

A.I. Nº - 206825.0015/04-8
AUTUADO - J D COMÉRCIO E INDÚSTRIA LTDA.
AUTUANTE - ANTONIO MEDEIROS DOS SANTOS
ORIGEM - INFAZ IGUATEMI
INTERNET - 06/10/05

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0058-05/05

EMENTA: ICMS. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. ENTRADAS DE MERCADORIAS SEM OS DEVIDOS REGISTROS FISCAIS E CONTÁBEIS. Exigência do ICMS por presunção de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou os pagamentos de tais entradas com recursos decorrentes de operações também não contabilizadas. Infração não elidida. Preliminar de nulidade e realização de diligência não acolhidas. Auto de Infração **PROCEDENTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata-se de Auto de Infração, lavrado em 28/12/2004, exigindo o recolhimento de ICMS no valor de R\$ 171.715,20, pela falta de recolhimento do ICMS constatado pela apuração de diferenças tanto de entradas como de saídas de mercadorias, sendo exigido o imposto sobre a diferença de maior expressão monetária - a das operações de entradas – com base na presunção legal de que o sujeito passivo, ao deixar de contabilizar as entradas, efetuou o pagamento dessas entradas com recursos provenientes de operações de saídas de mercadorias realizadas anteriormente e também não contabilizadas, apurado mediante levantamento quantitativo de estoques em exercício fechado.

O autuado, através de advogado constituído, se insurge contra a acusação, oferecendo impugnação (fls.33/55), argumentando ser irregular e sem amparo legal o levantamento fiscal que consubstanciou o lançamento de ofício.

Diz que o autuante considerou, equivocadamente, o pescado bagre como espécie distinta do rosado, provocando uma série de erros na autuação. Citou Portaria do IBAMA, a qual atribui o nome popular de bagre ou rosado, às espécies *Genidens genidens*/*Genidens barbatus*/*Cathorops spixii*. Explica que ao se considerar bagre e rosado como sendo denominações diferentes para a mesma mercadoria, chega-se à conclusão que nenhuma infração ou falta de pagamento de tributos estaduais existiu. Acrescenta que no Levantamento Quantitativo de Entradas, observa-se que a nota fiscal de nº 66605, de 26/10/2000, foi computada como documentando a entrada de 1.600 kg de bagre, quando o correto seria de apenas 1,6kg. Que devido a este desencontro, o auditor presumiu a entrada de 1.598,4Kg de bagre.

Ressalta que as notas fiscais de nº 43131, 47629,49761 e 66605 referem-se a 7,6Kg de mercadorias estragadas (bagre), devolvidas por serem impróprias ao consumo. Relata que nestes casos a vigilância sanitária obriga que os produtos considerados deteriorados sejam jogados de imediato no lixo, não ocorrendo a devolução física.

Acrescenta que o autuante presumiu a saída sem nota de 50Kg do pescado miragaia, relativo a nota fiscal de devolução nº 36588, embora esta tenha sido escriturada em quase todos os livros fiscais, à exceção do inventário. Que a não escrituração no inventário deu-se por erro do próprio contribuinte. Em se adicionando esta nota ao levantamento feito, observa-se que não há diferença de imposto a recolher. Admite ter incorrido em descumprimento de obrigação acessória, ao

tempo em que solicita o cancelamento de eventual multa, por não ter ocorrido simulação ou má-fé.

Quanto ao bacalhau, protesta contra o uso de levantamento de estoque de mercadoria (exercício em aberto), efetuado em 15/03/2000. Ressalta que o auditor ao utilizar o mencionado levantamento, ignorou os dados das competências de janeiro e fevereiro daquele ano, o quê resultou numa omissão de entradas de 124.825Kg de Bacalhau Saithe e 10.092Kg de Bacalhau Cód/Porto. Informa que o crédito tributário, constituído através do levantamento supra-mencionado, encontra-se com a exigibilidade suspensa, por força de decisão liminar em Mandado de Segurança. Ressalta que na lavratura do auto de infração, com suporte no mesmo levantamento, estão incluídas todas as notas fiscais englobadas neste lançamento.

Aduz que o Fisco desrespeita o Judiciário, burlando decisão judicial, ao voltar a autuar o contribuinte pelo mesmo fato. Expõe doutrina acerca do princípio da moralidade, bem como transcreve dispositivo do Código Penal que trata de desobediência a decisão judicial, afirmando que o autuante não pode ignorar decisão judicial.

