

A. I. Nº - 269140.0007/21-8
AUTUADO - MK ELETRODOMÉSTICOS MONDIAL S.A.
AUTUANTE - CLÁUDIA LINS MENEZES LIMA
ORIGEM - IFEP NORTE
PUBLICAÇÃO - INTERNET - 25.01.2022

6ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0001-06/22-VD

EMENTA: ICMS. OMISSÃO DE SAÍDAS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. EXERCÍCIO FECHADO. Arguições defensivas não lograram impugnar a exigência fiscal. Infração subsistente. Auto de Infração **PROCEDENTE.** Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração objeto deste relatório foi lavrado em 30/06/2021 e se refere à cobrança de ICMS no valor de **R\$404.759,26**, bem como aplicação de multa no percentual de 60%, tendo sido efetuada a ciência do feito ao contribuinte no dia 17/07/2021 conforme doc. à fl. 152, pela constatação da seguinte infração:

Infração 01 - 004.005.002 - Falta de recolhimento do imposto relativo a omissão de saídas de mercadorias tributáveis efetuadas sem a emissão de documentos fiscais, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de registro de saídas de mercadorias em valor superior ao das entradas efetivas omitidas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques por espécie de mercadorias em exercício fechado. Conforme demonstrativos do estoque anexados ao Processo, relativos aos exercícios de 2017 e 2018.

Constata-se que tempestivamente a Autuada apresentou impugnação ao lançamento através dos documentos constantes às fls. 154 a 159.

De início ressaltou a tempestividade da defesa e requereu que os atos processuais de comunicação sejam dirigidos, também, ao patrono do Sujeito Passivo (e-mail: fabio@mblaw.com.br), através de mensagem eletrônica e carta registrada com “Aviso de Recebimento” para o endereço indicado no rodapé da petição, sob pena de nulidade, por manifesto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte.

Adentrando ao mérito, sob o título “*IMPROCEDÊNCIA DA AUTUAÇÃO*”, reproduziu o teor da acusação fiscal e afirmou que a Autuada jamais adquiriu ou vendeu produtos, fabricados ou fornecidos por terceiros, sem nota fiscal. Que os produtos que foram levantados pelo Autuante são todos importados, de modo a ser impossível fazer a sua aquisição e o posterior desembaraço aduaneiro sem emitir a correspondente nota fiscal.

Disse que todos os clientes da Autuada são empresas de grande porte, que não operam sem a emissão de notas fiscais. E que seria impossível para a Autuada controlar a sua operação se as notas fiscais não fossem emitidas em todas as aquisições e vendas.

Afirmou que qualquer diferença no estoque da Autuada decorre de falhas na alimentação do sistema que gerou o registro de inventário ou de equívocos na contagem física dos estoques.

Informa que está envidando todos os esforços possíveis no sentido de averiguar o que pode ter levado o Autuante a concluir pelas diferenças de entradas e de saídas apontadas no seu levantamento, o que não foi possível fazer até o presente momento, especialmente porque todo o setor ainda sofre forte impacto em virtude das medidas para combate da pandemia pelo novo Coronavírus.

No que concerne ao lançamento de ofício, observou que o preposto fiscal calculou o imposto com base na alíquota de 18%, olvidando do fato de que a Autuada goza do benefício fiscal previsto no Decreto Estadual nº 4.316/95, cujo art. 7º estabelece:

"Art. 7º Nas operações de saídas internas de produtos acabados, recebidos do exterior com o diferimento regulado no art. 1º, o estabelecimento que os importar efetuará um lançamento de crédito fiscal em sua escrita de tal forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento), observada a disposição do § 1º do Art. 1º Deste Decreto".

Ressaltou que, no caso em análise, o alvo de tributação são as operações de saída efetivas, apuradas por meio de levantamento quantitativo de estoques; em outras palavras, disse não se tratar de um lançamento tributário com base em presunções de saídas anteriores, decorrentes de diferenças de entradas.

Destacou que se tratam de operações plenamente identificáveis (e não de receitas de operações anteriores desconhecidas), de modo que nada justifica a não incidência, no caso concreto, da alíquota aplicável à Autuada, por imposição do Decreto Estadual nº 4.316/95, válido e vigente. Nesse sentido, disse que trilharam os Acórdãos JJF nº 0161-02/13 e CJF nº 0090-11/08, ambos desse Conselho.

Rematou que, calcular eventual imposto devido pela autuada com base na alíquota de 18% significa impor-lhe a perda do benefício concedido pelo Decreto Estadual nº 4.316/95, nas operações em testilha. E que tal penalidade não possui previsão normativa, a qual, inclusive em observância ao Código Tributário Nacional, art. 97, V, somente poderia ser veiculada por lei em sentido estrito:

"Art. 97. Somente a lei pode estabelecer:

(...)

