

PROCESSO - A.I. Nº 206892.0011/01-2
RECORRENTE - JD COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.
RECORRIDA - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSO - RECURSO VOLUNTÁRIO – Acórdão 2ª JFJ n.º 0110-02/02
ORIGEM - INFAZ CALÇADA
INTERNET - 12.07.02

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0256-11/02

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. PRESUNÇÃO LEGAL DA REALIZAÇÃO DE OPERAÇÕES SEM PAGAMENTO DO IMPOSTO. Tais diferenças indicam que o sujeito passivo, ao deixar de registrar as entradas, efetuou os seus pagamentos com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Não comprovada pelo contribuinte a origem dos recursos. Exigência subsistente. Recurso **NÃO PROVIDO**. Vencido o voto da Relatora. Decisão por maioria.

RELATÓRIO

Trata-se de um Recurso Voluntário interposto após Decisão que julgou Procedente o Auto de Infração lavrado para reclamar falta de recolhimento do imposto pela presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, anteriormente efetuadas, sem emissão de documentos fiscais e conseqüentemente, sem a respectiva escrituração, decorrente da falta de contabilização de entradas de mercadorias, caracterizando a existência de receitas oriundas de saídas não contabilizadas empregadas no pagamento das citadas entradas, apuradas através de levantamento quantitativo de estoque por espécie de mercadorias nos exercícios de 1999 e 2000.

O Auto de Infração foi julgado Procedente, tendo o Relator da 2ª JFJ apresentado os seguintes fundamentos:

“Trata-se de Auto de Infração lavrado para exigir imposto no valor de R\$ 50.059,48, apurado através da auditoria dos estoques de bacalhau, nos exercícios de 1999 e 2000, conforme documentos às fls. 8 a 23 do PAF, em razão da constatação da falta de contabilização de entradas, acarretando na presunção legal de omissão de saídas de mercadorias tributáveis.

Inicialmente, rejeito a preliminar de nulidade do Auto de Infração, argüida sob a alegação de cerceamento do direito de defesa, pois não existe qualquer prova de que a documentação fiscal foi devolvida em 05/05/2001, dois dias após a sua ciência do Auto de Infração. Caso comprovado haveria um prejuízo de dois dias no prazo para sua impugnação. Por outro lado, os documentos às fls. 37 e 38 do PAF demonstram que a documentação, tida como arrecadada em 05/05/2001, conforme alegação de defesa, foi efetivamente arrecadada em 10/05/2001, porém relativa ao próprio exercício de 2001, período estranho aos exercícios fiscalizados. Assim, não ocorreu o alegado cerceamento de defesa, pois a documentação dos exercícios de 1999 e 2000 não foi arrecadada no decorrer do prazo de defesa, como alega o impugnante.

Quanto ao mérito, aduz o defendente que a “omissão de entradas” é toda ela relativa a importações de bacalhau, cuja mercadoria tem o imposto diferido para o momento da saída, conforme art. 343, XLII do RICMS. Tal argumento não elide a acusação fiscal, a qual se fundamenta na presunção legal de *omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto*, conforme art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, sendo que tais mercadorias podem ser o próprio bacalhau ou outra mercadoria comercializada pelo autuado. No caso do contribuinte só comercializar com o bacalhau, assim mesmo, ficará mantida a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributadas, uma vez que não se está a reclamar o imposto da “omissão de entradas” do bacalhau, mas, sim, a omissão de operações de saídas anteriores, cujas receitas não contabilizadas foram empregadas no pagamento das citadas entradas.

Assim, como o lançamento do ICMS incidente nas entradas do bacalhau no estabelecimento importador fica diferido para o momento em que ocorrer à saída da mercadoria, o imposto é devido com o encerramento do diferimento do lançamento do imposto, decorrente da saída da mercadoria.

Do exposto, voto PROCEDENTE o Auto de Infração”.

Inconformado, o autuado apresenta Recurso Voluntário onde alega que a Decisão Recorrida merece reforma, tendo em vista encontrar-se a mesma equivocada.

Requer a nulidade do Auto de Infração por entender que ocorreu cerceamento ao direito de defesa, uma vez que tomou ciência do referido lançamento em 03/05/2001, sendo que os livros e documentos fiscais foram devolvidos em 05/05/2001, mesma data em que foi novamente intimado a apresentar a documentação para nova fiscalização, os quais somente em 30/05/2001 foram definitivamente devolvidos, restando-lhe apenas dois dias úteis para vencer o prazo para defesa. Cita art. 18, do RPAF, por entender ter havido nulidade absoluta, por cercear a defesa do acusado, o qual não dispôs de elementos para defender-se quanto ao mérito da autuação.

