

A. I. Nº - 232943.0006/21-5
AUTUADO - MAGAZINE LUIZA S/A
AUTUANTE - REGINALDO CAVALCANTE COELHO
ORIGEM - DAT SUL / IFEP SUL
PUBLICAÇÃO - INTERNET – 28/12/2022

3ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0256-03/22-VD

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. ESTORNO DE DÉBITO NÃO EFETUADO. MERCADORIAS EXTRAVIADAS. A legislação deste Estado estabelece que o contribuinte deve estornar ou anular o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, quando as mercadorias perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio. Excluídos os valores alcançados pela decadência. Rejeitada a preliminar de nulidade. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 21/06/2021, refere-se à exigência de R\$ 115.163,35 de ICMS, acrescido da multa de 60%, em decorrência da seguinte irregularidade:

Infração 01 – 001.005.009: Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram extraviadas, nos meses de maio e junho de 2016; abril e maio de 2017; março, maio, junho e setembro de 2018.

O autuado, por meio de advogado, apresentou impugnação às fls. 30 a 39 do PAF. Na oportunidade, requer sejam encaminhadas as notificações e intimações de todos os atos concernentes a este processo administrativo em nome dos advogados Erick Macedo, inscrito na OAB/PB sob o nº 10.033 e na OAB/PE sob o nº 659-A e José Aparecido dos Santos, inscrito na OAB/SP sob o nº 274.642, sob pena de nulidade.

Reproduz a descrição da infração, os dispositivos considerados infringidos e da multa aplicada, comenta sobre a tempestividade da defesa e afirma que passa a expor os fundamentos que impõem a declaração de nulidade da autuação ou, subsidiariamente, a sua improcedência.

Antes de tratar do mérito propriamente dito, afirma ser indispensável registrar que parcela do crédito tributário se encontra extinta pela decadência. Trata-se de parcela do ICMS e da correlata multa aplicada, quanto aos fatos geradores ocorridos em 31/05/2016 e 30/06/2016, que totalizam R\$ 7.692,00 (sete mil, seiscentos e noventa e dois reais).

Ressalta que o artigo 150, § 4º, do Código Tributário Nacional, é o dispositivo legal que disciplina o prazo decadencial para o lançamento fiscal para os tributos sujeitos a lançamento por homologação – como é o caso do ICMS, objeto da presente autuação –, isto é, o prazo de que dispõe a Fazenda Pública para lançar os créditos tributários a que entende fazer jus. Transcreve o art. 150, § 4º, do CTN.

Alega que o Fisco detém todas as informações do contribuinte, e o prazo decadencial para a Fazenda rever o crédito tributário do período é de 5 (cinco) anos contados da data da ocorrência do fato gerador. O que se aplica tanto aos contribuintes que tenham realizado a entrega da declaração em valor inferior àquele que a Fazenda venha a considerar devido, quanto aos que apenas tenham recolhido a menos o imposto declarado.

Explica: se houve declaração e pagamento antecipado por parte do contribuinte (e, portanto, caracterizou-se o *lançamento pendente de homologação*), o direito do Fisco de lançar eventuais *diferenças* que entender devidas observará o prazo decadencial previsto no art. 150, § 4º, do CTN.

Registra que, na linha da sólida jurisprudência do Superior Tribunal de Justiça, confirmada sob a sistemática de recursos repetitivos, no que diz respeito a tributos sujeitos a lançamento por homologação, caso tenha havido pagamento do tributo por parte do contribuinte, ainda que em caráter parcial (isto é, ainda que em valor inferior ao que o Fisco entende devido), o prazo decadencial para lançamento de eventuais diferenças observa a regra do art. 150, § 4º, do CTN (REsp 973733/SC, Rel. Ministro Luiz Fux, PRIMEIRA SEÇÃO, julgado em 12/08/2009, DJe 18/09/2009).

Informa que no caso em tela, foi notificado do lançamento em 05/08/2021, já tendo transcorridos 5 (cinco) anos dos fatos geradores ocorridos em 31/05/2016 e 30/06/2016, estando evidentemente consumado o prazo decadencial, razão pela qual essa parcela do suposto crédito tributário deve ser julgada extinta, por força do artigo 156, V, do Código Tributário Nacional.

