

PROCESSO - A. I. Nº 278904.0001/19-6
RECORRENTE - FERREIRA COSTA & CIA. LTDA.
RECORRIDO - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JJF nº 0147-02/21-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET: 05/04/2022

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0053-12/22-VD

EMENTA: ICMS. 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. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVIDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Cuidam os autos de Recurso Voluntário (fls. 180 a 200) em face da Decisão da 2ª Junta de Julgamento Fiscal (JJF) deste CONSEF, que julgou Procedente o Auto de Infração em epígrafe, lavrado em 28/12/2018 e notificado ao Sujeito Passivo em 04/01/2019, a exigir ICMS no montante de R\$360.868,10, além de multas moratórias e acréscimos legais, em decorrência do cometimento de uma infração nos exercícios de 2016 e 2017.

No Auto de Infração, o enunciado da acusação fiscal foi redigido da seguinte maneira:

INFRAÇÃO 1 - 01.05.09: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal do ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram extraviadas. Falta de destaque e consequente recolhimento do 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 de 2016 e 2017, conforme escrituração e demonstrativos anexos, contrariando o disposto no inc. IV do art. 312 do RICMS/BA, aprovado pelo Dec. 13.780/12. Valor do ICMS apurado com base no valor das mercadorias, bem como na alíquota de entrada utilizada de forma preponderante, nas entradas no período de apuração imediatamente anteriores, ambos informados pela empresa através das respectivas EFD. [...] **Enquadramento legal:** Art. 30, inciso IV, da Lei 7.014/96 C/C art. 312, inciso IV do RICMS, publicado pelo Decreto nº 13.780/2012. **Multa:** Artigo 42, inciso VII, alínea “b”, da Lei 7.014/96.

Ao dirimir a lide, a 2ª JJF exarou as seguintes razões:

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 constata 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 estorno 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 JJF 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 apropriação.

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 I 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.

Regularmente intimado, o autuado, por intermédio de procurador, interpôs Recurso Voluntário aduzindo que asserções reiterativas da peça de Defesa:

- a) preliminarmente, que houve erro na metodologia do cálculo do estorno do crédito fiscal, pois nos termos do art. 310, inciso IV, do caput e § 5º do RICMS-BA/12, a utilização da alíquota preponderante é excepcional, de modo que “o levantamento apresentado não é suficiente para fazer subsistir a exigência fiscal”;
- b) que a acusação é improcedente, dada a desnecessidade de estorno do crédito em razão de perdas normais, já que o art. 293 do RICMS-BA/12 seria fundamento para a manutenção de

crédito fiscal integral no caso de perdas normais de mercadorias, o que atende ao disposto no art. 21, inciso IV da Lei Complementar nº 87/96, e tece longas considerações sobre o conceito de perdas normais;

- c) aduz que a multa aplicada é desproporcional e exorbitante, apresenta decisões do STF para corroborar sua tese e entende ter restado comprovada a abusividade da penalidade aplicada, em caráter absolutamente desproporcional à infração, pleiteia “*a improcedência da autuação no que atine à multa fixada, ou, subsidiariamente, para sua redução a patamar razoável (entre 20% e 30%)*”;
- d) que seja aplicado o princípio do *in dubio pro contribuinte* presente no art. 112 do CTN.

Recebidos os autos, estes foram a mim atribuídos em 25/01/2022 e, por considerá-los devidamente instruídos, solicitei ao Sr. Secretário que providenciasse a sua inclusão em pauta. Trago-os, pois, a esta sessão de 21/02/2022 para julgamento, oportunidade em que se fez presente o advogado Dr. Alexandre de Araújo Albuquerque com OAB/PE nº 25.108 para fazer sustentação em nome do recorrente.

VOTO

Conheço do recurso, pois vislumbro presentes os pressupostos de admissibilidade, com destaque à tempestividade e ao cabimento (arts. 169 e 171 do RPAF/99).

