

PROCESSO - A. I. Nº 279462.0005/22-3
RECORRENTE - FERREIRA COSTA & CIA. LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 4º JJF nº 0292-04/22-VD
ORIGEM - DAT METRO / IFEP COMÉRCIO
PUBLICAÇÃO - INTERNET 18/07/2023

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL**ACÓRDÃO CJF Nº 0179-11/23-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO FISCAL. FALTA DE ESTORNO. OCORRÊNCIAS DE BAIXAS DE ESTOQUE DECORRENTES DE PERDAS, ROUBO OU DETERIORAÇÃO. EMISSÃO DE NOTAS FISCAIS CFOP 5927 SEM DÉBITO DO IMPOSTO NA ESCRITA FISCAL. EXIGÊNCIA DO IMPOSTO. Comprovado nos autos a realização de operações a título de baixa de estoques, via NF-es com CFOP 5927, sem o correspondente estorno de crédito na escrita fiscal pelas entradas das mercadorias que não foram tributadas nas operações subsequentes. Falta de previsão legal para manutenção de crédito como pretendido pelo sujeito passivo. Rejeitadas preliminares de nulidade e afastado pedido de perícia. Mantida a Decisão recorrida. Recurso **NÃO PROVIDO**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Recurso Voluntário apresentado contra a Decisão recorrida que julgou Procedente o presente Auto de Infração em tela que teve sua expedição ocorrida em 11/04/2022 para exigir crédito tributário no montante de R\$189.604,72, mais multa de 60%, com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, em decorrência da seguinte imputação:

“Infração 01 – 001.005009 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram extraviadas.

Procedeu a baixa de diversos itens de mercadorias de estoque através de emissão de notas fiscais com código de operação – CFOP 5927, sem, contudo, proceder o respectivo estorno de crédito das respectivas entradas no livro Registro de Apuração do ICMS.

Conforme consta na planilha Demonstrativo Débito ICMS – Saídas sem tributação CFOP 5927 – Exercício 2018 em anexo.

O valor do ICMS devido foi calculado com base na média das alíquotas de entrada de mercadorias e serviços, planilha Resumo Entradas por CFOP do Exercício 2018”.

O autuado, por intermédio de seu I. Patrono, ingressou com Impugnação ao lançamento, fls. 22 a 47. As autuantes apresentaram a Informação Fiscal de fls. 144 a 151.

A JJF proferiu o seguinte voto condutor:

VOTO

A acusação que versa nos presentes autos objetivando reclamar crédito tributário na ordem de R\$ 189.604,72 mais multa de 60% com previsão no Art. 42, inciso VII, alínea “b” da Lei nº 7.014/96, está posta nos seguintes termos: “Infração 01 – 001.005009 – Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo a mercadorias entradas no estabelecimento e que posteriormente foram extraviadas.

Procedeu a baixa de diversos itens de mercadorias de estoque através de emissão de notas fiscais com código de operação – CFOP 6927, sem, contudo, proceder o respectivo estorno de crédito das respectivas entradas no livro Registro de Apuração do ICMS.

Conforme consta na planilha Demonstrativo Débito ICMS – Saídas sem tributação CFOP 5927 – Exercício 2018 em anexo.

O valor do ICMS devido foi calculado com base na média das alíquotas de entrada de mercadorias e serviços, planilha Resumo Entradas por CFOP do Exercício 2018”.

O autuado iniciou sua peça defensiva arguindo três preliminares de nulidade do Auto de Infração, as quais passo a enfrentá-las.

A primeira delas diz respeito a falta de apresentação pelas autuantes dos documentos fiscais relacionados aos valores indicados nas planilhas que lhes foram apresentadas, impossibilitando a verificação dos valores apresentados pela fiscalização, não comprovando, assim a acusação.

Vejo que não encontra qualquer amparo fático ou jurídico o argumento defensivo. Isto porque, com o advento do Sped Fiscal (EFD), não há mais que se falar em documentos fiscais impressos em papel, ao tempo em que, conforme bem assinalado pelas autuantes, a validade jurídica de tais documentos não se dá mais pela apresentação da cópia dos referidos documentos em papel, mas, sim, pela validação das respectivas assinaturas digitais e chaves de acesso.