V - a combinação de penalidades para as ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, ou para outras infrações nela definidas;".

Afirmou que a doutrina pátria, sobre o assunto, leciona que segundo doutrina de Yonne Dolácio de Oliveira, em Comentários ao Código Tributário Nacional, Vol. 2, coord. Ives Gandra da Silva Martins, Ed. Saraiva, 1998, p. 27/28). "... o inciso V do art. 97 prevê duas modalidades de infração, ambas subordinadas à primazia da lei. O legislador, assim, deverá: 1) definir, na mesma lei, as infrações representadas por ações ou omissões contrárias a seus dispositivos, fixando as penalidades; 2) definir infrações por violação a outras leis ou a atos normativos de grau hierárquico inferior referentes aos deveres jurídicos instrumentais (obrigações acessórias), fixando, também, as respectivas penalidades. Temos aqui as violações a atos normativos da Administração"

Disse ainda que em outro trecho da mesma obra, tem-se que "a obrigação tributária principal, ex vi do § 1º do art. 113 do CTN, tem por objeto o pagamento do tributo ou penalidade pecuniária, merecendo as duas hipóteses o mesmo tratamento legal. Verifica-se no caso em foco igual pressão dos valores certeza e segurança, como ocorre em relação aos tributos, de modo a exigir que a definição de infração tributária e a fixação da respectiva penalidade sejam enunciadas exclusivamente pela lei" (op. cit, pág. 27).

Registrhou que o Superior Tribunal de Justiça vem dando ampla aplicação ao art. 97, V, do CTN, de modo a evitar que normas infra legais exorbitem sua função meramente regulamentar e passem a dispor acerca de infrações e penalidades de natureza tributária:

"RECURSO ESPECIAL. TRIBUTÁRIO. DECLARAÇÃO DE INFORMAÇÕES SOBRE ATIVIDADES IMOBILIÁRIAS-DIMOB. IMPOSIÇÃO DE MULTA PELO ATRASO NA ENTREGA DA DIMOB. SITUAÇÃO NÃO PREVISTA NA MP 2.158-35/2001. COMINAÇÃO DE PENA PELA IN SRF 304/2003. OFENSA À RESERVA LEGAL. RECURSO ESPECIAL DA FAZENDA NACIONAL DESPROVIDO. (...)

2. Ao meu sentir, todavia, o art. 57 da MP 2.158-35/2001 prevê apenas a aplicação da multa pela não apresentação da DIMOB. A Instrução Normativa da Receita Federal, por sua vez, alarga o texto normativo para impor a mesma pena de multa para a entrega a destempo da DIMOB. Entretanto, nos termos do art. 97, V e VI do CTN, somente a lei pode estabelecer a combinação de penalidades ou eventual redução ou dispensa das mesmas.

3. Havendo excesso do Ato Administrativo que estipula a imposição de multa não só pelo não fornecimento da DIMOB mas também pela sua entrega a destempo, situação não prevista no art. 57 da MP 2.158-35/2001, não merece reparos o acórdão impugnado que afastou a punição fustigada.

4. Recurso Especial da FAZENDA NACIONAL desprovido. (REsp 1322275/PE, Rel. Ministro NAPOLEÃO

NUNES MAIA FILHO, PRIMEIRA TURMA, julgado em 19/09/2013, DJe 17/10/2013.”

“TRIBUTÁRIO. PODER REGULAMENTAR. IN SRF 304/03. SANÇÕES. MULTA PECUNIÁRIA. ILÍCITO PENAL. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. Ao disporem sobre sanção pecuniária e ilícito penal decorrentes da apresentação incorreta da Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias-DIMOB, as normas contidas nos arts. 3º, II, e 4º da Instrução Normativa da Secretaria da Receita Federal nº 304/2003 extrapolaram o art. 57, II, da MP n. 2.158-35/2001 em combinação com o art. 16 da Lei n. 9.779 de 1999 e com o art. 97, V, do CTN.

2. Agravo regimental não provido. (AgRg no REsp 961.284/PR, Rel. Ministro CASTRO MEIRA, SEGUNDA TURMA, julgado em 22/09/2009, DJe 05/10/2009)

TRIBUTÁRIO. RECURSO ESPECIAL.PENALIDADE. PRINCÍPIO DA LEGALIDADE.