Conforme destacado no Relatório, a Recorrente reedita os argumentos de defesa, de modo que o *thema decidendum* se limita ao exame de ter agido com acerto, ou não, o órgão julgador de primeiro grau naquilo que examinou sobre os argumentos defensivos.

O debate é relevante, pois tem como fundo a viabilidade normativa de manutenção de crédito fiscal (do ICMS incorrido em operações e/ou etapas antecedentes da cadeia econômica das mercadorias) na eventualidade de perdas “normais” do processo empresarial de um comerciante varejista.

Ou seja, não se negam os fatos da perda e da manutenção do crédito fiscal, mas defende-se: (i) que há direito à manutenção; (ii) que o critério utilizado para o lançamento não tem sustentação na legislação tributária; e que (iii) a multa aplicada não se sustenta, ou deve ser reduzida.

Pois bem. Examinando os autos, peço licença para tratar primeiramente da questão dita de mérito, pois a seguinte, tratada como “preliminar”, acaba por se confundir com o mérito (a quantificação do lançamento é, obviamente, subsequente à subsistência da infração).

Não procedem as alegações defensivas em torno do direito à manutenção do crédito fiscal. Este Conselho conhece minhas ressalvas em torno da verificação das perdas normais em processos produtivos, mas o fato é que se está a tratar de atividade comercial, e a verificação da manutenção de estoques é um dever do comerciante, seja para cumprimento de deveres para com os participantes na sociedade, seja para com terceiros, inclusive o fisco. A legislação (empresarial e tributária), outrossim, determina em dispositivos esparsos os mecanismos de controle de perdas, recorrendo a normas técnico-contábeis para apuração periódica do balanço social (art. 1.065 do Código Civil, por exemplo).

Portanto, afasta-se a negativa genérica do dever de controle de perdas, que, do contrário tornaria a empresa econômica inviável, e o controle dos tributos devidos impossível.

Partindo-se da premissa de que o controle de perdas e quebras é um dever do comerciante, empresário e contribuinte, calha questionar: quem deve suportar o ônus fiscal com os tributos que, recolhidos em etapas anteriores de um tributo destinado a ser suportado indiretamente pelo consumidor final (como o caso do ICMS), não chega a ser em tese transladado (repercuído) por força das perdas?

Este debate ultrapassa o aspecto meramente jurídico, ou econômico, e atinge as raias políticas: é preciso verificar se a legislação, nesse caso, efetivamente admite a manutenção integral dos créditos fiscais em caso de perdas.

Com a devida vênia, as disposições legais trazidas pelo Sujeito Passivo não sustentam um direito amplo, irrestrito e genérico de manutenção de créditos fiscais de mercadorias que foram (como o foram) regularmente escriturados pelo comerciante como extraviados, perdidos, furtados etc., ainda que essas perdas advenham estatisticamente de ocorrências normais, ou seja, historicamente esperadas.

Muito ao revés, a Lei nº 7.014, de 04/12/1996 (que regula o ICMS na Bahia) traz expressa disposição:

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.

Em linha, aliás, com a argumentação do Sujeito Passivo, como dar tratamento conforme o art. 293 do RICMS-BA/12, se o mesmo argumenta que as “quebras” não foram anormais? Cabe transcrever a disposição:

Art. 293. Na hipótese de perda, extravio, desaparecimento, inutilização, sinistro ou quebra anormal de mercadorias recebidas com ICMS pago por antecipação, quando devidamente comprovadas tais ocorrências, sendo impossível a revenda das mercadorias, o contribuinte poderá utilizar como crédito fiscal o valor do imposto pago antecipadamente, vedado, contudo, o crédito relativo ao ICMS da operação normal, devendo a nota fiscal, emitida para esse fim, especificar as quantidades e espécies de mercadorias, seu valor e o imposto recuperado, e conter observação acerca do motivo determinante desse procedimento.

