/perecidas é embutido no valor das demais vendas, sendo, portanto, normalmente tributadas.

Reproduzindo o § 13 do art. 289 do RICMS-BA/2012 que fixa o índice de perdas normais nas operações realizadas pelos fabricantes de cervejas, refrigerantes e outras bebidas acondicionadas em embalagem de vidro, questiona se apenas existem perdas na comercialização de tais produtos e diz que a Impugnante promoveu a baixa do estoque através de nota fiscal com o CFOP 5927 e que, portanto, houve a perda, inclusive atestada pela fiscalização.

Seguindo, diz que segundo perícia que paramentou seu entendimento e cuja conclusão reproduz (Doc. 03, fls. 87-143), no processo operacional e logístico do Impugnante transitam cerca de 60.000 itens expostos sob probabilidade de riscos de acidentes que provocam perdas de mercadorias, tornando-as imprestáveis para venda, em um percentual estimado de -0,352%, podendo variar entre -0,639% a -0,66%, e que o Autuante, sem considerar que a legislação não exige estorno de crédito das perdas normais inerentes à atividade do Impugnante, exige ICMS sob a alegação de recolhimento a menor pela ausência de estorno, quando as perdas foram notoriamente normais, conforme preceitua o art. 374, I do CPC/15, de modo que, se não carece de prova a existência de perdas, caberia ao Autuante provar que as perdas não estornadas são anormais ou que não são perdas, mas, jamais desconsiderá-las, invertendo o ônus da prova e concluir que o contribuinte deveria estornar o crédito fiscal.

Nesse sentido, reproduz ementas de julgados do CONSEF reconhecendo que na auditoria de estoque deve se observar a quebra de peso, as perdas normais e, por conseguinte, não mencionam a obrigatoriedade do estorno do crédito.

Aduz que as perdas normais estão contabilizadas dentro do índice aceito e podem ser analisadas pelo fisco que, por sinal, autorizou a emissão de notas fiscais de baixa do estoque e que, em situação parecida contra outro engarrafador “Coca-Cola”, o TATE-PE concluiu pela existência de perda normal inerente à atividade do contribuinte, conforme ementas de decisões, reproduzidas.

No item “b. Da exorbitância da multa aplicada”, diz que duas razões afastam sua aplicação: (I) a ausência de comprovação de intuito de fraude; e (II) a exorbitância da penalidade que entende violar o princípio do não-confisco. Após argumentar sobre tais pontos, inclusive reproduzindo julgado do STF limitando a multa entre 20% e 30% como percentuais razoáveis (RE 523471), requer a improcedência da autuação no que atine à multa proposta, ou, subsidiariamente, sua redução para os percentuais citados.

Requer, ainda, que na dúvida seja conferida a interpretação mais benéfica ao Impugnante, tal como preconiza o artigo 112 do CTN, entendendo que o lançamento é improcedente.

Concluindo, pede: a) reconhecimento e declaração/decretação da nulidade e/ou improcedência do AI; b) subsidiariamente, a redução ou afastamento da multa proposto; c) que em caso de dúvida a norma legal seja interpretada da forma mais favorável ao Impugnante; d) realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

Na Informação fiscal de fls. 146 a 157, após resumir a Impugnação, o Autuante contesta os argumentos defensivos.

Registra que executou a auditoria na forma regulamentar com ciência da fiscalização ao contribuinte, conforme Termo de Início via DTE que ele recebeu em 07/11/2018, nos termos do art. 108, § 3º, I do RPAF, e concluída com a lavratura do AI em 28/12/2018 (fl. 07), atendendo ao disposto no art. 39 do RPAF.

Afirma que o AI reproduz os fatos com fidelidade, consubstanciados pelas informações necessárias e suficientes à demonstração das ocorrências via demonstrativos e farta documentação anexada entre as fls. 30-33, de modo a afastar a tentativa de desqualificar o procedimento fiscal consubstanciada em genéricas alegações.