Registro que a infração se faz acompanhar de duas planilhas, onde na primeira se demonstrou, minuciosamente, o número da nota fiscal, chave de acesso, data, origem, item da mercadoria, valor da operação, além de indicar, por cada documento fiscal o valor da operação, para se chegar ao valor da base de cálculo para efeito do estorno de crédito, e, na segunda planilha, a fórmula utilizada para se encontrar a alíquota média sobre as operações do período, elementos estes que possibilitaram ao autuado todos os meios para o pleno exercício da sua defesa, sem qualquer contratempo ou empecilho.

De igual modo, também não se sustenta o segundo argumento de nulidade relacionado a ausência de previsão legal na metodologia de cálculo do estorno.

Analizando as planilhas elaboradas pelas autuantes, constatei que o método adotado para verificação do valor do crédito fiscal a ser estornado se encontra previsto no Art. 312, IV, § 5º, I do RICMS/BA, verbis:

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;

Alegou o autuado que na planilha indicada à fl. 10 “Resumo por entradas por CFOP - Exercício 2018”, o que está calculado é a carga tributária, determinada pela proporção entre o valor do ICMS e o valor da operação, e não a média das alíquotas.

As autuantes para definirem o percentual de 10,13% indicado na planilha, tomaram por base o total do ICMS que foi creditado pelo autuado, por cada tipo de operação e dividiram pelo total da operação (coluna 3 da planilha). Neste ponto, entendo que a divisão deveria ter recaído sobre o valor da base de cálculo (coluna 4) que elevaria o percentual da alíquota média para 10,69%, o que não invalida o lançamento, pois ao meu ver, beneficiou o autuado.

Esta sistemática de cálculo, ao meu entender, tem suporte na previsão estabelecida pelo referido art. 312 do RICMS, posto que “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”, posto que, na presente situação, o total do ICMS creditado, apurado por natureza da operação, reflete o que foi creditado pelo autuado, considerando a alíquota utilizada na operação de entrada, não se podendo perder de vista 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, não havendo contestação por parte do autuado quanto aos quantitativos e valores das operações obtidos 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.

Desta forma, considero pertinente a metodologia aplicada pelas autuantes, restando superada esta arguição de nulidade.

A título de terceira preliminar de nulidade, foi arguido pelo autuado o não cumprimento pelas autuantes do

prazo para conclusão da ação fiscal.

Trata-se de um argumento que em verdade não tem qualquer repercussão na questão de ordem tributária envolvida na autuação, e, sim, uma questão meramente administrativa, que envolve as autoridades tributárias na repartição fiscal onde as autuantes estão lotadas, e, não há qualquer prova que a fiscalização tenha deixado de cumprir o prazo regulamentar para conclusão da fiscalização, tanto que, o Auto de Infração se encontra saneado pelo Supervisor e pelo Inspetor Fazendário, o que possibilitou seu registro, provando que não houve qualquer descumprimento de prazo pelas autuantes.

Não acolho, por igual, este terceiro argumento defensivo.

Antes de adentrar ao exame do mérito da autuação, vejo que o autuado apresenta um pedido de realização de perícia técnica “a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor”.

Tal solicitação fica indeferida, com base no Art. 147, II do RPAF/BA, na medida em que o autuado não apresentou qualquer fato, fundamento, ou produziu qualquer prova que necessite ser revisada ou esclarecida mediante realização de perícia técnica, tratando-se, assim, de pedido não justificado e sem qualquer embasamento fático.

Assim é que, no mérito foi arguida pelo autuado a improcedência da autuação sob a justificativa de que as perdas mencionadas correspondem, em verdade, ao índice de perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição.

Sustentou que deve ser mantido o crédito dos produtos decorrentes de perdas normais, bastando que sejam inerentes ao processo de comercialização e até os limites tecnicamente aceitos para a respectiva atividade, afirmando, ainda, que o custo das mercadorias deterioradas/percidas é embutido no valor das demais vendas, enquanto que o próprio legislador, em determinadas circunstâncias, fixa o índice de perdas normais, art. 289, § 13 do RICMS/BA.

Se referiu a realização de perícia técnica que foi realizada em seu estabelecimento (doc. 05), onde foi constatado em seu processo operacional e logístico 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 venda, tendo sido constatado que a estimativa do percentual de itens imprestáveis para a comercialização é de -0,352%, num nível de confiança de 95%, podendo variar entre os percentuais de ajustes líquidos entre -0,639 a -0,066%.

Aduziu que o crédito é legítimo, e está dentro do percentual considerado tecnicamente aceitável para a atividade que exerce, portanto, ao exigir imposto, sob a alegação da falta de estorno de crédito, as autuantes estão indo de encontro à lógica e à legislação estadual, razão pela qual afirmou não proceder a acusação fiscal.