Também alega nulidade da Autuação por ausência de indicação de dispositivo que fundamentou a cobrança do imposto, afirmando que embora haja, no Auto de Infração, cobrança de valores referentes a principal e multa, há apenas indicação do dispositivo legal que fundamenta a cobrança da multa, sem qualquer menção ao dispositivo que baseia a cobrança do principal.

Alega que os dispositivos mencionados no Auto de Infração não guardam relação com a cobrança pretendida pela fiscalização do imposto principal, mas apenas com o que diz respeito à cobrança da penalidade. Reproduz o art. 39, III do RPAF-BA/99.

Ainda que se argumente que se trata de um mero erro material, alega que o Autuante teve a oportunidade de trazer mais elementos para dar suporte à autuação no demonstrativo analítico juntado aos autos, porém, mesmo assim, não apresentou qualquer informação ou explicação que justificasse o valor cobrado a título de principal.

Diz que o Auto de Infração em tela não traz qualquer elemento que justifique a cobrança do ICMS pretendida, razão pela qual pugna por sua nulidade.

No item IMPROCEDÊNCIA DO AUTO DE INFRAÇÃO. POSSIBILIDADE DE MANUTENÇÃO DO CRÉDITO FISCAL OBJETO DE ESTORNO PELA FISCALIZAÇÃO, alega que a conduta descrita não configura ato infracional à Legislação Tributária. Ao contrário do que consta na peça acusatória, o sujeito passivo tem o direito de manter os créditos de ICMS mesmo na hipótese em que os bens correlatos foram perdidos, roubados ou deteriorados.

Diz que a Constituição Federal, delineando o perfil do ICMS, sujeitou o referido imposto a uma importante regra geral: o imposto será não-cumulativo, de sorte que o seu recolhimento em virtude de uma operação deverá gerar, ao sujeito passivo, crédito para abatimento do débito devido pelas operações subsequentes. É o que preconiza o art. 155, § 2º, I, da CF/88, que transcreveu.

A esse respeito, afirma que se deve notar, primeiramente, que o art. 155, § 2º, I, da Carta Política emprega o *modal deôntico* “será”, a dar conta de que a não-cumulatividade do ICMS não constitui faculdade do legislador estadual, mas imposição constitucional estabelecida em relação a esse tributo.

Se o constituinte se utiliza de um verbo de cunho impositivo (“será”) em um momento e um de natureza permissiva em outro (“poderá”), é porque ele almeja deixar claro que as previsões contêm comandos cuja observância se dá de maneira diversa. No primeiro caso (hipótese do princípio da não-cumulatividade), a previsão normativa é obrigatória, inderrogável; não há espaço para atuação do legislador infraconstitucional em sentido diverso. No segundo (caso do princípio da seletividade), tem-se o contrário: outorga-se aos Estados a realização dos juízos de conveniência e oportunidade para definir se o imposto, em seu território, será, ou não, seletivo.

Menciona ensinamento de Roque Antônio Carrazza e afirma que, tendo o constituinte

estabelecido que o ICMS será não-cumulativo, somente ele (o próprio constituinte) pode estabelecer exceções a essa regra, as quais, salvo disposição constitucional em sentido diverso, comporão um rol *numerus clausus*.

E isso foi efetivamente feito. Nos termos do art. 155, § 2º, II, da CF/88, os créditos de ICMS deverão ser estornados duas hipóteses taxativas: isenção e não-incidência.

Diante disso, afirma que se infere, com absoluta segurança, que deverá haver estorno de créditos de ICMS apenas e tão somente quando se estiver diante de isenção ou não-incidência. Fora desses dois casos, não há exceção constitucional à não-cumulatividade, razão pela esta obrigatoriamente haverá de ser observada, de sorte a permitir a compensação do que já foi pago com o débito superveniente (art. 155, § 2º, I, da CF/88).

Nesse sentido, cita a jurisprudência do Supremo Tribunal Federal e conclui que na esteira da orientação ministrada pela doutrina balizada e pela Suprema Corte, tem-se que: (a) o ICMS é imposto obrigatoriamente não-cumulativo e (b) as exceções a essa regra têm que estar previstas na Constituição Federal e correspondem apenas aos casos de isenção e não-incidência.

