

PROCESSO	- A. I. N° 232943.0023/21-7
RECORRENTE	- MAGAZINE LUIZA S/A.
RECORRIDA	- FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO	- RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2 ^a JJF n° 0160-02/22-VD
ORIGEM	- DAT SUL / IFEP
PUBLICAÇÃO	- INTERNET 20/04/2023

1^a CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF N° 0081-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. FALTA DE RECOLHIMENTO. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS ESCRITURADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. Valor reduzido por acolhimento da arguição de decadência parcial da infração, com base no art. 173, I do CTN, para ocorrências até 31/12/2016. As alegações de inconstitucionalidade de dispositivos da Lei Complementar nº 87/96 e da Lei nº 7.014/96, foge da competência dos órgãos julgadores a apreciação, conforme determina o art. 125, I da Lei nº 3.956/81. 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, no caso de perecimento, deterioração ou extravio de mercadorias outrora adquirida. Afastada a arguição de nulidade Infração parcialmente subsistente. Mantida a Decisão recorrida. Recurso NÃO PROVÍDO. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário contra decisão de piso que julgou Procedente em Parte o Auto de Infração foi lavrado em 28/12/2021, para exigir o crédito tributário no valor histórico de R\$133.408,72, acrescido da multa de 60%, tipificada no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, pela constatação da infração a seguir descrita.

INFRAÇÃO 01 – 002.001.003. *Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, para fatos verificados em março, maio, agosto de 2016, fevereiro, maio, agosto de 2017, julho e novembro de 2018.*

Enquadramento legal: art. 2º, inc. I, art. 32 da Lei nº 7.014/96, c/com art. 332, inc. I do RICMS/2012.

A autuada através de seus advogados impugnou o lançamento, fls. 22 a 43. Alega decadência quanto aos fatos geradores ocorridos em 31/03/2016, 31/05/2016, 31/08/2016, que totalizam R\$57.136,36, porque os artigos 150, § 4º e 173, inc. I do CTN disciplinam os prazos decadenciais para o lançamento fiscal, isto é, os prazos de que dispõe a Fazenda Pública para lançar os créditos tributários a que entende fazer jus. Sintetiza que no caso de tributos sujeitos a lançamento por homologação, a contagem do prazo decadencial para lançar só observará os parâmetros do art. 173, I do CTN, caso não tenha havido pagamento antecipado algum por parte do contribuinte, isto é, caso nenhum recolhimento se haja feito ao Fisco no período de apuração do tributo.

Alega nulidade do Auto de Infração por deficiência na fundamentação e imperfeição do enquadramento legal dos fatos, pois o Fiscal cingiu-se a indicar o art. 2º, inc. I; e art. 32 da Lei nº 7.014/96 c/com o art. 332, inc. I do RICMS/BA, os quais reproduz, sobre eles, diz que não indicam qualquer infração cometida pela autuada, como supostamente capitulado pela fiscalização, no que concerne ao lançamento da obrigação principal. Na verdade, os dispositivos tratam genericamente sobre a incidência e recolhimento do ICMS. Transcreve o art. 18, inc. IV, alínea “a” do Decreto nº 7.629/99 e aponta que essas exigências visam garantir o direito constitucional do contribuinte, especialmente para este ter condições de exercer a ampla defesa e o contraditório,

de conhecer com clareza e precisão a infração que lhe é atribuída e quais os fundamentos de fato e de direito que serviram de base para a necessidade do recolhimento adicional de qualquer exação.

Pondera que o art. 30, inc. IV da Lei nº 7.014/96 c/com o art. 312, inc. 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, que prevê o fato de tais eventos se sucederem com os bens cuja aquisição deram ensejo à tomada do crédito implicaria no dever de o contribuinte estornar o crédito fiscal, ainda que isso, inequivocamente, não corresponda nem a isenção, nem a não-incidência.

O autuante ao prestar a informação fiscal às fls. 60 e 61. Ratifica em sua integralidade o valor reclamado no Auto de Infração em lide, tudo em defesa do Estado e do Direito.