1. Inviável, por via de Instrução Normativa, ampliar o conteúdo de objetivo punitivo tributário.

2. Qualquer multa por descumprimento de obrigação acessória depende de ter previsão legal.

3. As penalidades previstas nos artigos 3º, II, e 4º do INSRF 304, extrapolam dispositivos legais (art. 57, II, da MP n. 2.158-35/2001, combinado com o art. 16 da lei n. 9.779/1999 e com o art. 97, V, do CTN).

4. A INSRF 304, de 21.02.2003, que instituiu a Declaração de Informações sobre Atividades Imobiliárias (Dimob), não pode, em desacordo com a lei, instituir hipótese de crime.

5. Afastamento da aplicação do art. 3º, II e art. 4º da IN n. 304/03. Ilegalidade.

6. Recurso especial não-provido. (REsp 1035244/PR, Rel. Ministro JOSÉ DELGADO, 1ª T., julgado em 20/05/2008, DJe 23/06/2008). ”

Nesse contexto, salientou que não havendo qualquer norma que preveja a sanção de não incidência da alíquota estabelecida no art. 7º, do decreto Estadual nº 4.316/95, muito menos lei em sentido estrito, como exige o CTN, o imposto lançado no auto ora defendido deve ser calculado à alíquota de 3,5%, revista esta que se REQUER.

Ante ao que expôs, requereu:

a) sejam os atos processuais de intimação dirigidos, também, ao patrono do sujeito passivo, signatário do presente, através de mensagem eletrônica (fabio@mblaw.com.br) e carta registrada com Aviso de Recebimento remetida ao endereço indicado no rodapé, sob pena de nulidade, por manifesto cerceamento ao direito de defesa do contribuinte;

b) sejam acolhidas as razões de defesa, para julgar IMPROCEDENTE este Auto de Infração. Subsidiariamente, pugna-se pela redução do valor lançado, mediante a aplicação da alíquota prevista no art. 7º, do Decreto Estadual nº 4.316/95.

Protestou ainda por todos os meios de prova em direito admitidos, requerendo, desde já, a realização de diligência por fiscal estranho ao feito, a juntada posterior de documentos e outros que se fizerem necessários no curso deste processo.

A informação fiscal veio aos autos pelas fls. 164 a 166.

No tópico “2. DA INFORMAÇÃO FISCAL: ”, afirmou que a Autuada em sua defesa alegou que jamais adquiriu ou vendeu produtos fabricados ou fornecidos por terceiros sem a emissão de notas fiscais. Que disse ainda que os produtos são importados e, portanto, seria impossível sua aquisição sem o desembaraço aduaneiro. Afirma que está envidando todos os esforços para descobrir as diferenças apontadas na infração.

Sobre estas alegações lembrou que a falta de comprovação do cometimento de infração com elementos probatórios de que disponha, importa presunção de veracidade da Autuação. E que além disso o Art. 143, do RPAF dita que a simples negativa do cometimento da infração não desonera o sujeito passivo de elidir a presunção de legitimidade da autuação.

Quanto a insurgência contra o cálculo do imposto com base na alíquota de 18%, alegando gozar do benefício fiscal previsto no Decreto Estadual 4316/95: o diferimento do imposto de importação e o crédito presumido previsto no do Art. 7º.

Afirmou que a Autuada importa matéria prima para fabricação de ventiladores, liquidificadores, batedeiras e espremedores, entre outros. E ainda que trabalha, também, com a importação e revenda de *air fries*, que afirmou serem as mercadorias objeto do presente auto de infração.

Explicou que a empresa foi fiscalizada e foi aplicado o roteiro de cálculo do estoque nos exercícios de 2017 e 2018 resultando na detecção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, sem a emissão de documentos fiscais. E que para detecção da omissão nestes períodos, das mercadorias denominadas *air frie*, foi somado sob o mesmo código de referência, a quantidade do estoque inicial com a quantidade das entradas no exercício com notas fiscais e, do resultado apurado, subtraiu-se a quantidade do estoque final existente (declarado pelo contribuinte no Registro de Inventário).

Esse cálculo determina a efetiva quantidade de saídas dessa mercadoria no período fiscalizado. Em seguida, a partir da apuração da quantidade das saídas efetivas do estabelecimento, ela foi comparada com as quantidades das saídas com notas fiscais emitidas, no mesmo exercício, e apurou-se as diferenças quantitativas de saídas.

Pontuou que todos os demonstrativos das omissões e do preço médio calculados estão anexados no processo que demonstram que 3011 *Air fries* saíram sem emissão de notas em 2017 e 8144 unidades de *Air frie* saíram sem notas em 2018, acrescentou que essas somas incorporaram todos os modelos autuados, no entanto a autuação foi feita por código/modelo.