Ressalta que o artigo 30, IV, da Lei Estadual n.º 7.014/96 c/c artigo 312, IV, do RICMS/BA, tencionam criar uma terceira, e indevida, hipótese de anulação do crédito de ICMS: a perda, a deterioração e o extravio do bem. De acordo com o preceptivo legal, o fato de tais eventos se sucederem com os bens cuja aquisição deram ensejo à tomada do crédito implicaria o dever do contribuinte de estornar dito crédito, ainda que isso, inequivocamente, não corresponda nem a isenção, nem a não-incidência.

Alega que a inconstitucionalidade desses dispositivos – e, por consectário lógico, do auto de infração, por nele se amparar – é flagrante. Diz que a lei estadual não observou os parâmetros constitucionalmente definidos como hipóteses de estorno dos créditos desse imposto, criando um novo caso a despeito de não ter competência para tanto. Dessa forma, terminou por ofender a não-cumulatividade do tributo.

Entende que não se pode dizer que o fato de o art. 21, IV, da LC nº 87/96 também prever o suposto dever de estorno no caso de perda, extravio ou deterioração tornaria válida a previsão contida na legislação baiana. Em adiantamento a esse argumento, afirma ser oportuno destacar que a disposição federal não tem o condão de validar a estadual porque também ela é inconstitucional.

Observa que conforme demonstrado, os casos em que se pode restringir o direito de crédito de ICMS têm que estar previstos na Constituição Federal, não poderia a LC nº 87/96 inovar nessa matéria. A expansão de cenários em que cabe o estorno promovida pela citada lei complementar extrapola o disposto pelo legislador constitucional, afrontando a Carta Política.

Nesse sentido, alega que se deve observar que a atribuição conferida pelo art. 155, XII, alínea “c”, da CF/88 à lei complementar para dispor sobre normas gerais do ICMS e, especificamente, sobre a não-cumulatividade de tal imposto de modo algum significa que a lei complementar possa criar outras hipóteses do dever de estorno do crédito fiscal.

Diz que o papel dessa lei é o de instrumentalizar a não-cumulatividade, o que não abrange a possibilidade de conferir a esse princípio outros contornos que não os constitucionais. É o que ensina José Eduardo Soares de Mello, Roque Antônio Carrazza e Aliomar Baleeiro.

Entende que ao prever outras hipóteses de estorno do crédito do imposto estadual para além daquelas já disciplinadas constitucionalmente, o art. 21, IV, da LC nº 87/96 incorre em vício de inconstitucionalidade material e, portanto, não pode justificar a semelhante previsão contida na legislação do estado da Bahia, que também ofende a Carta Política. Sob qualquer ângulo que se encare a questão, a conclusão que se obtém é a de que impedir o aproveitamento de crédito nas hipóteses de perda, extravio ou perecimento é afrontar a Constituição da República e, assim, é ilegítima.

Conclui que a exigência de estorno contida no artigo 30, IV, da Lei Estadual n.º 7.014/96 c/c artigo 312, IV, do RICMS/BA, vai de encontro ao art. 155, § 2º, II, “b”, da CF/88, representando ofensa inconstitucional ao princípio da não-cumulatividade, restando forçoso concluir que acusação fiscal que lhe foi imputada com fulcro nos citados dispositivo legal deve ser julgada improcedente.

Alega, ainda, APLICAÇÃO DE MULTA EM PATAMAR CONFISCATÓRIO, afirmando que, entre as limitações do poder de tributar, a Constituição Federal de 1988 incluiu a proibição de “utilizar tributo com *efeito* de confisco” (artigo 150, inciso IV). A vedação representa um limite material ao exercício da competência tributária, inspirado nas ideias de moderação, razoabilidade e proporcionalidade. Vedar o confisco é, nessa linha, impedir a destruição da propriedade privada (artigo 5º, XXII) pelo sistema tributário e proteger a liberdade de iniciativa (artigo 170, *caput*).

Embora o texto constitucional mencione apenas “tributos”, observa que a orientação acolhida pela jurisprudência do Supremo Tribunal Federal confere leitura extensiva ao artigo 150, inciso IV, da Constituição, é que as multas fiscais, embora não sejam tributos, sujeitam-se ao princípio constitucional que veda que os instrumentos fiscais resultem em confisco. Cita decisão do STF.

