

A. I. Nº - 206886.0001/02-4
AUTUADO - ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.
AUTUANTE - JORGE DE JESUS ALMEIDA
ORIGEM - SAT /DAT/COFEP/NORTE
INTERNET - 19. 07. 2005

4ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0232-04/05

EMENTA: ICMS. 1. DOCUMENTOS FISCAIS. NOTAS FISCAIS. OPERAÇÕES TRIBUTÁVEIS (BACALHAU) DECLARADAS COMO NÃO TRIBUTÁVEIS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. A legislação tributária estadual sempre considerou bacalhau como mercadoria tributada pelo ICMS. Contudo, os fatos geradores, integrantes do presente lançamento, ocorridos até 30 de abril de 1999 encontram-se com sua exigibilidade suspensa por força de sentença proferida em autos de mandado de segurança favorável ao contribuinte. Mantido o lançamento tributário para evitar a decadência do direito à sua constituição. Rejeitada a preliminar de nulidade parcial do lançamento fiscal. 2 ANTECIPAÇÃO TRIBUTÁRIA. AQUISIÇÕES INTERESTADUAIS DE MERCADORIAS ENQUADRADAS NO REGIME DE SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. RECOLHIMENTO A MENOS DO IMPOSTO. Nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária, não havendo acordo (convênio ou protocolo) que preveja a retenção do imposto pelo remetente, cabe ao destinatário efetuar o recolhimento do imposto no prazo regulamentar. Efetuada correção no cálculo do imposto. Infração parcialmente comprovada. 3. LEVANTAMENTO QUANTITATIVO DE ESTOQUES. OPERAÇÕES DE SAÍDAS DE MERCADORIAS SEM DOCUMENTOS FISCAIS. EXIGÊNCIA DE IMPOSTO. O autuado em sua impugnação ao lançamento fez a juntada de cópias de notas fiscais não computadas no levantamento de saídas, as quais foram acatadas pelo autuante quando da informação fiscal, o que fez desaparecer as omissões de saídas detectadas. Infração não comprovada. Auto Infração **PROCEDENTE EM PARTE**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O presente Auto de Infração, lavrado em 30/12/2002, exige ICMS no valor de R\$129.831,14, em decorrências das seguintes irregularidades:

1. deixou de recolher o imposto no valor de R\$74.250,88, em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis regularmente escrituradas;
2. efetuou o recolhimento a menos do imposto por antecipação no valor de R\$49.392,26, na qualidade de sujeito passivo por substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras unidades da Federação e enquadradas no regime de substituição tributária;

3. falta de recolhimento do imposto no valor de R\$6.188,00, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas, efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo e por espécie de mercadoria em exercício aberto.

O autuado em sua impugnação parcial ao lançamento fiscal, fls. 353/359 dos autos, transcreveu, inicialmente, os termos da acusação fiscal, os dispositivos do RICMS/97 tidos como infringidos pela empresa segundo o autuante, bem como da multa aplicada, com base na Lei nº 7.014/96.

Em seguida, apresentou os seguintes argumentos para refutar parcialmente as infrações 1 e 2 e em sua totalidade a infração 3.

Infração 1 - Reconhece o ICMS no valor de R\$1.388,18, relativo a ocorrência datada de 30/04/00, em função da condição imposta pela Administração Fazendária, para a concessão do regime especial pleiteado pela empresa, por meio do qual o imposto incidente sobre bacalhau importado teria que ser recolhido após a data do seu deferimento.

Quanto ao imposto cobrado relativamente a outros períodos, o autuado, alegou, preliminarmente, a nulidade absoluta do Auto de Infração, tendo em vista a discussão judicial com referência a importação de bacalhau, conforme decisão em anexo.

De acordo com o autuado, a exigência fiscal diz respeito às vendas de bacalhau como mercadoria não tributável e sem destaque do ICMS, sobre a qual existe demanda judicial ajuizada que determinou a suspensão da exigibilidade do imposto na importação de bacalhau, com fundamento no tratado internacional do GATT e nas Súmulas nºs. 575 e 71 do STF e STJ, respectivamente, oportunidade em que transcreveu os seus teores.