Informa haver impetrado Mandado de Segurança, obtendo concessão de liminar e por isso estaria o crédito tributário suspenso, ocorrendo à hipótese de ilegitimidade da multa aplicada, tomando como base o art. 151, do CTN, e, o art. 964, V, do RICMS/BA.

Em seguida, afirma que, caso a preliminar de nulidade seja ultrapassada, registra que a “omissão de entradas” é toda ela relativa a importações de bacalhau, cuja importação direta é feita junto a fornecedores sediados em países signatários do GATT, onde ficou determinado que os produtos procedentes de países signatários deste acordo teriam o mesmo tratamento fiscal, incluindo os benefícios, dos similares nacionais.

Que no Brasil, o Bacalhau tem como similar o peixe seco e salgado que é beneficiado pela isenção. Assim, a exigibilidade deste crédito é ilegal, pois, sendo o bacalhau importado de nação signatária do GATT também goza da mesma isenção concedida ao similar nacional, que foi introduzida pelo Convênio ICMS nº 60/91 e recepcionado pela Legislação Tributária Baiana.

Pede a improcedência do Auto de Infração e ressalta que o STJ e o STF já reconheceram a isenção através das Súmulas 71 e 575.

Em Parecer a PROFAZ opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário, pois considera que os argumentos trazidos são insuficientes para proporcionar a alteração do julgamento de 1ª Instância.

VOTO VENCIDO

Inicialmente devo reportar-me à preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, por cerceamento ao direito de defesa, onde entendo que a mesma não deve ser acatada, pois, embora reconheça que não há impedimento para a arguição da preliminar neste momento, haja vista que uma nulidade absoluta pode ser suscitada a qualquer tempo, no presente caso considero que, existindo razões para se decidir pela improcedência de um procedimento, não há que se decretar a nulidade, pois, esta seria absorvida, pela improcedência, de acordo com o que preceitua o art. 249, §2º, do CPC, ou seja, quando a decisão de mérito for favorável a quem aproveite a declaração de nulidade, esta não será pronunciada.

Assim, não acato a preliminar de nulidade levantada pelo recorrente neste Recurso Voluntário.

Quanto ao mérito, a presente autuação reclama falta de pagamento do ICMS por presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, em decorrência da falta de contabilização de entradas de mercadorias.

A autuada pede a improcedência da autuação pois, considera que, como comercializa com o Bacalhau importado de nação signatária do GATT, produto que goza da mesma isenção concedida ao similar nacional, introduzida pelo Convênio ICMS nº 60/91 e recepcionado pela Legislação Tributária Baiana.

Inicialmente devemos esclarecer que a autuação tomou por base a Portaria nº 445/98, que rege os procedimentos a serem adotados quando da realização de levantamentos quantitativos. Entretanto, ao analisar mais detidamente a ação fiscal verifiquei tratar-se de um levantamento quantitativo, onde foram levantadas tanto as saídas quanto às entradas de mercadorias no estabelecimento fiscalizado, no período de janeiro a dezembro de 2000, tendo sido apurado pelo fiscal Autuante, durante todo o exercício, entradas e saídas de um único produto, Bacalhau, não se verificando a entrada ou saída de nenhum outro produto.

Na cópia do Livro Registro de Inventário, anexado ao Processo Administrativo Fiscal, também só existe o registro do mesmo produto, o que nos leva a concluir que durante o período fiscalizado a empresa autuada somente comercializou com bacalhau.

Ocorre que, a tributação do bacalhau não é pacífica e, de acordo com o meu entendimento este produto é isento do pagamento de ICMS. Assim, a cobrança de omissão de saídas por presunção, decorrente da falta de contabilização de entradas alcançaria um produto que não é tributado. Portanto, nesta situação não se aplica a regra prevista na Portaria nº 445/98, considerando que o bacalhau não é tributado.

Tanto o STJ quanto o STF já têm se posicionado favoravelmente ao contribuinte nestas situações, embora ainda haja controvérsia, as Súmulas 71 e 575, editadas por estes tribunais, continuam válidas, e fixam o entendimento de que as operações de importação de bacalhau de país signatário do GATT ficam isentas do pagamento de ICMS, considerando que o art. III, do GATT prevê que o produto importado de outro país signatário do acordo goza da isenção concedida a produtos similares de origem nacional, note-se que o art. 14, do RICMS/BA prevê a isenção para pescados, excluindo o bacalhau, entretanto, sendo o bacalhau pertencente ao gênero pescado, não poderá fazer

parte desta exclusão aquele bacalhau originário de país signatário do GATT, como ocorre no presente Auto de Infração onde o pescado é importado da Noruega.