Diz que o Excelso Tribunal, com base na vedação ao confisco, firmou precedente no sentido de que a multa por descumprimento de obrigação acessória deve ser limitada ao percentual de 20% (vinte por cento), e que não é diverso o entendimento prevalente no âmbito dos Tribunais Regionais Federais.

Ressalta que no caso dos autos, a multa aplicada na hipótese em apreço, no percentual de 60% (sessenta por cento) exorbita, em muito, os limites adotados pelo STF e pelos demais tribunais pátrios. Por esse motivo, com fundamento no art. 150, IV, da CF/88, deve-se reconhecer a improcedência do auto de infração quanto a esse particular.

Diante do exposto, requer que:

- a) seja reconhecida parcial decadência do crédito tributário;
- b) seja reconhecida a nulidade do auto de infração no tocante à cobrança do principal, ante a ausência, no auto de infração, do dispositivo que fundamenta a sua cobrança;
- c) seja reconhecida improcedência da acusação fiscal, uma vez que o estorno por ela exigido é inconstitucional, por afrontar o art. 155, § 2º, II, “b”, da CF/88;
- d) subsidiariamente, caso não sejam acolhidos os pedidos anteriores, seja reduzido o valor da multa fixada de 60% para 20% do montante do débito principal apurado, em obediência ao princípio do não-confisco, estatuído no art. 150, IV, da CF/88.

O autuante presta informação fiscal às fls. 43/44 dos autos. Diz que a autuação fiscal se refere à falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram extraviadas.

Faz uma síntese das alegações defensivas e informa que deve ser acatado o argumento defensivo quanto à decadência, por isso, excluiu os valores relativos aos fatos geradores ocorridos em 31/05/2016 e 30/06/2016.

Diz que o Defendente divaga sobre a interpretação da não cumulatividade do ICMS, sobre o necessário e justo estorno do crédito nas operações onde não ocorreu a consecução do seu objetivo final.

Afirma que o artigo 21 da LC 87/1996, bem como a legislação estadual, são de uma clareza ímpar e se sobrepõem a interpretações totalmente errôneas dos textos legais que transcreveu. Diz que não cabe ao Preposto Fiscal discutir sobre a dosimetria da multa.

Em decorrência da exclusão das parcelas relativas aos fatos geradores ocorridos em 31/05/2016 e 30/06/2016, informa que o presente Auto de Infração fica com a seguinte configuração:

Data Ocorr	Data Vencido	Base de Cálculo	Aliq %	Multa %	VL Histórico R\$
30/04/2017	09/05/2017	32.628,22	18,00	60,00	5.873,08
31/05/2017	09/06/2017	37.199,39	18,00	60,00	6.695,89
31/03/2018	09/04/2018	456.173,00	18,00	60,00	82.111,14
31/05/2018	09/06/2018	10.701,67	18,00	60,00	1.926,30
30/06/2018	09/07/2018	36.622,00	18,00	60,00	6.591,96
30/09/2018	09/10/2018	44.316,22	18,00	60,00	7.976,92
		TOTAL			111.175,29

Após a devida exclusão de parte do valor autuado, mantém a exigência do crédito tributário reclamado através do auto de infração em lide.

À fl. 46 Defendente foi intimado acerca da Informação Fiscal e apresentou manifestação às fls. 48 a 64 do PAF. Diz que o Autuante não se manifestou quanto ao argumento da ausência de dispositivo que fundamenta a cobrança do ICMS, e que reitera este ponto de grande relevância para o caso em tela.

Afirma que os dispositivos mencionados no Auto de Infração não guardam relação com a cobrança pretendida pela Fiscalização, mas apenas com o que diz respeito à cobrança da penalidade. Reproduz o art. 39 do RPAF-BA.

Diz que o Autuante não apresentou qualquer informação ou explicação que justificasse o valor cobrado a título de principal e que o Auto de Infração em tela não trouxe qualquer elemento que justificasse a cobrança do ICMS, razão pela qual pugna por sua nulidade.

Reproduz os argumentos apresentados na impugnação inicial, alegando improcedência do Auto de Infração e possibilidade de manutenção do crédito fiscal objeto de estorno pela Fiscalização, concluindo que a informação fiscal não deve ser mantida, e a acusação fiscal imputada deve ser julgada improcedente.

