

A. I. N º - 281317.0005/04-0
AUTUADO - FRIOS E CONGELADOS SOUZA CARVALHO LTDA.
AUTUANTE - JONEY CESAR LORDELLO DA SILVA
ORIGEM - INFAC IGUATEMI
INTERNET - 28.12.04

2ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACORDÃO JJF Nº 0511-02/04

EMENTA: ICMS. 1. BACALHAU. OPERAÇÃO TRIBUTÁVEL DECLARADA COMO ISENTA. São tributadas as operações internas e interestaduais, bem como a operação de importação. Infração comprovada. 2. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. FALTA DE ESCRITURAÇÃO DE NOTA FISCAL NO REGISTRO DE ENTRADAS. MERCADORIA SUJEITA A TRIBUTAÇÃO. Infração não elidida. 3. CRÉDITO FISCAL. UTILIZAÇÃO INDEVIDA. a) MERCADORIAS ISENTAS. b) MERCADORIAS ADQUIRIDAS DE MICROMEPRESA COMERCIAL Infrações comprovadas. 4. NULIDADE. INOBSERVÂNCIA DO DEVIDO PROCESSO LEGAL. ESTORNO DE CRÉDITO FISCAL RELATIVO ÀS ENTRADAS CUJAS SAÍDAS FORAM OBJETO DE REDUÇÃO DA BASE DE CÁLCULO. PESCADOS. Exigência fiscal baseada em dispositivo regulamentar sem amparo na lei tributária. Item nulo. Auto de Infração **PROCEDENTE EM PARTE.** Decisão não unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 31/03/2004 exige ICMS e multa no valor total de R\$ 5.518,05, imputando ao autuado as seguintes infrações:

1. Deixou de recolher ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. Especificamente bacalhau e carne de rã. ICMS no valor de R\$ 898,93 e multa de 60%.
2. Deu entrada no estabelecimento de mercadoria sujeita a tributação sem o devido registro na escrita fiscal. Especificamente as notas fiscais 054050, de Bom Peixe Ind. Com. Ltda, 001817, de Chico do Brasil Ltda, 021564, de Sadia S.A, do ano de 2000, todas arrecadadas através do CFAMT. Multa no valor de R\$ 429,74.
3. Utilizou indevidamente crédito fiscal de ICMS referentes a aquisição de mercadorias beneficiadas com isenção do imposto. Especificamente referente a pescados, carnes de suínos e carpaccio, conforme demonstrativo em anexo. ICMS de R\$ 845,44.
4. Deixou de efetuar estorno de crédito fiscal de ICMS relativo às entradas de mercadorias, cujas saídas subsequentes ocorreram com redução de base de cálculo no valor correspondente a parte proporcional da redução. ICMS no valor de R\$ 3.066,70 e multa de 60%.
5. Utilizou indevidamente crédito fiscal do ICMS relativo a mercadorias adquiridas de microempresa comercial. ICMS no valor de R\$ 277,24.

O autuado ingressa com defesa, fls. 75/76, e aduz as seguintes razões de fato e de direito:

1. Com relação à infração 01, informa que pagou o valor de R\$ 1,13 referente à Nota Fiscal nº 29, de 18/03/99 (carne de rã), conforme DAE anexo.
2. Na parte relativa à cobrança de bacalhau, faz a juntada de cópias de sentenças prolatadas em Mandados de Segurança de diversos fornecedores. Entende que a isenção só se extingue quando a comercialização atinge o consumidor final. Ressalta que existe jurisprudência dos Tribunais Superiores, inclusive em processos do Estado da Bahia, mencionando as Súmulas nº 20 e nº 71 do STJ. Invoca o princípio da Hierarquia das leis e pede a improcedência da autuação.
3. Reconhece a infração 02, 03, 04 e 05, informando que recolheu os valores exigidos com as penalidades cabíveis.

O autuante presta a informação fiscal e mantém o Auto de Infração na íntegra, pedindo pela sua procedência.