Após a devida instrução processual, a JJJ proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

O Auto de Infração em análise imputa ao contribuinte a acusação de uma infração, tempestivamente impugnada.

O sujeito passivo atua na atividade econômica de lojas de departamentos ou magazines, exceto lojas francas (Duty free), é inscrito no Cadastro Estadual na condição Normal.

O contribuinte foi notificado do início da ação fiscal através de mensagem postada no Domicílio Tributário Eletrônico – DT-e, em 17/08/2021, contendo o Termo de Início de Fiscalização, fl. 04.

Em 23/09/2021, foi postada no DT-e outra mensagem sob o título Manifestação de Início, onde o autuante intimou o contribuinte a prestar esclarecimentos sobre possíveis inconsistências de dados relativos à sua escrituração fiscal no período de janeiro de 2016 a dezembro de 2018, fls. 05 e 06.

Da lavratura do Auto de Infração, o contribuinte foi cientificado, também através de mensagem postada no DT-e, lida em 14/02/2022, oportunidade que recebeu todos os demonstrativos analíticos e sintéticos da infração, contendo todos os elementos necessários e suficientes ao perfeito entendimento da acusação, que se encontram encartados aos autos na forma impressa, fls. 07 a 09 e gravados em disco de armazenamento de dados – CD, fl. 20-A, na forma de arquivos eletrônicos.

Constato, após exame das peças processuais, que a infração se encontra perfeitamente relatada, com o enquadramento legal pertinente, de forma que não vislumbro qualquer embaraço ou obstáculo ao pleno exercício da defesa e contraditório.

Portanto, não há deslizes no aspecto formal tampouco material que possa justificar o acolhimento da arguição de nulidade suscitada na defesa.

Ademais, verifico que o lançamento foi realizado em observância às determinações legais e regulamentares. A descrição do fato infracional se apresenta de forma clara. É possível se determinar com certeza a natureza da infração, o autuado e o montante do débito tributário, assim como a multa sugerida e os dispositivos legais e regulamentares infringidos.

Repto: o direito de ampla defesa e do contraditório do contribuinte foi plenamente preservado, inexistindo qualquer vício ou falha que macule de nulidade o Auto de Infração.

Portanto, afasto a arguição de nulidade.

Em preliminar prejudicial mérito a autuada argui decadência parcial da infração com fundamento no art. 150, § 4º do CTN, especificamente quanto aos fatos geradores ocorridos em 31/03/2016, 31/05/2016, 31/08/2016, que totalizam R\$ 57.136,36, tendo em vista que somente foi científica da lavratura do Auto de Infração em 14/02/2022, quando já se havia consumado o prazo decadencial.

Sobre a matéria, registro que a Procuradoria Geral do Estado, publicou o INCIDENTE DE UNIFORMIZAÇÃO PGE nº 2016.194710-0, transcreto a seguir, consolidando a jurisprudência administrativa acerca da matéria com relação ao ICMS.

Incidente de Uniformização nº PGE 2016.194710-0

Entendimento firmado: Conta-se o prazo decadencial a partir da data de ocorrência do fato gerador, com fundamento no art. 150, § 4º, do CTN, quando o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário (entendendo-se como tal as operações ou prestações tributáveis), apura o montante do imposto devido, mas efetua o pagamento em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas.

Ressalva: O entendimento firmado deve ser aplicado apenas aos fatos geradores ocorridos posteriormente a

12/06/2008, data em que editada a Súmula Vinculante nº 08 pelo STF. Antes desta data, como não havia provimento judicial definitivo e vinculante acerca da questão, não dispunha a Administração de substrato jurídico que lhe autorizasse negar aplicação à norma do art. 107-B, § 5º, do COTEB, então válida, vigente e eficaz.