Diz não proceder a alegação de não cumprimento do prazo para execução da auditoria tendo em vista que a cumpriu em 60 dias, tempo menor que os 90 dias regulamentados, tudo em consonância como o disposto no art. 196 do CTN. Também diz não sustentar a alegação de violação ao princípio da ampla defesa pela não apresentação de minuciosa descrição da infração, respectivos documentos fiscais que a comprove, pois eles constam das fls. 01 a 05, incluindo a mídia CD com farta documentação, integra do demonstrativo de débito, escrituração fiscal do período autuado, assim como cópia de DANFES, todos disponibilizados ao Autuado quando da ciência do AI, conforme comprovam as fls. 31 a 33 dos autos. Ademais disso, o Impugnante reconhece a posse da documentação apontada na auditoria via demonstrativos, inclusive por constarem da escrituração fiscal através dos registros dos documentos fiscais de entradas e saídas de mercadorias e prestação de serviços, registros de apuração de ICMS, bem como os cerca de 1.000 DANFES/NF-es que amparam as operações realizadas sob o CFOP 5927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, objeto da autuação.

No que concerne ao item “5. Da preliminar de mérito – erro na metodologia de cálculo do estorno, assevera que as alegações carecem de fundamento, pois, conforme demonstrado nas planilhas de fls. 23-29, incluindo mídia CD, o imposto apurado teve por base os valores e quantidades informados pela própria empresa autuada em suas operações de baixa de estoque decorrentes de perda, roubo ou deterioração, uma vez aplicada a alíquota preponderante, nos termos do inciso IV c/c § 2º do art. 22 da Lei 7014/96 c/c o inciso I do § 5º do art. 312 do RICMS-BA/2012. Ou seja, obtida com a análise dos percentuais considerados para fins dos créditos fiscais nas entradas das mercadorias objeto de perdas, desde o início de suas operações em julho 2016, item por item, a

cada período, conforme DEMONSTRATIVO CRÉDITO ICMS ENTRADAS e FALTA ESTORNO CRÉDITO ICMS SAÍDAS TRIBUTADAS CFOP 5927, conforme plotagem que cola à fl. 154.

No que se refere à alegação de perdas normais no seguimento empresarial da empresa autuada, esclarece que, diferentemente do que tentou o Impugnante, não houve questionamento quanto da auditoria no que se refere ao direito da Autuada para proceder a baixa do estoque de mercadoria objeto de perda, roubo ou deterioração, pois a exação nasce da falta do correspondente estorno dos créditos fiscais lançados quando da entrada das mercadorias foco de perdas, roubos ou deterioração, considerando que elas não são objeto de tributação nas etapas subsequentes, conforme previsto no art. 30, IV da Lei 7014/96, reproduzido.

Ademais, além da falta de previsão legal para pretensão acerca do tema, salienta que ao não processar os estornos, como pretende a empresa autuada, estaria transferindo ao Erário Estadual parte do custo das mencionadas perdas, sem que o Estado tenha concorrido para tanto ou que houvesse previsão legal, contrariando o art. 37 da Lei 7014/96.

Registra que em nenhum momento o Impugnante provou a alegação de que “o custo das mercadorias deterioração/perecidas é embutido no valor das demais vendas”, bem como nada trouxe quanto ao fato adicionado pela perícia contratada pela Autuada que se limitou a concluir pela existência real de perdas em determinado percentual, fato este que em nenhum momento foi objeto de contestação pela Auditoria.

Também afirma haver que repelir a tentativa de extensão do disposto no art. 289 do RICMS-BA, que prevê o abatimento até o limite de 1% a título de quebra/perecimento no cálculo do imposto devido por substituição tributária sobre as operações de saídas de estabelecimentos fabricantes de bebidas acondicionadas em embalagem de vidro, bem como a citada jurisprudência do CONSEF, por não guardarem similitude com as atividades desempenhadas pela empresa autuada.

Quanto à multa proposta, diz ser a prevista legalmente para o caso e, reproduzindo os arts. 140 a 143 do RPAF, diz que comprovada a falta de estorno a infração se revela, ainda que sem o intuito de fraude, roubo ou simulação, o que não exime a empresa autuada de responsabilidade quanto ao pagamento do imposto e demais acréscimos.