Também repete os argumentos defensivos quanto a aplicação da multa em patamar que alegou ser confiscatório, concluindo que a multa aplicada, no percentual de 60%, exorbita em muito os limites adotados pelo STF e pelos demais tribunais pátrios, e que se deve reconhecer a improcedência do presente Auto de Infração quanto a esse particular.

Pede que seja reconhecida a nulidade do Auto de infração no tocante à cobrança remanescente, ante a ausência na autuação, de dispositivo que fundamente a cobrança do ICMS.

Caso assim não se entenda, seja reconhecida a total improcedência da acusação fiscal, por entender que o estorno exigido é inconstitucional, por afrontar o art. 155, § 2º, II, “b” da CF/88.

Subsidiariamente, caso não sejam acolhidos os pedidos anteriores, seja reduzido o valor da multa fixada de 60% para 20% do montante do débito principal apurado, em obediência ao princípio do não confisco, estatuído no art. 150, IV da CF/88.

VOTO

O Defendente alegou que parcela do crédito tributário se encontra extinta pela decadência. Trata-se de parcela do ICMS e da correlata multa aplicada, quanto aos fatos geradores ocorridos em 31/05/2016 e 30/06/2016, que totalizam R\$ 7.692,00 (sete mil, seiscentos e noventa e dois reais). Mencionou o prazo de que a Fazenda Pública dispõe para lançar os créditos tributários a que entende fazer jus, e reproduziu o art. 150, § 4º, do CTN.

Na informação fiscal, o Autuante apresentou o entendimento de que deve ser acatado o argumento defensivo quanto à decadência, por isso, excluiu os valores relativos aos fatos geradores ocorridos em 31/05/2016 e 30/06/2016.

Conforme estabelece o art. 150 do CTN, *“O lançamento por homologação, que ocorre quanto aos tributos cuja legislação atribua ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, opera-se pelo ato em que a referida autoridade, tomando conhecimento da atividade assim exercida pelo obrigado, expressamente a homologa”*.

O § 4º estabelece que, *“se a lei não fixar prazo à homologação, será ele de 5 (cinco) anos, a contar da ocorrência do fato gerador; expirado esse prazo sem que a Fazenda Pública se tenha pronunciado, considera-se homologado o lançamento e definitivamente extinto o crédito, salvo se comprovada a ocorrência de dolo, fraude ou simulação”*. Neste caso, a contagem do prazo de decadência é a partir do fato gerador do tributo.

Por outro lado, de acordo com o art. 173, I do CTN, *“o direito de a Fazenda Pública constituir o crédito tributário extingue-se após cinco anos, contados do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado”*.

O entendimento firmado neste CONSEF, e em conformidade com a PGE - Incidente de Uniformização nº 2016.194710-0, é no sentido de que o lançamento por homologação seria aquele em que o sujeito passivo tem o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa, sendo aplicável a regra do art. 150, § 4º, do CTN, ou seja, o referido dispositivo aplica-se aos casos em que haja algum pagamento a ser homologado, de acordo com a apuração feita pelo contribuinte.

A partir dessa análise, pode-se apurar a existência de débito declarado e não pago e tributo não declarado e não recolhido (situação de total omissão, nada havendo a homologar), ou ainda, casos em que, mesmo havendo algum pagamento, o contribuinte agiu com dolo, fraude ou simulação.

O presente lançamento é decorrente de imposto lançado pelo contribuinte no livro Registro de Apuração do ICMS, e o consequente recolhimento a menos, neste caso, houve débito declarado com efetivação de pagamento parcial, o que enseja aplicação do § 4º, do art. 150, do CTN.

Vale ressaltar, que conforme Súmula nº 12 deste CONSEF, *“Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração”*.

No presente processo constam os fatos geradores do imposto relativos ao exercício de 2016 e o Auto de Infração foi lavrado em 21/06/2021, tendo como data de ciência 05/08/2021 (fl. 28 do PAF). Neste caso, os fatos geradores ocorridos de janeiro a julho de 2016 foram atingidos pela decadência, de forma que os créditos tributários lançados nos meses maio e junho do referido ano ficam extintos, consoante a regra do art. 156, inciso V do CTN, fato reconhecido pelo Autuante quando prestou informação fiscal.