Nota 1: Conta-se o prazo decadencial a partir do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado, com fundamento no art. 173, I, do CTN, quando: a) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, mas não efetua o respectivo pagamento; b) o contribuinte não declara a ocorrência do fato jurídico tributário, isto é, omite a realização da operação ou prestação tributável; c) o contribuinte declara a ocorrência do fato jurídico tributário, apura o montante do imposto devido, efetua o pagamento da importância pecuniária declarada, porém, posteriormente, o Fisco verifica que o valor recolhido foi menor que o efetivamente devido em virtude da configuração de dolo, fraude ou simulação.

Nota 2: As hipóteses de dolo, fraude ou simulação são ressalvadas da regra constante do art. 150, § 4º, do CTN, sujeitando-se, por conseguinte, ao disposto no art. 173, inc. I, do mesmo Código. Nessa esteira, ainda quando tenha o contribuinte efetuado o pagamento parcial do imposto correspondente às operações declaradas, há casos específicos em que o prazo decadencial deverá ser contado do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que ocorrido o fato gerador. Assim o será, por exemplo, quando o valor recolhido for tão insignificante em relação às operações declaradas, que se poderá ter por caracterizada a hipótese de fraude ou simulação.

De igual forma, quando se verifique o pagamento a menor por força da utilização de créditos fiscais manifestamente ilegítimos, a situação poderá se subsumir à hipótese de dolo, fraude ou simulação.

Revela-se, portanto, a importância da análise do caso concreto, para fins de adequada definição do critério de contagem do prazo decadencial. Ademais, para identificação do marco temporal concernente à data em que “o lançamento poderia ter sido efetuado” (art. 173, I CTN) -, é mister seja previamente constituído, na esfera administrativa, o fato jurídico concernente à existência de dolo, fraude ou simulação.

Tem-se, portanto, como regra geral da decadência, aquela prevista no art. 173, inc. I, do CTN, que alcança os tributos cujo lançamento são: (i) direto ou de ofício; (ii) por declaração ou misto; e, (iii) por homologação. Em qualquer destes casos, o prazo decadencial de cinco anos contar-se-á do primeiro dia do exercício seguinte àquele em que o lançamento poderia ter sido efetuado.

Tem-se ainda a regra conhecida pela doutrina como especial, aquela prevista no art. 150, § 4º do mesmo CTN, que alcança os tributos lançados por homologação com antecipação de pagamento, onde o prazo decadencial contar-se-á a partir da data de ocorrência do fato gerador, que se transcorrido sem que a Fazenda Pública tenha constituído, o procedimento homologatório será tácito o que a impedirá de lançar de modo suplementar a eventual diferença.

Contudo, lembro que caso haja prova da ocorrência de dolo, fraude ou simulação invoca-se a aplicação do art. 173, inc. I do CTN, ou seja a regra geral.

O ICMS é um tributo cujo lançamento ocorre na modalidade por homologação e tem a sua apuração em períodos mensais, assim, todas as ocorrências se concentram no último dia de cada mês, data que será considerada como a da ocorrência do fato gerador para aplicação da norma de incidência.

A decadência, ora arguida, recai sobre a infração imputada ao sujeito passivo, decorrente da falta de recolhimento do ICMS em razão de ter o contribuinte praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas.

A infração relaciona exclusivamente as operações com o CFOP 5.949, que corresponde as “outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores”, ou seja, abarca operações que correspondem a um “recorte” do universo das operações realizadas pelo contribuinte, que tendo declarado as operações na sua escrita fiscal, não declarou o imposto a ser pago relativo a tais operações, no caso, registrando à débito, na apuração do imposto, uma vez que não há base legal para que o contribuinte tenha declarado tais operações como não tributadas.

Este fato é importante destacar, pois, da constatação de ter o contribuinte pago mesmo que parcialmente o imposto, se definirá qual regra deverá ser aplicada ao caso, a geral (no art. 173, inc. I, do CTN) ou a especial (art. 150, § 4º do CTN).

Constatou que, não obstante o contribuinte ter recolhido o ICMS normalmente apurado no regime de conta corrente fiscal em todos os meses da autuação, especificamente para essas operações não houve nenhum recolhimento. Uma vez que as considerou não tributadas.