Por fim, quanto à interpretação de norma em caso de dúvida, diz dúvida não haver no caso. Repisa que o AI teve por base a EFD e NF-es/DANFES, e que, no caso, não há os vícios alegados.

Concluindo, ratifica o valor da Exação.

Presente na sessão de julgamento, o Dr. Alexandre de Araújo Albuquerque, OAB/PE 25.108, no exercício da defesa oral concentrou o discurso em dois pontos; a) quanto à metodologia de cálculo no que se refere à aplicação da alíquota preponderante, aspecto que entende não se aplicar ao caso, já que o Autuante teria plena condição de verificar as alíquotas de entrada das mercadorias, e tampouco usou da proporcionalidade das alíquotas nas entradas e, ainda que permitido fosse a aplicação da alíquota preponderante, o Autuante não demonstrou a impossibilidade de apuração das alíquotas reais por entradas; b) que, por lógica, as perdas normais estão incluídas nos custos/preços de venda, pois as perdas que não se incluem são as “perdas anormais”, como as decorrentes de eventos não previstos, a exemplo de sinistros.

VOTO

Conforme acima relatado, o processo em juízo administrativo veicula lançamento de ICMS e sanção tributária acusando o cometimento de infração à legislação tributária por falta de estorno de crédito fiscal relativo a entradas de mercadorias tributáveis, cujas saídas subsequentes ocorreram sem tributação em face de extravios

Impugnando o lançamento em constituição, preliminarmente, o sujeito passivo suscita a nulidade do Auto de Infração alegando: **a)** incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal; **b)** preterição do direito de defesa, em razão da falta de apresentação de todos os

documentos utilizados no levantamento fiscal. Contudo, examinando os autos constato estar o PAF consoante com o RICMS-BA e com o RPAF-BA/99, pois resta pleno dos essenciais pressupostos formais e materiais e os fatos geradores do crédito tributário constam claramente demonstrados.

Sem amparo fático ou jurídico os argumentos relacionados aos pressupostos de validade do lançamento. Isto porque, o primeiro pedido de nulidade refere-se à *“incerteza quanto ao cumprimento do prazo para conclusão da ação fiscal”*, aspecto de ordem administrativa que, ainda que sem repercussão quanto à obrigação tributária que se discute no caso concreto, atendendo aos requisitos legais, a ação fiscal foi concluída dentro do prazo regulamentar para tanto (Docs. fls. 01 a 07).

De igual modo, conforme se vê nos autos (fls. 31-33), o segundo argumento não se sustenta, pois, também cumprindo as diretrizes regulamentares, ao sujeito passivo foram entregues cópia tanto do AI como dos demonstrativos suportes das acusações fiscais, os quais detalham de forma clara e precisa os documentos fiscais conhecidos pelo autuado, de modo que, ao contrário do que alega e conforme a peça de impugnação evidencia, possibilitou-lhe exercer de forma plena, pormenorizada e ampla, o direito de defesa. Rejeito, pois, a nulidade suscitada, por não restar configurado nos autos qualquer afronta ao contraditório e ao exercício pleno da ampla defesa do autuado.

Assim, considerando que: a) conforme documentos e recibos de fls. 02, 07 e 31, cópia do Auto de Infração e dos papéis de trabalho indispensáveis para o esclarecimento dos fatos narrados no corpo do auto foram entregues ao contribuinte; b) na lavratura do Auto de Infração foi devidamente cumprido o disposto no art. 142 do CTN, bem como nos artigos 15, 19, 26, 28, 30, 38, 39 (em especial quanto ao inciso III e §§), 41, 42, 43, 44, 45 e 46, do RPAF; c) o processo se conforma nos artigos 12, 16, 22, 108, 109 e 110 do mesmo regulamento; d) a infração está claramente descrita, corretamente tipificada e tem suporte nos demonstrativos e documentos fiscais autuados, emitidos na forma e com os requisitos legais (fls. 04-28 e CD de fl. 29); e) a infração está determinada com segurança, bem como identificado o infrator, constato não haver vício a macular o PAF em análise.