Sustenta que o bacalhau está amparado por isenção, através de vasto arrazoadado. Colaciona jurisprudência do STF e do STJ sobre esta questão, concluindo que o comércio internacional fica sujeito às restrições de caráter tributário, estando assim amparada pela isenção hoje concedida aos produtos nacionais similares. Reafirma a isenção do bacalhau, alegando tratar-se este de pescado, e que este produto está isento de ICMS na Bahia. Anota que não há distinção entre produtos nacionais e estrangeiros, frente aos países signatários do GATT. Relata que o bacalhau por ele comercializado é importado da Noruega, e que este é signatário do aludido acordo.

Alerta para a inaplicabilidade de cláusula posta em convênio, tributando o bacalhau nacional. Informa que inexistente bacalhau nacional. Este é um produto importado. Logo, não se pode tributar o inexistente.

Postula a nulidade da autuação, por vício insanável cometido pelo autuante, ao desconsiderar sem fundado motivo a contabilidade da empresa, bem como os documentos fiscais e as informações prestadas no curso da ação fiscal. Requer revisão fiscal, com realização de prova pericial, para que sejam depurados do PAF, os valores indevidamente exigidos.

Finaliza requerendo, se vencida a nulidade, a improcedência do auto de infração.

O autuante em sua informação fiscal (fls 105/108) observa que tanto o pescado bagre, como o rosado, são classificados distintamente no Livro Registro de Inventário. Apresentam inclusive preços diferenciados: enquanto o Bagre foi registrado com preço unitário por caixa de R\$49,00, para o Rosado o valor era de R\$35,66.

Alega que em se transcrevendo 1600Kg ou 1,6Kg, quantitativo referente a nota fiscal 66605, e se adotando um ou outro peso, nada se modifica quanto ao valor cobrado, haja vista que a mudança se deu nos valores de saídas, mas a autuação foi feita com base no valor das omissões de entradas, que continuam assim os mesmos. Repete que apesar de feito a correção reclamada pelo autuante, isto em nada modificou o valor total da autuação, elaborando novo demonstrativo.

Acrescenta que todas as informações existentes neste auto de infração foram conferidas por preposto da empresa, que atestou assim a veracidade da acusação. Justificou o uso de levantamento feito por outro auditor, esclarecendo que nem todas as mercadorias constavam do registro antecedente do Inventário. Ressalta que o próprio autuado confessou erro na escrituração da nota fiscal de devolução nº 36588, não cabendo a ele, autuante, registrar valores como constantes de um livro fiscal quando os mesmos não foram escriturados. Remete a discussão sobre a tributação do bacalhau para este Conselho de Fazenda.

O autuado instado a manifestar-se sobre os novos demonstrativos elaborados pelo autuante, volta a se pronunciar (fls 116/122) repetindo a defesa apresentada. Reitera que Bagre e Rosado são denominações de um mesmo produto; que não há omissão de saídas para o produto Bagre, em se computando o correto quantitativo da nota fiscal de nº 66.605; diz que a diferença de preços apontada pelo auditor para o Bagre e Rosado deu-se em função de injunções do mercado e não pela distinção entre eles; observa que 7,6 kg referentes à devolução do produto Bagre não foram computados pelo autuante em levantamento realizado pelo mesmo; explica que a divergência constatada para o produto Miragaia ocorreu devido a um lapso na escrituração do inventário, mas que esta nota está registrada no Livro Registro de Entradas; reitera a alegação de ser o produto Bacalhau produto isento por força de acordo internacional e ressalta ter sido a fiscalização realizada de forma irregular. Volta a requerer a nulidade ou improcedência da autuação.

O autuante em nova informação fiscal (fls. 124/128) considera que a decisão judicial aludida pela defesa (liminar em Mandado de Segurança) tem efeito dirigido específico ao auto de infração anterior e não a este. Enfatiza que seguiu procedimento administrativo com a lavratura do presente auto de infração. Junta a mesma informação anteriormente prestada. O autuado chamado a ter conhecimento do informado pelo autuante, reafirma a defesa apresentada (fls.139).

VOTO

Inicialmente rejeito a arguição de nulidade feita pelo autuado, uma vez que não se configuram quaisquer das situações que a esta dão causa, conforme disposto no art.18, do RPAF/99. Nos autos, os documentos acostados e as informações do autuante, narram objetivamente a infração cometida, bem como os dispositivos infringidos e multas aplicadas, além de indicar o valor que está sendo exigido. O próprio autuado não encontrou dificuldades em orientar a sua defesa, vez que tinha conhecimento claro das imputações feitas a ele.