O Defendente suscitou a nulidade da Autuação alegando ausência de indicação de dispositivo que fundamentou a cobrança do imposto, afirmando que embora haja, no Auto de Infração, cobrança de valores referentes ao principal e multa há apenas indicação do dispositivo legal que fundamenta a cobrança da multa, sem qualquer menção ao dispositivo que baseia a cobrança do principal.

Afirmou que os dispositivos mencionados no Auto de Infração não guardam relação com a cobrança pretendida pela fiscalização do imposto principal, mas apenas com o que diz respeito à cobrança da penalidade.

Observe que no campo próprio do Auto de Infração consta o enquadramento legal da exigência fiscal, citando o art. 30, IV da Lei 7.014/96 c/c art. 312, IV do RICMS-BA/2012, dispositivos abaixo reproduzidos.

Lei 7.014/96:

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.

Entendo que os dispositivos da Lei 7.014/96 e do RICMS-BA, citados no Auto de Infração, guardam relação com o imposto apurado pelo autuante, conforme a descrição da irregularidade apurada, e não implica nulidade da autuação se constatado algum equívoco na indicação de dispositivo da legislação tributária, tendo em vista que, pela descrição dos fatos, ficou evidente o enquadramento legal, de acordo com o art. 19 do RPAF-BA/99. A descrição dos fatos e dispositivos legais constantes no Auto de Infração indicam que a autuação fiscal trata de ICMS relativo ao estorno do imposto não efetuado pelo Contribuinte, estando evidente a motivação da exigência fiscal.

Rejeito a preliminar de nulidade, haja vista que a descrição dos fatos no presente Auto de Infração foi efetuada de forma compreensível, foram indicados os dispositivos infringidos e da multa aplicada, relativamente à irregularidade apurada, não foi constatada violação ao devido processo legal e a ampla defesa, sendo o imposto e sua base de cálculo apurados consoante o levantamento fiscal e não se encontram no presente processo os motivos elencados na legislação para se determinar a nulidade deste lançamento.

Quanto ao mérito, o presente Auto de Infração trata da falta de estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram extraviadas, nos meses de maio e junho de 2016; abril e maio de 2017; março, maio, junho e setembro de 2018.

O Autuado alegou que a conduta descrita não configura ato infracional à legislação tributária. Ao contrário do que consta na peça acusatória, o sujeito passivo tem o direito de manter os créditos de ICMS mesmo na hipótese em que os bens correlatos foram perdidos, roubados ou deteriorados.

Mencionou o art. 155, § 2º, I, da CF/88 e afirmou que se infere, com absoluta segurança, que deverá haver estorno de créditos de ICMS apenas e tão somente quando se estiver diante de isenção ou não-incidência. Fora desses dois casos, não há exceção constitucional à não-cumulatividade, razão pela qual esta obrigatoriamente haverá de ser observada, de sorte a permitir a compensação do que já foi pago com o débito superveniente.

Conforme prevê o art. 312 do RICMS-BA/2012, “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 vier a ser objeto de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência similar”.

O art. 30 da Lei 7.014/96, também prevê a necessidade de estorno.

Lei 7.014/96:

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.

Neste caso, a legislação deste Estado estabelece que o contribuinte deve estornar ou anular o crédito fiscal relativo às entradas ou aquisições de mercadorias, inclusive o crédito relativo aos serviços a elas correspondentes, quando as mercadorias perecerem, forem sinistradas, deteriorarem-se ou forem objeto de quebra anormal, furto, roubo ou extravio.

Entendo que a discussão neste PAF, não deve ser sobre a violação do princípio da não-cumulatividade e o direito ao crédito pelas aquisições de mercadorias ou quaisquer elementos que influenciem os valores a serem utilizados como crédito fiscal.

Quanto à necessidade de estorno de crédito não há ofensa ao princípio da não cumulatividade, assim como, não há ofensa à Lei Complementar que disciplina o regime de compensação do imposto, estabelecido na própria Constituição Federal, considerando que é permitida a utilização do crédito na proporção das saídas tributadas. Se não houve saída tributada da mercadoria em razão do seu extravio, perda, furto, deterioração, não há razão para se manter o crédito fiscal correspondente.