Consta às fls. 108 a 116, cópia de Parecer Jurídico da PGE/PROFIS, de lavra da Dra. Maria Dulce Baleiro Costa sobre consulta formulada pela Junta de Julgamento Fiscal, no sentido de que fosse apreciada a questão relacionada com a legalidade do estorno de crédito fiscal de ICMS nas saídas de mercadorias cujas saídas subseqüentes ocorreram com redução da base de cálculo, previsto no artigo 100, inciso II, do RICMS/97, relativamente ao Processo nº 298705112031 em nome da Cooperativa Central dos Produtores Rurais de Minas Gerais. A parecerista após discorrer sobre a não cumulatividade, e os princípios da legalidade, moralidade, eficiência, e revisibilidade pela Administração dos seus próprios atos, e analisar a norma expressa no artigo 21 do LC 87/96, artigo 32 do Convênio ICMS 66/88, e artigo 30 da Lei nº 7.014/96, concluiu que foram excluídas das hipóteses ensejadoras do estorno de crédito fiscal a situação de saídas de mercadorias e serviços com redução de base de cálculo, não cabendo ao Regulamento trazer hipótese nova que venha restringir o direito do contribuinte. Opinou pela nulidade daquele lançamento tributário.

O Procurador do Estado, Dr. Rogério Leal Pinto de Carvalho (doc. fl. 117), em despacho, com base nos termos do artigo 46, inciso II, da Lei nº 8.207/02 e da designação contida na Portaria nº 048/2003, publicada no Diário Oficial do Estado de 04/06/2003, ratificou o parecer exarado pela citada Procuradora do Estado, no entanto, ressaltou que por se tratar de matéria relativa ao mérito da autuação, a hipótese parece de improcedência, e não de nulidade.

VOTO

Inicialmente verifico que o Auto de infração em lide foi lavrado dentro das formalidades legais, consoante o disposto no art. 39 do RPAF/99, estando apto a surtir seus efeitos jurídicos.

Quanto à infração 01, relativa à falta de recolhimento de ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas, especificamente bacalhau e carne de rã. O contribuinte em sua peça de defesa alega que seu procedimento estaria correto, pois tais produtos não seriam tributados, face à isenção por tratar-se de produto em que inexiste o similar nacional.

Não concordo com o argumento defensivo, pois o RICMS/97, que trata das isenções, em seu art. 14, inciso XIII, exclui, nas saídas internas de pescados, além de outras espécies, o bacalhau, como segue:

Art. 14 São isentas do ICMS as operações com hortaliças, frutas, animais, produtos agropecuários e produtos extractivos animais e vegetais:

...

XIII – de 01/10/91 até 30/04/99, nas saídas internas de pescados, exceto em se tratando de (Convs. ICMS 60/91, 148/92, 121/95 e 23/98):

- a) crustáceos, moluscos, adoque, bacalhau, merluza, pirarucu, salmão e rã;
- b) operação que destine o pescado à industrialização; c) pescado enlatado ou cozido;
Deste modo, entendo que a autuação deste item é procedente.

O autuado reconhece o cometimento das demais infrações, contudo, verifica-se que sua confissão não faz prova a favor do fisco, no que tange ao item 4 do Auto de Infração.

Considerando que a questão relativa a estorno de crédito fiscal, relacionado às mercadorias adquiridas para posterior saída sob o efeito da redução de base de cálculo prevista no Decreto nº 7.799/00, foi objeto de outro processo, sendo julgada a exigência nula por ter sido baseada em dispositivo regulamentar “sem amparo na lei tributária”, com base no Parecer constante às fls. 108/116, da PGE/PROFIS, que assim concluiu, e que ora transcrevo, e tomo por base para o meu voto sobre o mérito da lide.

“De tudo quanto foi exposto, entendo existir subsídio para responder o quanto solicitado na diligência.

Vimos que a não cumulatividade é princípio constitucional e como tal deve ter interpretação ampla, irrestrita. O princípio é norma matriz, fundamentadora de toda a legislação a respeito da matéria.

Além do mais, o que aqui se verifica é a violação, pelo Regulamento – ato do Poder Executivo -, à lei.

Como visto na abordagem preliminar, o papel do Regulamento é tão somente operacionalizar a aplicação da lei, em estrito cumprimento aos seus ditames.

Portanto, não cabe ao Regulamento trazer qualquer hipótese nova que venha restringir o direito ao contribuinte, sob pena de se configurar ato de ilegalidade.

No caso presente, não cabe ao Regulamento do ICMS prever caso de estorno de crédito fiscal que não esteja estabelecido pela Lei.

Em sendo assim, a exigência fiscal é **ILEGAL**, pois sem fundamento na legislação competente vigente.

A autuação fiscal, portanto, é **NULA**, pois não encontra alicerce na lei do ICMS, nem na Lei Complementar 87/96. Deve, então, o CONSEF assim se pronunciar, em obediência aos princípios administrativos da legalidade, moralidade, eficiência, e revisibilidade pela Administração dos seus próprios atos.

A anulação pela própria Administração Pública dos atos praticados de maneira ilegal é princípio vigente no Direito Administrativo Brasileiro, reconhecido por toda a Doutrina de escol, e pela Jurisprudência pacífica dos Tribunais Superiores.