Ressaltou que para calcular a base de tributável das omissões foi utilizada o determinado pelo art. 23 B da lei 7014/96, que reproduziu: “*do preço médio das operações de saída praticado pelo contribuinte no último mês em que a mercadoria houver sido comercializada no período fiscalizado, ou, quando o preço não for conhecido ou não merecer fé, o preço médio praticado por outro estabelecimento da mesma praça que explorar idêntica atividade econômica, em relação ao último mês do período objeto do levantamento.*”

Asseverou que a Autuada, importa as mercadorias com diferimento previsto no Art. 1º do Decreto 4316/96, cujo § 1º determina a necessidade de habilitação no regime para fazer jus ao benefício. Disse que o benefício concedido pressupõe obrigações de ambas as partes envolvidas.

Pontuou que o estado que concede o diferimento e autorização até o seu termo final, e o contribuinte, por óbvio, precisa cumprir a legislação tributária. Afirmou que no diferimento concedido através de processos, a exemplo do de número 00160820082, consta de seu parecer final:

“*A MK ELETRODOMÉSTICOS DO NORDESTE LTDA, empresa contribuinte do ICMS, com inscrição estadual nº 67.475.400 e estabelecida neste Estado sob o código de atividade 2759799 - Fabricação de outros aparelhos eletrodomésticos não especificados anteriormente, peças e acessórios, dirige requerimento a esta Administração Tributária solicitando autorização para promover o desembaraço aduaneiro, em caráter precário, das mercadorias classificadas na posição da NCM 8505.19.10, descritas nas DI nº 07/1784231-7, expedida em 21/12/2007, sem o pagamento do ICMS, com base no disposto no inciso III do art. 1º do Decreto nº 4.316/95, alterado pelo Decreto nº 6.741/97. A Requerente realiza operações de importação de mercadorias relacionadas no Anexo Único da Portaria 101/2005, sob o amparo do regime de diferimento do ICMS, em virtude de ser habilitada aos benefícios fiscais previstos no Decreto nº 4.316/95. Entretanto, as mercadorias indicadas na DI acima citada, que correspondem à NCM nº 8505.19.10 - imas permanentes de ferrita e artefatos, magnetiza v. p/imas, foram excluídas temporariamente do referido Anexo Único, havendo, no entanto, intenção da Administração Tributária de reinseri-las, tendo em vista o pedido da requerente e a solicitação da Secretaria da Indústria, Comércio e Mineração, através de Parecer Técnico datado de 16/01/2008, cópia anexa. Da análise do presente pleito, e considerando que o benefício aplicado à operação realizada pela Requerente importa em incentivo ao incremento da atividade industrial que realiza, havendo um efetivo interesse do Estado em recolocar os produtos citados sob o amparo do regime de diferimento do ICMS, sugerimos o atendimento do pedido em caráter precário, até a data da entrada em vigor do ato que reinserir, no Anexo Único da Portaria 101/2005 os produtos descritos na DI supramencionado.*

Salientou que o benefício fiscal autorizado pelo Estado implica redução da receita pública e visa

desenvolver economicamente determinada região ou certo setor de atividade, mas a renúncia fiscal e o tratamento tributário diferenciado estão condicionado a regularidade fiscal. E que no caso deste Auto, a Empresa infringiu o art. 2, inciso I e 23-B da Lei 7014/97 art. 83, inciso I do RICMS aprovado pelo Decreto 13512/12.

Citou ainda o Art. 9º do Decreto 4316/95 que diz: “*O estabelecimento habilitado para operar com o tratamento tributário previsto neste Decreto que inobservar qualquer das disposições nele contidas neste decreto terá cassada a sua habilitação pela Secretaria da Fazenda.*”

Ante o exposto acima, ratificou o procedimento fiscal, aguardando seja julgado totalmente procedente. É o relatório.

VOTO

Se trata processo administrativo fiscal decorrente da impugnação ao lançamento de crédito tributário materializado através do A. I. Nº- 2691400007/21-8, lavrado para recuperação de imposto supostamente omitido de recolhimento aos cofres públicos, haja vista apuração pelo preposto da Secretaria de Fazenda do Estado da Bahia – SEFAZ de que a Impugnante incorreu em prática de omissão de saídas de mercadorias conforme teria acusado o procedimento de auditoria denominado LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES EM EXERCÍCIO FECHADO.