O Defendente apresentou o entendimento de que o artigo 30, IV, da Lei Estadual n.º 7.014/96 c/c artigo 312, IV, do RICMS/BA, tencionam criar uma terceira, e indevida, hipótese de anulação do crédito de ICMS: a perda, a deterioração e o extravio do bem. De acordo com o preceptivo legal, o fato de tais eventos se sucederem com os bens cuja aquisição deram ensejo à tomada do crédito implicaria o dever do contribuinte de estornar dito crédito, ainda que isso, inequivocamente, não corresponda nem a isenção, nem a não-incidência.

Afirmou que a inconstitucionalidade desses dispositivos – e, por consectário lógico, do auto de infração, por nele se amparar – é flagrante. Diz que a lei estadual não observou os parâmetros constitucionalmente definidos como hipóteses de estorno dos créditos desse imposto, criando um novo caso a despeito de não ter competência para tanto.

Vale ressaltar que este Órgão Julgador não tem competência para afastar a aplicabilidade da Legislação Tributária Estadual, assim como, não lhe cabe competência para decretar a inconstitucionalidade de seus dispositivos, em conformidade com o inciso I, do art. 167, do RPAF-BA/99.

Considerando que os procedimentos previstos na legislação não foram comprovados pelo Defendente, relativamente às hipóteses de perda, furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência com mercadorias ou bens, constatando-se que o Autuado manteve em sua escrita fiscal créditos de ICMS não permitidos pela legislação do ICMS, concluo pela subsistência do presente lançamento.

O Autuado alegou, ainda, que em relação à multa aplicada, no percentual de 60% (sessenta por cento) exorbita, em muito, os limites adotados pelo STF e pelos demais tribunais pátrios. Por esse motivo, com fundamento no art. 150, IV, da CF/88, afirmou que se deve reconhecer a improcedência do auto de infração quanto a esse particular.

Caso não sejam acolhidos os pedidos anteriores, pede que seja reduzido o valor da multa fixada de 60% para 20% do montante do débito principal apurado, em obediência ao princípio do não-confisco, estatuído no art. 150, IV, da CF/88.

Quanto à multa e acréscimos legais decorrentes da autuação, a sua aplicação é consequência da falta de recolhimento espontâneo do imposto, o que resultou na lavratura do presente Auto de Infração, tendo sido indicado corretamente o percentual de 60%, conforme estabelece o art. 42, inciso VII, alínea “b” da Lei 7.014/96.

Vale ressaltar, que essa Junta de Julgamento Fiscal não tem competência para apreciar pedido de redução ou cancelamento de multa decorrente de obrigação tributária, e como já mencionado neste voto, não cabe a este órgão julgador, a declaração de inconstitucionalidade da legislação estadual, nos termos do art. 167, I, do RPAF-BA/99, aprovado pelo Decreto nº 7.269/99.

Requeru o Impugnante que fossem encaminhadas as notificações e intimações de todos os atos concernentes a este processo administrativo em nome dos advogados Erick Macedo, inscrito na OAB/PB sob o nº 10.033 e na OAB/PE sob o nº 659-A e José Aparecido dos Santos, inscrito na OAB/SP sob o nº 274.642, sob pena de nulidade.

Não há impedimento para que tal providência seja tomada. Porém, observo que de acordo com o art. 26, inciso III, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado da Bahia – RPAF/BA, a intimação deve ser efetuada por escrito, endereçada ao contribuinte, seu preposto ou responsável, e a forma de intimação ou ciência da tramitação dos processos ao sujeito passivo encontra-se prevista nos arts. 108/109 do mencionado Regulamento, e o representante do autuado poderá cadastrar seu correio eletrônico junto a esta SEFAZ para receber correspondências.

Face ao exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração, no valor total de R\$ 111.175,29, considerando a exclusão dos valores alcançados pela decadência, relativamente aos meses de maio e junho de 2016.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 3ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº **232943.0006/21-5**, lavrado contra **MAGAZINE LUIZA S/A**, devendo ser intimado o autuado, para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$ 111.175,29**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala virtual das Sessões do CONSEF, 19 de dezembro de 2022

ARIVALDO DE SOUSA PEREIRA – PRESIDENTE/RELATOR

JOSÉ FRANKLIN FONTES REIS - JULGADOR

ALEXANDRINA NATÁLIA BISPO DOS SANTOS - JULGADORA