Tais argumentos foram refutados pelas autuantes que sustentaram que estes em nada modificam o crédito ora lançado, uma vez que a legislação determina a obrigatoriedade do estorno do crédito em tais situações, acrescentando que essa matéria já foi objeto de apreciação por este CONSEF, conforme Acórdãos 0251-11/14 e 0053-12/22, cujas decisões foram contrárias ao autuado.

De fato, não assiste qualquer razão ao autuado no sentido de manutenção do crédito fiscal objeto da autuação. A legislação tributária é clara em relação a esta questão:

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.

sentido de que o contribuinte efetue o estorno do crédito correspondente as baixas de estoque efetuadas em razão de perdas ocorridas, o que não foi feito, já que, apesar da emissão de documentos fiscais nesse sentido, os mesmos se verificaram sem o registro do estorno na escrita fiscal, através do respectivo débito na apuração do imposto.

Há de ressaltar, também, que não existe previsão legal para manutenção dos referidos créditos, consoante advoga o autuado, enquanto que o Laudo Técnico apresentado pelo mesmo por se limitar a concluir pela existência de perdas nos percentuais nele pontuados, 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, o qual se aplica apenas em relação as operações envolvendo fabricação de cervejas e refrigerantes, o que não é o caso destes autos.

Quanto as ementas colacionadas pelo autuado em relação a julgados deste CONSEF, as mesmas não servem como paradigma na medida em que se relacionam a fatos totalmente distintos dos que ora se aprecia, enquanto que as decisões oriundas de Tribunais Administrativos de outros Estados não se aplicam ao Estado da Bahia. Portanto, não há que aqui se falar de manutenção de crédito decorrente de perdas normais, dentro de índice supostamente aceito, já que, o índice citado de 1% não encontra amparo na legislação pertinente ao presente caso.

Desta maneira não há como se sustentar o argumento de legitimidade do crédito fiscal não estornado, em consonância, inclusive, com a jurisprudência assente neste CONSEF, decorrentes de julgamentos ocorridos em relação a processos idênticos ao presente, relacionados ao mesmo autuado ora em destaque, a exemplo do Acórdão nº 0147-02/21, oriundo da 2ª Junta de Julgamento Fiscal, o qual foi mantido pela 2ª Câmara de Julgamento Fiscal através do Acórdão nº 0053-12/22, cuja ementa assim se apresenta:

**2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL
ACÓRDÃO CJF Nº 0053-12/22-VD**

EMENTA: ICMS. CRÉDITO 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.

Quanta a reclamação de exorbitância da multa aplicada, apesar de respeitar os relevantes argumentos jurídicos apresentados pelo autuado, considero que as autuantes agiram estritamente em consonância que o regramento previsto pela legislação tributária posta, em pleno vigor, da qual, tendo em vista suas atividades vinculadas, não poderiam ignorar, situação esta a que também se submete o órgão julgador administrativo, consoante se depreende da leitura do art. 167, incisos I e III do RPAF/BA, verbis:

Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

I – a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III – a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Assim é que as alegações defensivas a respeito da inconstitucionalidade da norma legal citada, tal como mencionado acima, também não podem ser apreciadas por este Colegiado, tendo em vista a vedação constante nos incisos I e III do artigo 125 do Código Tributário do Estado da Bahia - COTEB, instituído pela Lei nº 3.956/81, a seguir transcritos:

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

I - a declaração de inconstitucionalidade;

(...)

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.

Diante do quanto acima exposto, considero que as Decisões Judiciais citadas pelo autuado, todas voltadas a questões constitucionais, proferidos pelo STF (Supremo Tribunal Federal), não são vinculantes para a Administração Pública do Estado da Bahia, visto que este não figurou em nenhuma das ações citadas como parte.

Desta maneira e considerando que a multa aplicada está prevista no Art. 42, inciso VII, alínea “b”, da Lei nº 7.014/96 e, conforme já mencionado, não compete a este órgão julgador a declaração de inconstitucionalidade da legislação ou a negativa de sua aplicação, nos termos dos incisos I e III do artigo 125 da Lei nº 3.956/81 (COTEB), acima reproduzidos, a mesma fica mantida, não podendo ainda ser atendido o pleito de cancelamento ou redução da penalidade, em face da incompetência legal deste órgão julgador para apreciá-lo.