Ainda que fosse necessária – o que não é o caso – o pedido de perícia formulado pelo Impugnante não atende ao disposto no art. 145 do RPAF, por ausência de fundamentação e quesitos a serem respondidos. Portanto, por entende-la desnecessária em vista das provas autuadas e o fato não depender de conhecimento especial de técnicos, com fundamento no art. 147, II, “a” e “b” do RPAF, indefiro o pedido formulado.

De logo, ressalto tratar-se de tributo originalmente sujeito a lançamento por homologação (CTN: art. 150) em que a legislação atribui ao sujeito passivo a prática de todos os atos de valoração da obrigação tributária, inclusive o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, cabendo a esta apenas homologar os atos de natureza fiscal do contribuinte no prazo decadencial. Nesse caso, ainda que sobre a obrigação tributária não influam quaisquer atos anteriores à homologação, praticados pelo sujeito passivo ou por terceiro, em sendo praticados, os atos são, porém, considerados na apuração do saldo porventura devido e, sendo o caso, na imposição de penalidade, ou sua graduação (§§ 2º e 3º do artigo 150 do CTN).

Quanto ao mérito, até admitindo a necessidade de estorno do crédito, o Impugnante argui preliminar acusando erro na metodologia de cálculo do estono que teve o valor do ICMS apurado com base no valor das mercadorias, bem como na alíquota de entrada utilizada de forma preponderante nos períodos de apuração imediatamente anteriores, ambos informados pela empresa através das respectivas EFDs, quando se deveria observar, no momento do cálculo do imposto, o regime tributário, alíquota e base de cálculo próprios de cada mercadoria (fl. 52, dos autos).

Atento que a questão em lide não é novel no âmbito desse CONSEF, inclusive envolvendo o mesmo contribuinte. Cito, como exemplo, o Acórdão JJJ Nº 0251-02/13, cuja decisão contraria ao

interesse do contribuinte e a favor do fisco foi ratificada na instância recursal pelo Acórdão CJF Nº 0251-11/14.

É que ao que aqui interessa, regendo a matéria em lide está a seguinte normativa:

LC 87/96

Art. 21. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

...

IV - vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se.

Lei 7014/96

Art. 30. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

...

IV - vier a perecer, deteriorar-se ou extraviar-se.

RICMS-BA/2012

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:

...

IV - vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar.

A acusação fiscal tem como suporte fático os demonstrativos de fls. 23-25 (sintéticos e analíticos impressos por amostragem) e constante na mídia CD de fl. 29, na integridade. Identificando detalhadamente as operações com nº de cada documento, data de emissão, CNPJ emitente, UF, CST, CFOP, Cód. Item, NCM, Descrição da mercadoria, Nº Item, Valor, Base de Cálculo, Alíquota e Vlr do ICMS exigido, de modo que estando na posse do contribuinte, inclusive por ele registrados na Escrituração Fiscal Digital de onde se extraíram os dados da exação, não há falar em falta de apresentação de todos os documentos fiscais, iliquidez e incerteza jurídica do crédito tributário em constituição pelo lançamento em apreço.

Neste caso, o argumento defensivo de mérito estriba-se no fato de entender que as perdas encontram-se dentro de padrões de normalidade, tendo, inclusive, contratado e realizado trabalho técnico para verificação dos índices de perdas ocorrentes em seus estabelecimentos, de modo a parametrizar as “baixas de estoque” promovidas no período compreendido pela autuação, o que comprovaria a lisura de seu procedimento, não havendo de “ser estornado o crédito quando a perda for inerente ao processo de comercialização ou produção, for dentro dos limites tecnicamente aceitos para a atividade” e quando o Autuante exige o estorno do crédito de ICMS relativo à aquisição dos itens, vai de encontro à própria lógica da exigência de estorno (fl. 54).