Oportuno registrar que sobre a questão, na sistemática do recurso repetitivo, em dezembro de 2015, o Superior Tribunal de Justiça publicou a Súmula 555, cujo enunciado segue transscrito.

“Quando não houver declaração do débito, o prazo decadencial quinquenal para o Fisco constituir o crédito tributário conta-se exclusivamente na forma do art. 173, I, do CTN, nos casos em que a legislação atribui ao sujeito passivo o dever de antecipar o pagamento sem prévio exame da autoridade administrativa.
“ (Grifos do relator)

Da leitura, vê-se que o enunciado da súmula se pautou na premissa de o débito ter sido declarado ou não pelo contribuinte para fins de aplicação do artigo 173, inc. I do CTN, nas hipóteses de tributo sujeito ao lançamento por homologação.

Ou seja, se o débito não foi declarado pelo contribuinte, portanto, não foi pago, aplica-se o prazo decadencial do art. 173, inc. I do CTN

As operações alcançadas pela infração, repito, o contribuinte as registrou na sua escrita fiscal, porém, não apurou o montante do imposto devido, também não efetuou o pagamento, mesmo em montante inferior àquele que corresponderia às operações declaradas, e assim, descebe aplicar a regra prevista no art. 150, § 4º do CTN, ou seja, neste caso, aplica-se a regra prevista no art. 173, inc. I, do CTN, para a infração.

Considerado o entendimento da Súmula nº 12 do CONSEF: “Para efeito da contagem do prazo decadencial, o lançamento só se aperfeiçoa com a ciência do contribuinte acerca do auto de infração. “, e que os fatos geradores apurados no lançamento ocorreram entre março de 2016 a novembro de 2018, a Fazenda Pública Estadual teria o prazo para constituir os créditos tributários, com a aplicação da regra prevista no art. 173, inc. I do CTN, até 31/12/2021, para os fatos geradores ocorridos em 2016, ou seja, até 31/12/2016.

Tendo o contribuinte tomado ciência da lavratura do Auto de Infração em 14/02/2022, se operou a decadência para os fatos geradores ocorridos até 31/12/2016.

Assim reconheço que se processou a decadência parcialmente para os valores exigidos na infração, de forma que estes valores devem ser excluídos do levantamento.

No mérito, a acusação fiscal diz respeito à falta de recolhimento do ICMS relativo a operações tributáveis, tendo a autuada as considerado como não tributadas.

A defesa alegou que as notas fiscais arroladas pelo autuante trata-se de notas fiscais emitidas em razão da ocorrência de perda, roubo ou deterioração, motivo pelo qual não houve o destaque e recolhimento do ICMS, tampouco o estorno do correlato crédito fiscal proveniente das entradas.

Assim, aponta que a conduta descrita não configura ato infracional à legislação tributária, pois entende que de fato tem o direito de manter os créditos de ICMS, mesmo na hipótese em que os bens foram perdidos, roubados ou deteriorados, valendo-se do argumento de que a Constituição Federal, ao prevê a instituição pelos estados e Distrito Federal do ICMS, sujeitou os entes a regra geral: o imposto será não-cumulativo.

Argui que deverá haver estorno de créditos de ICMS apenas e tão somente quando se estiver diante de isenção ou não-incidência, como previsto na Constituição. Fora desses dois casos, não há exceção constitucional à não-cumulatividade, razão pela qual, deverá ser obrigatoriamente observada, de sorte a permitir a compensação do que já foi pago com o débito superveniente.

Portanto, entende a defesa que o art. 30, inc. IV da Lei nº 7.014/96 c/com art. 312, inc. IV do RICMS/BA, criaram uma terceira, e indevida, hipótese de anulação do crédito de ICMS quando ocorrerem perdas, deterioração e/ou o extravio do bem.

Considera, dessa forma, inconstitucional esses dispositivos, pois, 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, ofendendo a não-cumulatividade do tributo.