Quanto ao pedido para que seja aplicada a interpretação mais favorável ao contribuinte, com base no art. 112 do CTN, entendo não ter pertinência tal pleito no presente caso, já que, não existe dúvida em relação à matéria sob apreciação.

Em conclusão voto pela PROCEDÊNCIA do presente Auto de Infração.

Inconformado com a Decisão recorrida, o advogado apresenta o Recurso Voluntário às fls. 178/203, onde primeiramente reproduziu a infração e a ementa da Decisão recorrida e teceu os mesmos fatos reiterativos da impugnação.

Suscitada **nulidade do Auto de Infração, citou preterição do direito de defesa e descumprimento de dispositivo expresso em lei, em virtude de ausência de comprovação**, por entender que os princípios previstos pelo Art. 2º do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal do Estado de Bahia – RPAF/BA estão sendo violados ante a não apresentação minuciosa da descrição da infração e dos documentos que a comprove, afrontando os princípios da motivação, legalidade, segurança jurídica e verdade material, impedindo, assim, o exercício pleno do contraditório, em total afronta ao Art. 39 do mesmo RPAF.

Acrescentou que apesar das autuantes citarem no corpo do Auto de Infração que o lançamento tem por base o demonstrativo fiscal que elaboraram (planilha), não apresentou os documentos referentes aos valores indicados, citando que esta é uma obrigatoriedade disposta em lei e não uma faculdade da fiscalização.

Sustentou que no caso em apreço o lançamento incorre em nulidade por ausência de prova da infração em relação aos elementos determinantes da base material tributável, uma vez que a ausência dos documentos fiscais mencionados pelas autuantes não é possível de convalidação, simplesmente porque não supríveis ou presumíveis.

Para referendar seu argumento citou jurisprudência do Tribunal Administrativo Tributário do Estado de Pernambuco – TATE, afirmou que mesmo que tenha sido apresentado a chave de acesso, o que não é o caso dos autos, as autuantes não estariam desobrigadas de apresentar os documentos fiscais.

Enfatizou que a partir dos dados da planilha apresentada pela fiscalização, confrontando com os dados contidos no próprio Auto de Infração, há divergência de informações que trazem incerteza quanto à liquidez do crédito tributário reclamado.

Citou que no Auto de Infração é indicado o valor a pagar de R\$189.604,72, obtido mediante a utilização da base de cálculo de R\$1.053.359,56, com uma alíquota de 18%, enquanto a planilha da autuação traz valores totalmente distintos, sem sequer mencionar o valor do crédito tributário exigido.

Após citar entendimentos da lavra deste CONSEF para referendar seus argumentos, concluiu este tópico sustentando que se impõe a declaração de nulidade do Auto de Infração, porque, em primeiro desobedeceu dispositivos expressos em lei e, em segundo, porque essa insegurança repercute no seu amplo direito de defesa, salientando, ainda, que não se trata de meras incorreções ou omissões formais, mas de omissão quanto aos requisitos de validade do lançamento que invalida o trabalho fiscal, porque retira seu direito de defesa.

Apresenta segundo argumento de **nulidade do Auto de Infração por ausência de previsão legal na metodologia do cálculo do estorno**, tendo as autuantes indicado que “o valor do ICMS foi calculado com base na média das alíquotas de entradas de mercadorias e serviços”, conforme planilha por CFOP exercício de 2018, entretanto, sustentou que na planilha indicada o que é calculado é a carga tributária, isso porque é determinada pela proporção entre o valor do ICMS e o valor da operação e não a média das alíquotas, como indicado na descrição da infração, acrescentando que o dispositivo que trata do método de cálculo do estorno do crédito, Art. 312, IV, § 5º, I do RICMS/BA, transcrito, não traz em momento algum a carga tributária, mas, sim, média das alíquotas, que aritmeticamente são duas situações distintas.

Após tecer considerações, concluiu este tópico afirmando que da forma como foi apresentado o

crédito tributário não é suficiente à caracterização/comprovação do valor exigido, não fornecendo segurança e liquidez ao Auto de Infração, motivo pelo qual requereu sua anulação.

No mérito, passou a arguir a **improcedência do Auto de Infração, ao argumento de que as perdas correspondem em índice de perdas normais** no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição, citando exemplo.