Salienta ser impossível nascer o dever jurídico de pagar um imposto sem que todos os elementos fáticos-jurídicos tenham sido verificados, tanto que o CTN, no seu art. 142, impõe a administração que assim proceda, isto é, examine a luz da lei do tempo de ocorrência do fato, todos os elementos que o tipificam.

Infração 2 - Alega equívoco do autuante quando não apropriou integralmente o crédito fiscal do ICMS apurado na planilha correspondente ao mês de janeiro/99 no valor de R\$10.301,40, além de não ter deduzido o valor da antecipação tributária das Notas Fiscais nºs. 302795 e 302796, constante na planilha do mês de agosto/99, tendo em vista que a empresa efetuou o recolhimento do imposto na importância de R\$17.127,22, conforme DAE em anexo.

Argumenta que o autuante para mensuração do “quanto debeat” deu interpretação diversa do que prevê a legislação quanto ao direito do crédito fiscal de mercadorias sujeitas a substituição tributária por antecipação.

De acordo com o autuado, nas aquisições de mercadoria sujeitas à antecipação tributária em Estados em que a alíquota estabelecida pelo Senado Federal é de 12%, geram direitos aos créditos fiscais destacados nas respectivas notas, consoante demonstrativo elaborado pelo próprio autuante, oportunidade em que transcreveu o teor do art. 8º, da Lei Complementar nº 87/96, em apoio ao alegado.

Com base no dispositivo supra, o autuado aduziu que o legislador estadual não pode sobrepor ao que está nos limites da lei, quando afirma que a antecipação tributária é calculada pelo regime sumário de apuração.

Salienta que o art. 99, do CTN, que cuida dos decretos, diz que estes devem restringir-se ao alcance das leis em função das quais sejam expedidas, razão pela qual impugna a apropriação a menos do valor apurado pelo autuante na planilha do mês de janeiro/99, pois, o crédito fiscal a ser utilizado é de R\$10.301,40, ao invés de R\$6.610,07, sendo, portanto, improcedente o lançamento no valor de R\$3.691,33.

Infração 3 - Aponta à fl. 357 os equívocos incorridos pelo autuante na auditoria de estoques levada a efeito, pela não inclusão no levantamento de saídas de bacalhau efetuadas com a emissão de notas fiscais e diz ser improcedente a infração.

Ao finalizar, requer:

- a) o acolhimento da preliminar de nulidade absoluta da infração 1, julgando como devido apenas o fato ocorrido em 30/04/00 no valor de R\$1.388,18;
- b) o julgamento procedente quando as impugnações parciais do lançamento da infração 2, para utilização integral do crédito apurado no valor de R\$10.301,40 e a homologação do imposto equivalente a R\$17.127,22, em face da comprovação do seu recolhimento
- c) o julgamento improcedente da infração 3.

Foi anexada aos autos às fls. 512/513, uma petição do autuado, além de outro documento, por meio do qual requer o pagamento dos lançamentos fiscais reconhecidos como devidos no presente PAF, mediante a utilização de créditos fiscais acumulados pela empresa DAIBA Comercial Agrícola Ltda., conforme solicitação do seu detentor e protocolizado sob o nº 024493/2003-3 no valor de R\$59.000,00.

O autuante ao prestar a informação fiscal, fls. 518/521 dos autos, fez, inicialmente, um resumo das alegações defensivas.

Em seguida, apresentou os seguintes argumentos para refutar a defesa formulada pelo sujeito passivo:

Infração 1 - Aduz que o autuado tratou as saídas bacalhau como isentas do ICMS, entretanto, o art. 14, XVIII, “a”, do RICMS/BA. estabelece a sua não aplicabilidade.

Segundo o autuante, da leitura do dispositivo supra, não permite dúvida quanto ao acerto da ação fiscal, que resultou na cobrança do imposto mediante o presente lançamento.

Infração 2 - Com referência a planilha do mês de janeiro/99, onde está demonstrado o valor do ICMS-ST de R\$12.466,97, esclareceu à fl. 519 como foi apurado o valor exigido no presente Auto de Infração na importância de R\$10.112,12.

Quanto aos cálculos do ICMS-Substituição Tributária nas aquisições de charque, que resultaram em valores negativos, esclarece que tal fato ocorreu em virtude da referida mercadoria ter sido adquirida na região centro-oeste, cujo imposto devido sobre a operação foi calculado na alíquota de 12%, enquanto nas operações internas é tributada pela alíquota de 7%.