O tratamento para a auditoria dos estoques, a propósito, quando diante de quebras normais, é relembrado até mesmo na Portaria nº 445/98, que dispõe expressamente em seu art. 5º, parágrafo único, que em sendo constatada omissão de saídas dentro dos limites percentuais estabelecidos no parágrafo único do art. 3º (daquele ato normativo), deve-se exigido o estorno proporcional do correspondente crédito fiscal.

Isso porque se espera que essas perdas sejam registradas no custo, inclusive em relação aos créditos fiscais não apropriáveis e/ou estornáveis, para que em última análise a repercussão econômica (das perdas e extravios) sejam ou suportadas pelo consumidor, em seu custo, ou afastadas pelo mercado (dada a ineficiência no controle e redução dessas perdas).

Nesse passo, a despeito da argumentação do Sujeito Passivo, não vejo nos autos uma demonstração inequívoca de que tal transladação se operou, por meio do preço das mercadorias não extraviadas.

Portanto, considero acertada a decisão de primeiro grau em relação ao mérito.

Partindo ao exame da crítica à metodologia empregada pela fiscalização para a quantificação do lançamento, o que foi elencado em Defesa e em Recurso Voluntário como “preliminar” (ou seja, implicando eventual nulidade do Auto de Infração), mais uma vez me parece acertada a decisão de primeiro grau.

Ora, estabelecida a premissa de que o dever de estorno dos créditos fiscais não foi cumprido, caberia a utilização de medida legal e plausível para a quantificação da infração. Uma vez que a metodologia se encontra, sim, prevista na legislação (e o foi escrupulosamente indicada no corpo do auto de infração e também no Acórdão recorrido), caberia ao Sujeito Passivo indicar, segundo a metodologia que entende correta, qual seria esta. Não basta negar genericamente a infração para obter sucesso, consoante o art. 123 do RPAF/99, muito bem lembrado pelo órgão de piso.

Com a devida licença, o Sujeito Passivo não se desincumbiu satisfatoriamente do seu ônus argumentativo e probatório. Afasto a preliminar que, repito, em minha visão se confunde com o mérito, ou ao menos a ele é subsequente.

Em muitas situações, mesmo sem alegação do Sujeito Passivo, este Conselho tem-se valido do princípio “*in dubio pro contribuinte*”, sobremodo quando dos autos decorre alguma dúvida razoável em relação à infração, a sua determinação e quantificação, mas não é o que se vê nos presentes autos.

Enfim, também em relação à multa aplicada, em que pese a opinião pessoal desta relatoria, reconhece-se que a competência deste órgão administrativo de julgamento encontra-se delimitada.

Se há previsão em Lei (art. 42, inciso VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96) para a multa de 60% sobre o imposto que se infere omitido dado não estorno do crédito fiscal nas perdas, não será na via administrativa que o Contribuinte encontrará guarida à sua pretensão.

Desse modo, a decisão de primeiro grau foi acertada, pois se reporta aos limites da competência do Conselho (em primeiro e em segundo grau de julgamento) para apreciar matéria emanada de autoridade superior (art. 125 do COTEB).

Na mesma linha, a constitucionalidade da multa aplicada deve ser afastada. Em que pese o posicionamento pessoal desta relatoria, deve-se reconhecer que esta foi a opção política da Casa que representa o Povo da Bahia, ao não conferir ao CONSEF competência para, dentre outras, declarar constitucionalidade, e apreciar ato emanado de autoridade superior - art. 125 do COTEB.

Pelo exposto, conhecendo do Recurso Voluntário, sou pelo NÃO PROVIMENTO, mantendo a decisão de primeiro grau no sentido de julgar o Auto de Infração PROCEDENTE.

É como voto.

RESOLUÇÃO

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

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de fevereiro de 2022.

MAURÍCIO SOUZA PASSOS – PRESIDENTE

HENRIQUE SILVA DE OLIVEIRA – RELATOR

RAIMUNDO LUIZ DE ANDRADE – REPR. DA PGE/PROFIS