Assim, sustentou que deve ser mantido o crédito dos produtos decorrentes de perdas normais, bastando que sejam inerentes ao processo de comercialização e até os limites tecnicamente aceitos para a respectiva atividade, afirmando, ainda, que o custo das mercadorias deterioradas/percidas é embutido no valor das demais vendas, enquanto que o próprio legislador, em determinadas circunstâncias, fixa o índice de perdas normais, art. 289, § 13 do RICMS/BA.

Se referiu a realização de perícia técnica que foi efetuada em seu estabelecimento (doc. 05), onde foi constatado em seu processo operacional e logístico 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 venda, tendo sido constatado que a estimativa do percentual de itens imprestáveis para a comercialização é de -0,352%, num nível de confiança de 95%, podendo variar entre os percentuais de ajustes líquidos entre -0,639 a -0,066%.

Teceu outras considerações a este respeito, onde citou decisões deste CONSEF e do TATE/PE para consubstanciar seus argumentos, para concluir que o crédito é legítimo, e estão dentro do percentual considerado tecnicamente aceitável para a atividade que exerce, portanto, ao exigir imposto, sob a alegação da falta de estorno de crédito, as autuantes estão indo de encontro à lógica e à legislação estadual, razão pela qual afirmou não proceder a acusação fiscal.

Em seguida passou a questionar a multa aplicada no percentual de 60%, o qual considera exorbitante, em violação ao princípio do não confisco.

Neste contexto ponderou que em julgados mais recentes, proferidos inclusive em sede de controle concentrado (com efeito vinculante e *erga omnes*), o Supremo Tribunal Federal consolidou seu entendimento, tanto pela possibilidade de aplicação do princípio da vedação de confisco às multas tributárias, quanto para estabelecer entre 20% e 30% o parâmetro razoável a título de penalidade, superior ao qual se adentra na esfera do confisco, citando e transcrevendo julgados pertinentes a esta matéria, afirmando que as multas aplicadas de forma proporcional servem única e exclusivamente como medida usurpadora do patrimônio do contribuinte, e não como medida educadora, requerendo, em consequência, o reconhecimento da improcedência da autuação, no que atine a multa aplicada, ou, subsidiariamente, seja reduzida ao patamar razoável entre 20% e 30%.

Ponderou que deve ser levado em consideração também o benefício da dúvida, posto que o art. 112 do CTN é claro ao afirmar que em caso de dúvida a interpretação da norma jurídica deve favorecer ao contribuinte, julgando improcedente o Auto de Infração.

Ao final requereu a declaração/decretação de nulidade e/ou improcedência do crédito tributário exigido, a redução ou o afastamento da multa aplicada, que em caso de dúvida se interprete a norma jurídica da forma mais favorável ao contribuinte, além da produção de todos os meios de prova e direito admitidos, bem como a realização de perícia técnica a fim de demonstrar a inexistência das irregularidades apontadas em seu desfavor.

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 autuação recorrida por ausência de comprovação da infração cometida e nulidade por ausência de previsão legal na metodologia do cálculo do estorno do crédito.

Em relação ao argumento da falta de comprovação da infração, o julgador de piso enfrentou

brilhantemente, ao qual me alinho, quando disse:

“Vejo que não encontra qualquer amparo fático ou jurídico o argumento defensivo. Isto porque, com o advento do Sped Fiscal (EFD), não há mais que se falar em documentos fiscais impressos em papel, ao tempo em que, conforme bem assinalado pelas autuantes, a validade jurídica de tais documentos não se dá mais pela apresentação da cópia dos referidos documentos em papel, mas, sim, pela validação das respectivas assinaturas digitais e chaves de acesso.”

Já no que se refere a falha na metodologia do cálculo do estorno do crédito, o mesmo não foi diferente, vejamos:

“Analisando as planilhas elaboradas pelas autuantes, constatei que o método adotado para verificação do valor do crédito fiscal a ser estornado se encontra previsto no Art. 312, IV, § 5º, I do RICMS/BA, verbis:

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;”

A recorrente alegou que no Auto de Infração foi indicado o valor a pagar de R\$189.604,72, obtido mediante a utilização da base de cálculo de R\$1.053.359,56, com uma alíquota de 18%, enquanto que a planilha da autuação traz valores totalmente distintos, sem sequer mencionar o valor do crédito tributário exigido. Na verdade, esse fato não implica em qualquer cerceamento de defesa ou erro na apuração, visto que a planilha 11 e 12 expressam exatamente a infração cometida, com sua base de cálculo (R\$1.871.714,89), média da alíquota (10,13%) e valor apurado (R\$189.604,72), ocorre que no sistema da SEFAZ, a imputação do Auto de Infração é feita a partir do valor apurado e sua base de cálculo é encontrada de modo inverso, aplicando a alíquota de 18%, ou seja, um cálculo aritmético feito da seguinte forma:

Base de Cálculo = Valor apurado * 100 / 18

Base de Cálculo = 189.604,72 * 100 / 18 = 1.053.359,56

Outro ponto alegado foi que as autuantes teriam indicado no auto que “o valor do ICMS foi calculado com base na média das alíquotas de entradas de mercadorias e serviços”, entretanto, na planilha, fl. 10, chamada de CFOP exercício de 2018, foi calculado a carga tributária, determinada pela proporção entre o valor do ICMS e o valor da operação e não a média das alíquotas, como indicado na descrição da infração, acrescentando que o dispositivo que trata do método de cálculo do estorno do crédito, Art. 312, IV, § 5º, I do RICMS/BA, acima transcrito, que não traz em momento algum a carga tributária, mas, sim, média das alíquotas, que aritmeticamente são duas situações distintas. Mais uma vez me alinho ao julgador de piso, quando tratou o argumento dizendo o seguinte:

“As autuantes para definirem o percentual de 10,13% indicado na planilha, tomaram por base o total do ICMS que foi creditado pelo autuado, por cada tipo de operação e dividiram pelo total da operação (coluna 3 da planilha). Neste ponto, entendo que a divisão deveria ter recaído sobre o valor da base de cálculo (coluna 4) que elevaria o percentual da alíquota média para 10,69%, o que não invalida o lançamento, pois ao meu ver, beneficiou o autuado.

Esta sistemática de cálculo, ao meu entender, tem suporte na previsão estabelecida pelo referido art. 312 do RICMS, posto que “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”, posto que, na presente situação, o total do ICMS creditado, apurado por natureza da operação, reflete o que foi creditado pelo autuado, considerando a alíquota utilizada na operação de entrada, não se podendo perder de vista 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, não havendo contestação por parte do autuado quanto aos quantitativos e valores das operações obtidos 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.”(grifos acrescidos)

De todo exposto, rejeito as nulidades suscitadas.

No mérito pede pela improcedência do Auto de Infração, sob o argumento de que as perdas correspondem em índice de perdas normais no processo de comercialização, armazenagem, expedição e distribuição. Em seu socorro cita o Art. 289, § 13 do RICMS/BA, o qual não tem qualquer relação com a infração cometida, visto se tratar de operações realizadas por fabricantes de cervejas e refrigerantes, vejamos:

“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.”

Ademais, cabe ressaltar o que no caso de PERDAS não é permitido a manutenção do crédito, devendo o mesmo ser estornado conforme prevê a vasta legislação tributária, abaixo reproduzida:

“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.”

Quanto à alegação de abusividade da multa, é importante destacar que a mesma encontra previsão legal no art. 42, inciso VII, alínea “b”, abaixo reproduzido.

“Art. 42. Para as infrações tipificadas neste artigo, serão aplicadas as seguintes multas:

(...)

VII - 60% (sessenta por cento) do valor do crédito fiscal, que não importe em descumprimento de obrigação principal, sem prejuízo da exigência do estorno:

(...)

b) na falta de estorno de crédito fiscal, nos casos previstos na legislação;”

Ora, possuindo previsão em lei, não pode, este órgão administrativo, afastar sua aplicação, conforme art. 167, inciso III do RPAF/99, que diz:

“Art. 167. Não se incluem na competência dos órgãos julgadores:

...

III - a negativa de aplicação de ato normativo emanado de autoridade superior.”

Ressalte-se a legislação possibilita a redução automática das multas previstas nos incisos I, II, III e VII e alínea “a”, do inciso V, do art. 42 da Lei nº 7.014/96, em percentuais que variam entre 25% e 90%, nas hipóteses dos arts. 45 e 45-B da Lei nº 7.014/96.

De tal forma, NEGOU PROVIMENTO ao 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** o Auto de Infração nº 279462.0005/22-3, lavrado contra **FERREIRA COSTA & CIA. LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$189.604,72**, acrescido da multa de 60%, prevista no Art. 42, VII, “b” da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos legais.

Sala Virtual das Sessões do CONSEF, 21 de junho de 2023.

RUBENS BEZERRA SOARES – PRESIDENTE

VALDIRENE PINTO LIMA – RELATORA

EVANDRO KAPPES - REPR. DA PGE/PROFIS