Sobre a alegação do autuado em que pleiteia a apropriação do crédito fiscal no valor de R\$10.301,40, enquanto na planilha de sua autoria somente foi considerada a importância de R\$6.610,07, o que resulta num valor improcedente de R\$3.691,33, esclarece que não foi cobrada do autuado qualquer parcela a título de ICMS, uma vez que o valor do crédito foi superior ao débito.

No tocante à planilha do mês de agosto/99, disse que não consta na mesma o valor recolhido pelo autuado, conforme DAE que anexou, referente às Notas Fiscais nºs. 302795 e 302796, motivo pelo qual reconhece o direito da empresa quanto à redução do valor cobrado na importância de R\$17.127,22.

Infração 3 - Alega que o contribuinte por ocasião da fiscalização não apresentou a totalidade das notas fiscais emitidas no mês de março, razão pela qual no levantamento realizado foi constatada saída de mercadorias sem emissão de documentos fiscais. Como o autuado apresentou em sua defesa às notas fiscais, além de um demonstrativo, entende que a infração deve ser anulada.

Ao concluir, diz que o valor do débito remanescente é de R\$106.515,92, conforme demonstrativo à fl. 523.

Instado pela INFAZ-Santo Antonio de Jesus, para se manifestar sobre a informação fiscal prestada pelo autuante, conforme intimação à fl. 530, o autuado em novo pronunciamento à fl. 523, requereu a juntada aos autos de uma decisão do Tribunal de Justiça deste Estado, relativa à Apelação Cível nº 35.382-8/2002, por meio da qual foi mantida a sentença hostilizada em todos os seus termos, que considerou ser isento do ICMS o bacalhau importado.

O autuante em novo pronunciamento às fls. 549/550 sobre a juntada pelo autuado dos documentos de fls. 533/540, fez um breve histórico dos fatos ocorridos no presente PAF após a sua informação fiscal e aduziu que a não aplicabilidade da isenção do bacalhau está clarificada no art. 14, XVIII, “a”, do RICMS/97. Diz que o tratamento tributário do bacalhau está isonômico ao similar nacional, que o excluiu da isenção, como o pirarucú.

Acerca do acórdão juntado pela defesa, o autuante disse que se refere a período anterior a 1997, ao destacar o Convênio ICMS nº 60, de 01/10/91, porém, atualmente não se pode conceber a isenção do bacalhau, com base no tratamento do peixe seco ou salgado, pois, este tem tratamento tributário idêntico por ser tributado e excluído da isenção, conforme dispositivo legal acima citado.

Ao finalizar, diz que os itens do Auto de Infração não alterados por ocasião da informação fiscal de fls. 518/520 ficam ratificados e mantidos os valores apurados.

O PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo esta 4ª JF decidido pela sua conversão em diligência a PGE/PROFIS, para que fosse atendido o solicitado à fl. 154.

Foi anexada aos autos às fls. 556/557, um pronunciamento da PGE/PROFIS/CODEF, em que é detalhado o andamento do processo relativo ao Mandado de Segurança nº 140.97.542181-3 interposto pelo autuado.

Em atendimento a diligência solicitada por esta 4ª JF, a PGE/PROFIS emitiu o Parecer de fls. 559/562.

A subscritora do parecer, inicialmente, fez um relato minucioso acerca da tributação do bacalhau importado de país signatário do GATT, bem como em relação ao peixe seco e salgado nacional.

Em seguida, assim se posicionou quanto ao solicitado pela diligência:

“No que toca ao exercício de 1999, julgamos imperioso baixar os autos em diligência, a fim de que sejam apartados, de um lado, os valores relativos a fatos geradores ocorridos até 30 de abril de 1999 (inclusive) e, de outro lado, os valores relativos a fatos geradores ocorridos a partir de 1º de maio de 1999 (também inclusive).

Quanto ao primeiro grupo (até 30/04/99), a legalidade da exigência fiscal encontra-se submetida à apreciação judicial, nos autos da ação mandamental dantes mencionada, sendo de invocar, portanto, a regra do art. 167, II, do Regulamento do Processo Administrativo Fiscal, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, que afasta a competência do CONSEF quanto às questões sob análise do Poder Judiciário.