Imputa a Lei nº 7.014/96 em relação aos dispositivos citados o status de inconstitucional, assim como considera também a Lei Complementar nº 87/96 nesse aspecto, vez que o contido no seu art. 21, inc. IV, também prevê o dever de estornar o crédito do ICMS, no caso de perda, extravio ou deterioração, o que tornaria inválida a previsão contida na legislação baiana, disposição que ultrapassa a atribuição conferida pelo art. 155, inc. XII, alínea “c” da Constituição Federal.

Portanto, resta claro que os argumentos da defesa para elidir a infração se submete à condição de declarar inconstitucional os dispositivos da Lei Complementar nº 87/96 e da Lei nº 7.014/96, competência que não detém os órgãos de julgamento administrativo, como claramente determina o art. 125, inc. I da Lei nº 3.956 de 11 de dezembro de 1981 – Código Tributário do Estado da Bahia, verbis.

Art. 125. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I - a declaração de inconstitucionalidade;

Nesse aspecto, importante lembrar que o único órgão competente para declarar a inconstitucionalidade de algum normativo legal é o Supremo Tribunal Federal, com eficácia plena ou eficácia limitada, vez que nenhum outro juiz ou tribunal dispõe de semelhante poder.

Assim determina a Constituição Federal no seu art. 102, inc. III regulamentada pela Lei nº 9.868/99 que dispõe sobre o processo e julgamento da ação direta de inconstitucionalidade e da ação declaratória de constitucionalidade perante o Supremo Tribunal Federal.

Às autoridades administrativas, no exercício de suas funções, por se tratar de atividade plenamente vinculada, cabe apenas e tão somente aplicar a lei, como fez o autuante, observância que se estende aos julgadores administrativos.

Nessa perspectiva, importante registrar que as operações arroladas no levantamento constam com o CFOP 5.949, que corresponde as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores, o que contraria a arguição da defesa de que as operações corresponderiam a notas fiscais emitidas em razão da verificação de perda, roubo ou deterioração. Se fosse o caso, deveria o contribuinte utilizar o CFOP 5.927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração.

Considerando que as operações se referem as perdas, roubo ou deterioração, caberia ao contribuinte observar o que preconiza os artigos 312, inc. IV e 313, incisos I e II do RICMS/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(...).

Art. 313. Em decorrência de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência, tendo a ocorrência sido verificada no trânsito, além das demais disposições regulamentares, observará, especialmente, o seguinte:

I - sendo venda com cláusula CIF, o remetente:

- a) lançará normalmente no Registro de Saídas a nota fiscal que acobertava o transporte;
- b) emitirá nota fiscal (entrada) para retorno simbólico e anulação do débito fiscal decorrente da saída;
- c) emitirá nota fiscal para estorno do crédito relativo à entrada da mercadoria e baixa no estoque;

II - sendo venda com cláusula FOB:

- a) a nota fiscal que acobertava o transporte será lançada normalmente no registro de saída pelo remetente e no Registro de Entradas pelo destinatário;
- b) será emitida pelo destinatário nota fiscal para baixa no estoque e estorno do crédito fiscal relativo à entrada ou aquisição das mercadorias, ou para desincorporação do bem, conforme o caso.

Tudo em cumprimento ao que determina o art. 30, inc. IV da Lei nº 7.014/96, que reproduz o disposto no art. 21, inc. IV da Lei Complementar nº 87/96, in verbis.

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.

Se considerarmos que as operações como indicada pelo CFOP 5.949, como consta nas notas fiscais listadas, deveria o contribuinte destacar o ICMS, vez que não há justificativa para considerar tais operações como não tributadas.

Diante do exposto, considero parcialmente subsistente a infração com a exclusão os fatos geradores alcançados pela decadência, na forma do demonstrativo a seguir:

Data		Valor Histórico/Julgado
Ocorrência	Vencimento	
28/02/2017	09/03/2017	6.557,11
31/05/2017	09/06/2017	2.482,26
31/08/2017	09/09/2017	12.233,64
31/07/2018	09/08/2018	36.623,51
30/11/2018	09/12/2018	18.375,84
Total		76.272,36

Pelo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA PARCIAL do Auto de Infração.