O art. 98, do CTN prescreve que “os tratados e as convenções internacionais revogam ou modificam a legislação tributária interna e serão observados pela que lhes sobrevenha”.

Resta claro, portanto, que o fundamento utilizado para o igual tratamento do produto importado é, exatamente, a isenção concedida aos produtos similares de origem nacional.

Assim, sendo o bacalhau um produto de origem internacional, a cláusula de Convênio interestadual não é suficiente para afastar a incidência da norma internacional, pois, a intenção do Acordo Internacional é evitar as discriminações entre o produto estrangeiro e o nacional, quando neles se verifique a similaridade, exatamente o que ocorre com o bacalhau que pertence ao gênero pescado, semelhante, portanto.

Vale ainda observar que a similaridade é um conceito mais amplo que o de identidade, onde não deve haver nenhuma diferença entre os produtos, ao contrário daquela, onde existem semelhanças, mas não a identidade total.

Pelo exposto, voto pelo PROVIMENTO do Recurso Voluntário a fim de julgar improcedente o Auto de Infração ora em análise.

VOTO VENCEDOR

Inicialmente, cabe afastar a preliminar de nulidade suscitada pelo recorrente, por cerceamento ao direito de defesa, pois, conforme ressaltado na decisão da 1ª Instância, inexistente prova de que a documentação arrecadada foi entregue após a lavratura do Auto de Infração, além de estar evidenciado que a ação fiscal imediatamente seguinte, desenvolvida por outro preposto fiscal, arrecadou livros e documentos de períodos não relacionados com o lançamento em discussão.

Na questão de mérito, observo que a matéria objeto do lançamento fiscal não envolve tributação de operações com o produto bacalhau conforme insinua o recorrente. Trata-se, em verdade, de omissão de saídas de mercadorias tributáveis, apuradas em razão de ter sido constatada a falta de registro de notas fiscais de aquisição do produto bacalhau, que foi detectado em auditoria fiscal de levantamento quantitativo por espécie de mercadorias. O raciocínio desenvolvido pela fiscalização pauta-se nas seguintes premissas: se as aquisições não foram registradas, o pagamento também não; em consequência, as receitas que suportaram aqueles pagamentos deixaram também de ser declaradas. A lei autoriza o fisco a presumir que a falta de contabilização ou registro de compras de mercadorias ou de bens importe na conclusão de que os pagamentos correspondentes derivam de receitas de vendas de mercadorias sem a emissão de nota fiscal, cabendo ao contribuinte fazer a prova em contrário. Trata-se de presunção legal, prevista no art. 4º, § 4º, da Lei nº 7.014/96, cujo texto é abaixo reproduzido:

Art. 4º Considera-se ocorrido o fato gerador do imposto no momento:

(...)

§ 4º O fato de a escrituração indicar saldo credor de caixa, suprimentos a caixa não comprovados ou a manutenção, no passivo, de obrigações já pagas ou inexistentes, bem

como a ocorrência de entrada de mercadorias não contabilizadas, autorizam a presunção de omissão de saídas de mercadorias tributáveis sem pagamento do imposto, ressalvada ao contribuinte a prova da improcedência da presunção.

Toda a defesa é articulada no sentido de contestar a tributação do bacalhau, fato que não constituiu objeto do lançamento fiscal, inclusive, porque, consta nos autos, a informação de que a empresa comercializava com outras espécies de mercadorias. Acertado o pronunciamento da PROFAZ, no Parecer acostado aos autos, fls. 80-81.

Isto posto, voto pelo NÃO PROVIMENTO do Recurso interposto pelo contribuinte.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão por maioria, **NÃO PROVER** o Recurso Voluntário apresentado e homologar a Decisão Recorrida que julgou **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº 206892.0011/01-2, lavrado contra **JD COMÉRCIO E IMPORTAÇÃO LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$50.059,48**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 70%, prevista no art. 42, III, da Lei nº 7.014/96, e dos acréscimos moratórios

Sala das Sessões do CONSEF, 18 de junho de 2002.

ANTONIO FERREIRA DE FREITAS - PRESIDENTE

VERBENA MATOS ARAÚJO – RELATORA/VOTO VENCIDO

TOLSTOI SEARA NOLASCO – VOTO VENCEDOR

MARIA JOSÉ RAMOS COELHO LINS DE ALBUQUERQUE SENTO SÉ -REPR.DA PROFAZ