Já quanto ao segundo grupo (a partir de 01/05/99), bem assim quanto aos valores relativos ao exercício de 2000, impõe-se o julgamento administrativo da controvérsia, dado que este período não se encontra abrangido pela discussão travada no âmbito do Poder Judiciário, como acima demonstrado.

Por oportuno, lembramos que os fatos geradores ocorridos anteriormente a 01/05/99 encontram-se com a exigibilidade suspensa, por força da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 140.97.542181-3, favorável ao contribuinte e ora em pleno vigor, segundo consta da informação de fls. 556/557.

É cediço que o credor não pode promover a execução forçada do crédito cuja exigibilidade se encontre suspensa. Mas, de outra parte, também não pode o Estado aguardar o

resultado da referida ação mandamental para, só então, ajuizar a ação executiva fiscal, dada a possibilidade de que sejam alcançadas pela prescrição as parcelas do auto de infração não submetidas à discussão judicial.

Desta forma, se ainda não houver transitado em julgado a decisão lançada nos autos do Mandado de Segurança nº 140.97.542181-3, por ocasião de uma possível inscrição em Dívida Ativa, deverão ser geradas duas certidões de dívida ativa, a fim de que a segunda delas – abrangendo todos os valores julgados procedentes pelo CONSEF, à exceção daqueles sobre apreciação judicial – possa ser imediatamente levada à execução fiscal.

É o parecer, sob censura”.

VOTO

Inicialmente, deixo de acolher à preliminar de nulidade parcial suscitada pelo sujeito passivo da infração 1, sob a alegação de que a empresa encontra-se discutindo no contencioso judicial a respeito da importação do bacalhau, juntando, para tanto, a decisão de fls. 380/385. Como justificativa, esclareço que a opção adotada pela empresa, não acarreta a nulidade o Auto de Infração lavrado, nos termos do art. 18, seus incisos e alíneas, do RPAF/99.

Quanto ao mérito da infração 1, antes de dar o meu veredicto a respeito, entendo oportuno tecer as seguintes considerações:

I – com base no parecer de fls. 559/562 da PGE/PROFIS foi informado que a exigência fiscal relativamente a fatos geradores ocorridos até 30/04/99, encontra-se submetida à apreciação judicial, portanto, a regra disposta no art. 167, II, do RPAF/99, afasta a competência deste CONSEF quanto às questões sob análise do Poder Judiciário;

II - também com base no parecer supra, foi dito que no tocante aos fatos geradores ocorridos a partir do mês de maio/99, impõe-se o julgamento administrativo da controvérsia, haja vista que o referido período não se encontra abrangido pela discussão travada no âmbito do Poder Judiciário;

III - foi ressaltado ainda pela parecerista, com referência aos fatos geradores ocorridos anteriormente a 01/05/99, que a exigibilidade do crédito encontra-se suspensa, por força da sentença proferida nos autos do Mandado de Segurança nº 140.97.542.181-3, favorável ao contribuinte e ora em pleno vigor, conforme consta na informação de fls. 556/557.

Feitas as considerações acima e após analisar o demonstrativo anexado aos autos à fl. 9, observei que o autuante para exigir o imposto, tendo como data de ocorrência o dia 31/12/1999, efetuou um levantamento quantitativo do produto bacalhau, com base nas entradas, da qual foi deduzido o estoque final do referido produto, onde constatou a venda de 51.675 kgs., num total de R\$384.462,00, com ICMS devido de R\$65.358,54, calculado na alíquota de 17%.

Sobre a autuação e pelo fato do bacalhau ter sido sempre considerado mercadoria tributada pelo ICMS, entendo que foi correto a exigência pelo autuante do imposto sobre as operações realizadas, as quais foram lançadas na escrita fiscal do autuado como isentas, ou seja, sem débito do imposto, já que embasada no RICMS/97.

Ressalto, no entanto, que pelo fato do autuado haver adquirido no mês de março/99 um total de 50.000 kgs., cuja aquisição estava amparada em decisão judicial, à exigência fiscal no valor de 63.240,00 (17% de R\$372.000,00), permanece com sua exigibilidade suspensa até a decisão final da lide por parte do Poder Judiciário.