Inconformado com a decisão de piso, o advogado do recorrente apresenta Recurso Voluntário, às fls. 88/112, que tece as mesmas reiterativas da peça defensiva:

- relata quanto à tempestividade da peça recursal e faz uma síntese do processo administrativo, destacando os regulamentos infringidos e discorre em relação as graves incorreções da autuação: “**(i) flagrante decadência de parcela do crédito tributário - mais especificamente, dos fatos geradores ocorridos até 31/08/2016; (ii) nulidade do auto de infração cm razão da deficiência da fundamentação e imperfeito enquadramento legal dos fatos; (iii) a improcedência da autuação, eis que o contribuinte autuado tem o direito de manter os créditos de ICMS nas hipóteses em que os bens correlatos foram perdidos, roubados ou deteriorados c. por fim, (iv) a confiscatoriedade da multa aplicada**”. Também destacou que a 2ª JJF reduziu o Auto de Infração devido a “**a exclusão os fatos geradores alcançados pela decadência**”.
- volta a suscitar nulidade: **a) da Decisão recorrida por ausência de enfrentamento dos argumentos deduzidos na impugnação.** Afirma que a decisão de piso não enfrentou adequadamente, onde diz que não teceu comentários em relação à confiscatoriedade da multa aplicada. Acrescenta que a instância de piso deveria ter enfrentado todos os fundamentos trazidos pela ora recorrente, conforme os arts. 489, § 1º, III e IV do CPC/15 e 18, II e III, estabelece que são nulas as decisões não fundamentadas e proferidas com preterição do direito de defesa. Junta jurisprudência; **b) por deficiência na fundamentação e imperfeição no enquadramento legal dos fatos.** Destaca que não há dúvidas de que a flagrante deficiência na fundamentação que embasa a infração fazendária, no qual fere, por óbvio, a compreensão do contribuinte da acusação que lhe foi imputada, sendo que o fato é que a descrição e o enquadramento legal da suposta infração foram realizados sem o necessário rigor técnico, de modo que o Auto de Infração não contém elementos suficientes para determinar a matéria objeto da exigência tributária, sendo que os dispositivos citados não indicam qualquer infração cometida nela ora recorrente, como supostamente capitulado nela fiscalização, no que concerne ao lançamento da obrigação principal. Na verdade, os dispositivos tratam genericamente sobre a incidência e recolhimento do ICMS, nos termos dos arts. 39, III e IV, “a”, e 18, IV, “a”;
- Alega **improcedência do Auto de Infração, pois sustenta que tem direito à manutenção do crédito fiscal nas operações relativas à perda, roubo ou deterioração.** Pontua que os documentos fiscais elencados pelo i. fiscal autuante são, na verdade, notas fiscais emitidas cm razão da verificação de perda, roubo ou deterioração, motivo pelo qual não houve o destaque/recolhimento do ICMS, tampouco o estorno do correlato crédito fiscal proveniente das entradas. Afirma que o art. 155, § 2º, II, “b” da CF preconiza que os contribuintes deverão estornar os créditos do ICMS relativos às operações anteriores apenas quando as operações ou prestações subsequentes ocorrerem com isenção ou não incidência, sendo clarividência que não assiste razão da acusação fiscal, pois o imposto não pode ser acumulativo, conforme o art. 155. § 2º, I da CF/88, pois é uma imposição constitucional. Cita jurisprudência dos tribunais pátrios;
- defende em relação a **multa aplicada, afirma ser confiscatória**, cita jurisprudência onde entende sobre a vedação. Roga para os princípios nas ideias de moderação, razoabilidade e proporcionalidade. Discorre sobre o art. 150, IV da CF.

Requer Provimento e reforma da Decisão recorrida.