Não houve nenhuma arguição de nulidade, e nesse aspecto preliminarmente verifico que o presente lançamento de crédito tributário está revestido das formalidades legais exigidas pelo RPAF/99, tendo sido a infração a multa e suas respectivas bases legais, evidenciadas de acordo com a infração imputada e demonstrativos detalhados do débito, com indicação clara do nome, do endereço e da qualificação fiscal do sujeito passivo.

Nessa esteira indefiro o pedido de diligência por considerar que os elementos constantes dos autos são suficientes para a elucidação da contenda.

Adentrando ao exame das arguições de mérito, destaco as mesmas a seguir:

- i) Que os produtos que foram levantados pelo Autuante são todos importados, de modo a ser impossível fazer a sua aquisição e o posterior desembarque aduaneiro sem emitir a correspondente nota fiscal;
- ii) que seria impossível para a Autuada controlar a sua operação se as notas fiscais não fossem emitidas em todas as aquisições e vendas;
- iii) que qualquer diferença no estoque da Autuada decerto decorre de falhas na alimentação do sistema que gerou o registro de inventário ou de equívocos na contagem física dos estoques;
- iv) que o preposto fiscal calculou o imposto com base na alíquota de 18%, olvidando do fato de que a Autuada goza do benefício fiscal previsto no art. 7º do Decreto Estadual nº 4.316/95.

Passando a enfrentá-las, farei examinando cada uma de *per si*, como segue:

Não há pertinência a favor da defesa a alegação de que os produtos que foram levantados pelo Autuante são todos importados, de modo a ser impossível fazer a sua aquisição e o posterior desembarque aduaneiro sem emitir a correspondente nota fiscal, pois o levantamento de estoque apurou a omissão em momento posterior ao desembarque, haja vista que a acusação fiscal se refere à omissão de saídas e não de entradas de mercadorias, restando rechaçada a *prima facie* a primeira arguição.

Se, como alega a defesa é impossível para a Autuada controlar a sua operação se as notas fiscais não fossem emitidas em todas as aquisições e vendas, caberia apenas, desta feita, a comprovação documental de sua alegação, todavia esta não se encontra nos autos, restando afastada a alegação.

Do mesmo modo, carece de demonstração fática a alegação de que a diferença detectada no estoque da Autuada decorreria de falhas na alimentação do sistema que gerou o registro de inventário ou de equívocos na contagem física dos estoques, e portanto carece de valor probatório, devendo ser descartada.

E por fim, quanto a alegação de que o preposto fiscal calculou o imposto com base na alíquota de 18%, e por isso teria olvidado do fato de que a Autuada goza do benefício fiscal previsto no Decreto Estadual nº 4.316/95, cujo art. 7º estabelece:

"Art. 7º Nas operações de saídas internas de produtos acabados, recebidos do exterior com o diferimento regulado no art. 1º, o estabelecimento que os importar efetuará um lançamento de crédito fiscal em sua escrita de tal forma que a carga tributária incidente corresponda a um percentual efetivo de 3,5% (três inteiros e cinco décimos por cento), observada a disposição do § 1º do Art. 1º Deste Decreto". Grifei.

É peremptório que o dispositivo regulamentar evocado acima não socorre a defesa em seu desiderato, porquanto o art. 7º do Decreto Estadual nº 4.316/95, aferível acima, de forma reversa, impõe que a carga tributária que a defesa entende seja aplicada à apuração fiscal seja obtida a partir de um lançamento de crédito em sua escrita fiscal e não diretamente em suas operações de saídas. De maneira que dispensa maiores ilações sobre o assunto.

Outrossim, entendo que a compensação a que se refere à defesa para fins de ajuste de sua carga tributária, deve ser feita, se for o caso, posteriormente ao trânsito em julgado e o devido pagamento do valor exigido. A ser realizado em sua estrita fiscal a partir de um processo administrativo próprio em que se avaliará a pertinência do mesmo.

Registrada a participação do defensor da empresa – Dr. Fábio de Andrade Moura, integrante do escritório de advocacia Fabio & Moura – Advogados, o qual fez a sustentação oral conforme o Regulamento Interno deste Conselho.

Voto, por conseguinte, pela PROCEDÊNCIA do presente auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 6ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar PROCEDENTE o Auto de Infração nº 269140.0007/21-8, lavrado contra a empresa **MK ELETRODOMÉSTICOS MONDIAL S.A.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$404.759,26**, acrescido da multa, prevista no art. 42, inciso III, da Lei 7.01496, e dos acréscimos legais previstos na Lei 9.837/2005.

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

ARIVALDO LEMOS DE SANTANA – PRESIDENTE/RELATOR

EDUARDO RAMOS DE SANTANA – JULGADOR

EDUARDO VELOSO DOS REIS - JULGADOR