Por sua vez, e no que pertence à metodologia aplicada no cálculo da exação, a Autoridade Fiscal autuante assevera que as alegações que apenas questionam a metodologia de cálculo do imposto devido por um suposto equívoco ou falta de sustentação legal no arbitramento dos valores devidos carecem de fundamento, uma vez que o imposto teve como base os valores e quantidades informadas pela própria empresa autuada em suas operações de “baixa de estoques” decorrentes de perda, roubo ou deterioração e que aplicou a alíquota preponderante nos termos previstos pelo inciso IV c/c o Parágrafo 2º do art. 22 da Lei 7014/96 c/c o inciso I do Parágrafo 5º do art. 312 do RICMS-BA/2012.

Então, vejamos tal normativa:

LEI 7014/96

Art. 22. A autoridade lançadora poderá arbitrar a base de cálculo do ICMS, quando não for possível a apuração do valor real, nas seguintes hipóteses:

...

IV - qualquer outro caso em que se comprove a sonegação do imposto.

RICMS-BA/2012

Art. 312. O sujeito passivo deverá efetuar o estorno do imposto de que se tiver creditado, salvo *disposição em contrário, sempre que o serviço tomado ou a mercadoria entrada no estabelecimento:*

...

IV - vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar.

...

§ 5º Na determinação do valor a ser estornado, observar-se-á o seguinte:

I - não sendo possível precisar a alíquota vigente no momento da entrada ou da aquisição da mercadoria ou da utilização do serviço, ou se as alíquotas forem diversas em razão da natureza das operações ou prestações, aplicar-se-á a alíquota das operações ou prestações preponderantes, se possível identificá-las, ou a média das alíquotas relativas às diversas operações de entrada ou às prestações contratadas, vigentes à época do estorno, sobre o preço mais recente da aquisição do mesmo tipo de mercadoria ou do serviço tomado;

Pois bem. Analisando os autos e ponderando as razões de acusação e defesa, de logo observo que, não protestando quanto à obrigatoriedade de efetuar o estorno do crédito discutido nos autos, conforme previsto na primeira normativa retro exposta, a alegação defensiva de preliminar de mérito reside na metodologia de cálculo aplicada no procedimento que entende indevida. Portanto, visto trata-se de arbitramento de base de cálculo, a superação dessa preliminar depende de apreciação de sua pertinência ou não no caso.

Ora, o Impugnante registra que “transitam cerca de 60.000 itens ativos expostos sob probabilidade real de riscos de acidentes que provocam perdas de mercadorias, tornando-as imprestáveis para a venda” (fl. 55) e que a EFD registra cerca de 1.000 (um mil) DANFES/NFES relativos a operações de saídas com CFOP 5927 – Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração, objeto da autuação, cujo obrigatório estorno de crédito, segundo ele, deveria ser objeto no lançamento em contraditório, observando, no momento do cálculo do imposto, o regime tributário, alíquota e base de cálculo próprios de cada mercadoria (fl. 52, dos autos), o que dado ao dimensionamento e rotatividade das operações comerciais do sujeito passivo, converte-se em impossível tarefa a ser realizada na forma requerida pelo Impugnante.

Portanto, constatada a obrigatoriedade do estorno do crédito não efetuada tempestivamente pelo contribuinte autuado e a impossibilidade de ser objeto de lançamento fiscal de ofício na forma tida correta pelo Impugnante, inclusive observando que não há contestação quanto aos documentos, quantitativos e valores das operações extraídos dos registros da EFD pelo próprio contribuinte cumprindo obrigações legais de modo a retratar a realidade de sua movimentação empresarial com repercussão tributária, por ser previsto legalmente, entendo pertinente a metodologia aplicada no procedimento fiscal em sede de revisão neste órgão administrativo judicante.