VOTO

O Recurso Voluntário reproduz as mesmas preliminares da impugnação, que em nada inovam em relação aos argumentos já apresentados e rechaçados pela Junta de Julgamento Fiscal. Dentre elas, o pedido de nulidade da Decisão recorrida por ausência de enfrentamento dos argumentos deduzidos na impugnação, alegando que o julgador de piso não enfrentou o assunto da confiscatoriedade da multa, pois bem, apesar do julgador de piso não ter tratado a matéria, tal argumento não merece prosperar tendo em vista que foge da competência dos órgãos julgadores

administrativos sua apreciação, à luz do quanto dispõe o Art. 167, I de III do RPAF/BA, inclusive a possibilidade de redução da multa também falece competência para tal por este órgão julgador. Acrescente-se que a penalidade aplicada é a legalmente prevista pela Lei nº 7.014/96.

No tocante a segunda nulidade suscitada, onde a recorrente afirma que o auto padece de deficiência na fundamentação e que contém imperfeição no enquadramento legal dos fatos, mais uma vez a recorrente não terá sucesso no pleito, já que, após a análise da peça acusatória, conlui, pela rejeição da mesma, uma vez que: a descrição dos fatos e sua capitulação legal são condizentes com os fatos reais e com o direito aplicável, foi obedecido o devido processo legal, tanto o foi, que a impugnante exerceu seu direito da ampla defesa e ao contraditório.

Arguiu novamente pela decadência sendo que a mesma já foi reconhecida pelo julgador de piso.

Quanto a alegação de improcedência do Auto de Infração, sustentando que tem direito à manutenção do crédito fiscal nas operações relativas à perda, roubo ou deterioração, não tem qualquer fundamentação legal, de tal forma que me alinho totalmente à decisão de primeiro grau, a qual deve ser mantida por seus próprios fundamentos, de modo que transcrevo parte do voto:

"Nessa perspectiva, importante registrar que as operações arroladas no levantamento constam com o CFOP 5.949, que corresponde as outras saídas de mercadorias ou prestações de serviços que não tenham sido especificados nos códigos anteriores, o que contraria a arguição da defesa de que as operações corresponderiam a notas fiscais emitidas em razão da verificação de perda, roubo ou deterioração. Se fosse o caso, deveria o contribuinte utilizar o CFOP 5.927 - Lançamento efetuado a título de baixa de estoque decorrente de perda, roubo ou deterioração."

Considerando que as operações se referem as perdas, roubo ou deterioração, caberia ao contribuinte observar o que preconiza os artigos 312, inc. IV e 313, incisos I e II do RICMS/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(...).

Art. 313. Em decorrência de furto, roubo, perecimento, desaparecimento, sinistro ou qualquer outra ocorrência, tendo a ocorrência sido verificada no trânsito, além das demais disposições regulamentares, observará, especialmente, o seguinte:

I - sendo venda com cláusula CIF, o remetente:

- a) lançará normalmente no Registro de Saídas a nota fiscal que acobertava o transporte;*
- b) emitirá nota fiscal (entrada) para retorno simbólico e anulação do débito fiscal decorrente da saída;*
- c) emitirá nota fiscal para estorno do crédito relativo à entrada da mercadoria e baixa no estoque;*

II - sendo venda com cláusula FOB:

- a) a nota fiscal que acobertava o transporte será lançada normalmente no registro de saída pelo remetente e no Registro de Entradas pelo destinatário;*
- b) será emitida pelo destinatário nota fiscal para baixa no estoque e estorno do crédito fiscal relativo à entrada ou aquisição das mercadorias, ou para desincorporação do bem, conforme o caso.*

Tudo em cumprimento ao que determina o art. 30, inc. IV da Lei nº 7.014/96, que reproduz o disposto no art. 21, inc. IV da Lei Complementar nº 87/96, in verbis.

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. (grifos)"

Reiterando, quanto ao argumento de que a multa aplicada é desproporcional e confiscatória, observo que as multas aplicadas estão previstas no art. 42, da Lei nº 7.014/96, portanto é legal e de acordo com o artigo 167, I do RPAF/BA, e como já dito, não se inclui na competência deste órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação tributária.

Assim, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso Voluntário.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e manter a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 232943.0023/21-7, lavrado contra **MAGAZINE LUIZA S/A**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$76.272,36**, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 29 de março de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

THIAGO ANTON ALBAN - REPR. DA PGE/PROFIS