Com referência aos 1.675 kgs. remanescentes de bacalhau, que foram adquiridos no mês de dezembro/99, por não se encontrar amparado por decisão judicial, também é devido o imposto no valor de R\$2.118,54 (17% de R\$12.462,00), bem como em relação às parcelas cobradas nos meses de janeiro, fevereiro e abril/2000 num total de R\$8.892,34.

Tendo em vista o acima exposto, entendo caracterizada a infração no importe de R\$74.250,88, ficando, porém, suspensa à exigibilidade do imposto no valor de R\$63.240,00, em razão de decisão judicial.

Infração 2 – Reporta-se a recolhimento a menos do imposto por antecipação, na condição de sujeito passivo por substituição, nas aquisições interestaduais de mercadorias enquadradas no regime de substituição tributária.

Com referência a defesa formulada, razão assiste parcialmente ao autuado, quanto ao valor do imposto cobrado relativo ao mês de agosto/99, uma vez que não foi levado em conta pelo autuante o recolhimento efetuado pela empresa na importância de R\$17.127,22, fato que foi acatado pelo mesmo em sua informação fiscal, com o qual concordo. Desse modo, o valor correto a ser exigido é de R\$1.512,46 (R\$18.639,88-R\$17.127,22).

No tocante a alegação defensiva de que o valor cobrado no mês de janeiro/99 foi calculado incorretamente pelo autuante, considero sem nenhum fundamento. É que o autuante quando prestou a informação fiscal, esclareceu que, em relação às compras de charque efetuadas na região centro-oeste não foi exigido imposto do autuado, pelo fato do valor do débito apurado ser inferior ao crédito fiscal a que teria direito o mesmo, fato que pode ser comprovado no demonstrativo à fl. 12 do PAF.

Quanto ao charque oriundo de Estado da região sul, cuja alíquota para a operação é de 7%, foi correto o procedimento do autuante ao exigir o imposto por antecipação tributária.

Ressalto que, pelo fato do autuante haver elaborado novos demonstrativos do débito do imposto remanescente para a infração, a COFEP/DAT/NORTE, conforme intimação à fl. 530, encaminhou ao autuado cópia dos referidos demonstrativos, bem como da informação fiscal prestada, além de ter estipulado o prazo de dez dias para manifestação, no entanto, silenciou a respeito.

Interpreto tal atitude, como um reconhecimento tácito do novo valor do imposto apontado pelo autuante como o devido para infração no montante de R\$36.266,95, conforme demonstrativo a fl. 527, pelo que mantenho parcialmente a exigência fiscal.

Infração 3 - Diz respeito à falta de recolhimento do imposto, relativo às operações de saídas de mercadorias tributadas efetuadas sem a emissão de documentos fiscais e, conseqüentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo e por espécie de mercadoria em exercício aberto.

Acerca da autuação, entendo não prosperar a exigência fiscal, tendo em vista que o autuado quando da sua impugnação anexou diversas cópias de notas fiscais emitidas para comprovar a inexistência de omissão de saídas de mercadorias na auditoria de estoques levada a efeito pelo autuante, cuja alegação foi acatada pelo mesmo quando prestou a informação fiscal, com o qual concordo. Assim sendo, o valor do imposto exigido deve ser excluído da autuação.

Ante o exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$110.517,83.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 4ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, julgar **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206886.0001/02-4, lavrado contra **ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o autuado para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$110.517,83**, atualizado monetariamente, acrescido da multa de 60%, prevista no art. 42, II, “a” e “d”, da Lei nº 7.014/96 e dos acréscimos moratórios, ficando, porém, suspensa a exigibilidade do crédito tributário no

valor de R\$63.240,00, relativa à parte da infração 1, até a decisão final da lide pelo Poder Judiciário.

Esta Junta de Julgamento Fiscal recorre de ofício da presente decisão para uma das Câmaras do CONSEF, nos termos do art. 169 inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF//99, aprovado pelo Decreto nº 7.629/99, alterado pelo Decreto nº 7.851/00, com efeitos a partir de 10. 10. 00.

Sala das Sessões do CONSEF, 07 de julho de 2005.

ANTÔNIO AGUIAR DE ARAÚJO – PRESIDENTE/RELATOR

LUIS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR

MÔNICA MARIA ROTERS - JULGADORA