A Profa Odete Medauar explica:

“ A anulação consiste no desfazimento do ato administrativo, por motivo de ilegalidade, efetuada pelo próprio Poder que o editou ou determinada pelo Poder Judiciário.

...

de regra, a Administração tem o dever de anular ato dotado de ilegalidade, justamente porque suas atividades são norteadas pelo princípio da legalidade”. (In Direito Administrativo Moderno, Ed. RT. 4^a ed. Págs 186/187)

Enunciado da Súmula 473 do STF

“A administração pode anular seus próprios atos, quando eivados de vícios que os tornam ilegais, porque deles não se originam direitos; ou revogá-los, por motivo de conveniência ou oportunidade, respeitados os direitos adquiridos, e ressalvada, em todos os casos, a apreciação judicial”.

O RPAF/99 prevê expressamente a aplicação do princípio da legalidade nas decisões em processo administrativo fiscal.

Art. 2º Na instauração, preparo, instrução, tramitação e decisão do processo administrativo e dos procedimentos administrativos não contenciosos, atender-se-á aos princípios da oficialidade, da legalidade objetiva, da verdade material, do informalismo e da garantia de ampla defesa, sem prejuízo de outros princípios de direito.

Entendo que não cabe aqui a discussão sobre o reconhecimento, muito menos declaração de ilegalidade do Regulamento do ICMS pelo CONSEF.

Trata-se, tão somente, de declaração de nulidade da autuação, pois, repito, está em desconformidade com a lei vigente.

O fato do RICMS prever a hipótese de estorno do crédito fiscal, como restou sobejamente demonstrado, não alicerça a exigência fiscal, pois o Regulamento não tem competência para tal”.

Desta forma, considerando que o entendimento do CONSEF em casos análogos ao presente, com base no retro mencionado parecer, concluo pela nulidade do item 01 da autuação com fulcro no artigo 2º e artigo 18, inciso II, do RPAF/99.

Voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração, devendo ser homologado o valor recolhido.

VOTO DISCORDANTE QUANTO AO ITEM 4º

Preocupo-me com a *estrita legalidade* do lançamento tributário.

Não se corrige uma ilegalidade com outra.

Foi anexado aos autos um parecer da PROFIS, segundo o qual o art. 100, II, do RICMS/97 “não encontra espeque em lei”.

Trocando em miúdos: o inciso II do RICMS/97 seria *illegal* – o que não tem espeque (apoio, amparo, arrimo) na lei é *illegal*.

Não discuto o mérito do aludido parecer.

O que noto é que não foi modificado, ainda, o supracitado dispositivo. Assim, obviamente, ele se encontra em pleno vigor.

Este órgão só pode julgar de acordo com a lei e o seu regulamento.

O RPAF, no art. 168, prevê que, quando se encontrar em votação matéria contida em lei ou em ato normativo considerado ilegal, deve o órgão julgador propor à Câmara Superior do CONSEF no sentido de que represente ao Secretário da Fazenda, visando à decisão do impasse (art. 168, inciso I). Cabe à Câmara Superior decidir quanto a representar ou não ao Secretário da Fazenda (inciso II). Sendo feita a representação, o Secretário da Fazenda, após ouvir a Procuradoria, decidirá quanto à conveniência ou não de propor a modificação da lei, pela Assembléia Legislativa, ou do ato normativo considerado ilegal, pelo órgão competente (incisos III e IV). Enquanto não se efetuar a modificação ou revogação da lei ou do ato normativo, ou não for proferido despacho denegatório da representação ou proposição, o processo fica sobrestado (inciso V).

O meu voto é no sentido de que se cumpra a legislação, remetendo o processo à Câmara Superior para deliberar sobre a conveniência, ou não, de fazer a representação de que cuida o art. 168 do RPAF/99.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, em decisão não unânime, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 281317.0005/04-0, lavrado contra **FRIOS E CONGELADOS SOUZA CARVALHO LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de R\$ 2.021,61, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, inciso II, “a”, VII, “a” e “b”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, e da multa no valor de R\$ 429,74, atualizado monetariamente, prevista no art. 42, inciso IX da Lei nº 7.014/96, devendo ser homologado o valor recolhido.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de dezembro de 2004.

JOSÉ CARLOS BACELAR - PRESIDENTE

TERESA CRISTINA DIAS CARVALHO – RELATORA

JOSÉ BIZERRA LIMA IRMÃO – JULGADOR/VOTO DISCORDANTE