Isto porque, como claro e expressamente consagra o § 5º, do art. 312 do RICMS-BA, para o estorno em pauta, não sendo possível precisar a alíquota vigente no momento da entrada ou da aquisição da mercadoria ou se as alíquotas forem diversas em razão da natureza das operações ou prestações, aplicar-se-á a alíquota das operações ou prestações preponderantes (que é o caso), cabe ao fisco sem linha de prioridade, aplicar a alíquota das operações ou prestações preponderantes (como regularmente feito neste caso) ou a média das alíquotas relativas às diversas operações de entrada ou às prestações contratadas, vigentes à época do estorno, sobre o preço mais recente da aquisição do mesmo tipo de mercadoria ou do serviço tomado

Portanto, tenho por superanda a preliminar de mérito arguida.

Quanto ao mérito do caso, a alegação defensiva reside em que as perdas mencionadas corresponderiam ao índice de “perdas normais” que ocorrem em suas operações comerciais, de armazenagem, expedição, distribuição e entrega das mercadorias.

Neste sentido, esclarece-se que diferente do que tenta o argumento defensivo, o caso não se vincula ao legítimo direito de o contribuinte processar a correspondente “baixa do estoque” relativas às mercadorias de efetiva perda, roubo ou deterioração, uma vez que a exação tem por fundamento a falta do correspondente estorno dos créditos fiscais apropriados quando da entrada das mercadorias objeto de “baixa de estoque” realizadas no período compreendido pelo procedimento fiscal, tendo em vista que tais mercadorias não mais são objeto de tributação por saída subsequente, tudo conforme estatuído no art. 30, IV da lei do ICMS da Bahia (Lei 7014/96), e falta de previsão legal para manutenção do crédito fiscal como argumenta o Impugnante, ao alegar, sem o necessário elemento de prova como exige o art. 123 do RPAF, que “o custo das mercadorias deterioradas/perecidas é embutido no valor das demais vendas”.

Ademais, cabe registrar que o Laudo Técnico apresentado pelo Impugnante se limita a concluir pela existência de perdas nos percentuais nele pontuados, fato que foge ao escopo deste lançamento, já que aqui não cabe a extensão do admitido abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, a título de quebra (perecimento), independentemente de comprovação, devendo o valor ser especificado na Nota Fiscal emitida pelo substituto tributário para acobertar a operação, regra especificamente instituída pelo legislador no uso de sua competência tributária, para operações realizadas pelos fabricantes de cervejas, refrigerantes e outras bebidas acondicionadas em embalagens de vidro (RICMS-BA: Art. 289, § 1º), inclusive, sem vínculo com as citadas decisões do CONSEF na Impugnação, por corresponder a distinta atividade da exercida pelo sujeito passivo deste PAF:

Art. 289. Ficam sujeitas ao regime de substituição tributária por antecipação, que encerre a fase de tributação, as mercadorias constantes no Anexo 1 deste regulamento.

...

§ 13. Nas operações realizadas pelos fabricantes de cervejas, refrigerantes e outras bebidas acondicionadas em embalagens de vidro, é admitido o abatimento de 1% do valor da base de cálculo do imposto devido por substituição tributária, a título de quebra (perecimento), independentemente de comprovação, devendo o valor ser especificado na Nota Fiscal emitida pelo substituto tributário para acobertar a operação.

Quanto ao entendimento esposado pela defendente de que se refere à multa que, no caso, seria confiscatória diante do percentual aplicado, tenho por impedido manifestar-me a respeito, por expressa vedação do artigo 167 do RPAF.

Por não haver dúvida quanto à interpretação da normativa a respeito, a disposição do art. 112 do CTN não cabe ao caso.

Por tais razões, voto pela PROCEDÊNCIA do Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **278904.0001/19-6**, lavrado contra **FERREIRA COSTA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$350.868,10**, acrescido da multa de 60%, prevista no artigo 42, VII, alínea “b” da Lei 7.014/96, e dos acréscimos legais devendo ser homologado os valores já efetivamente recolhidos.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 10 de agosto de 2021.

JORGE INÁCIO DE AQUINO – PRESIDENTE/RELATOR

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA - JULGADOR

VALTÉRCIO SERPA JÚNIOR - JULGADOR