Creio que antes de entrar no exame do mérito, cabe explicar como ocorreu o procedimento de levantamento quantitativo de estoques (exercício fechado), aqui referenciado. O autuante levantou o estoque inicial e o final, ambos registrados no Livro de Registro de Inventário, bem como as entradas e saídas ocorridas neste período (através das notas fiscais, escrituradas no Livro Registro de Entradas ou Saídas, conforme a natureza da operação). Ao estoque inicial, acrescentou as entradas, deduzindo deste montante as saídas. O valor obtido deveria se igualar ao estoque final. Como houve divergências, tanto nas entradas, como nas saídas, seguiu orientação desta Secretaria (Portaria nº 445/98), que estabelece o lançamento sobre o maior montante (no caso, as entradas). A tese jurídica imanente a omissão de entradas é que a falta de contabilização de entradas de mercadorias autoriza a presunção da ocorrência de operações tributáveis realizadas anteriormente sem emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem pagamento do imposto (RICMS/97, art. 2º, § 3º c/c o artigo 7º, da Portaria nº 445/98).

O procedimento acima foi o utilizado pelo auditor para a lavratura deste auto de infração. Por essa razão, mesmo a espantosa correção de 1.6000Kg para 1,6Kg do produto Bagre, acatada pelo autuante, em nada contribuiu para diminuir o valor cobrado. O lançamento de ofício foi feito apenas para as omissões de entradas. Para o produto Bagre, a omissão constatada foi a de saídas, que não foi objeto desta autuação.

Rejeito a solicitação de diligência e perícias, entendendo já se encontrarem no processo todos os elementos suficientes para formação de minha convicção. Ao lado disto, o autuado não cumpriu o disposto no 145, do RPAF/99, o qual transcrevo: *“o interessado, ao solicitar a produção de prova ou a realização de diligência ou perícia fiscal, deverá, no pedido, fundamentar a sua necessidade”*.

Feita esta breve análise, passo ao exame do mérito. Não vislumbro prejuízo para a defesa, ter o autuante se valido de levantamento feito por outro auditor. O autuante esclareceu que nem todas

as mercadorias constavam do registro antecedente do Inventário, daí ter utilizado levantamento feito por outro fiscal (fls.19), quando este apurou o estoque físico do produto Bacalhau. A comprovação do afirmado pelo autuante vem do exame do Livro Registro de Inventário para o ano de 1999 (fls.13/15), no qual não constam registros do citado produto. Coerentemente, o autuante só computou os eventos com o produto Bacalhau, ocorridos após o aludido levantamento. Restou provado não haver prejuízo para o autuado, com este procedimento.

Discordo do autuante, quando diz que a ele não cabe apurar se houve erro ou não na escrituração do Livro Registro de Inventário. Compreendo que é função do Estado-Administração a busca da verdade material. Só através do primado da justiça e da ética, o Estado se legitima perante a sociedade. O contribuinte acostou nota fiscal (fls. 82) comprovando a entrada de devolução do produto Miragaia, bem como o registro desta nota nos livros fiscais respectivos (fls 80/81). Está assim, afastada a distorção apontada. Ocorre porém que a semelhança do produto Bagre, o produto Miragaia não é objeto de autuação.

Quanto ao bacalhau, a defesa alega que a matéria é objeto de discussão no Judiciário. Mais uma vez, ressalto que aqui não está se exigindo imposto pelas saídas do produto, como assim parece entender o autuado, mas sim pela distorção entre o quantitativo de mercadorias apurado pelo Auditor e o declarado pela empresa, configurando presunção de entradas não contabilizadas. Não se está assim exigindo imposto pelas saídas de bacalhau, que está sendo objeto de apreciação judicial. Mesmo estas saídas, entende a Fazenda como excetuadas da isenção do imposto, conforme disposto na Cláusula Primeira do Convênio ICMS Nº 60/91.

Mais recentemente, com a edição do Convênio ICMS Nº 23/98, a isenção nas operações internas de pescados (lembrando sempre que bacalhau era exceção a esta regra) foi prorrogada somente até 30-04-1999, conforme sua Cláusula Primeira, III, item 8, passando, a partir daí, a ser tributadas normalmente. Esta é, também, a redação do inciso XIII, do art. 14, do RICMS/97.

Assim, dando-se tratamento igualitário ao bacalhau importado de países signatários do GATT, não há que se falar em isenção do ICMS incidente sobre a entrada do produto em estabelecimento situado no Estado da Bahia, o que faz desabar o argumento do recorrente.

Logo, o lançamento em questão procede, à vista de todo exposto acima.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE** o Auto de Infração nº **206825.0015/04-8**, lavrado contra **J D COMÉRCIO E INDÚSTRIA** devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$171.715,20**, 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, 19 de abril de 2005.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - RELATOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR