

PROCESSO - A. I. Nº 206886.0001/02-4
RECORRENTES - FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL e ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.
RECORRIDOS - ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA. e FAZENDA PÚBLICA ESTADUAL
RECURSOS - RECURSOS DE OFÍCIO e VOLUNTÁRIO – Acórdão 4ª JJF nº 0232/04-05
ORIGEM - IFEP – DAT/NORTE
INTERNET - 20/11/2006

2ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0420-12/06

EMENTA: ICMS. NULIDADE. DECISÃO DE PRIMEIRA INSTÂNCIA. NOVA DECISÃO. A Junta de Julgamento Fiscal absteve-se da apreciação do mérito da infração 1 do presente Auto de Infração por entender, equivocadamente, que a matéria encontrava-se *sub-judice*, entretanto, a exigência fiscal se refere a períodos posteriores ao ajuizamento do Mandado de Segurança, o qual limitou-se a liberação de mercadorias e a importações específicas, cuja exigibilidade do crédito ficou suspensa. O *decisum* proferido não tem o condão de alcançar fatos ocorridos posteriormente à prolação da sentença. Decretada a **NULIDADE** da Decisão recorrida, devendo os autos retornar à 1ª Instância para julgamento do mérito da primeira infração. Recursos **PREJUDICADOS** em relação às infrações 2 e 3. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Trata o presente de Recursos Voluntário e de Ofício, interpostos, respectivamente, pelo autuado e pela 4.ª JJF, contra a referida Decisão prolatada pela referida Junta, através do Acórdão n.º JJF 0232/04-05, que julgou pela Procedência em Parte do Auto de Infração em epígrafe.

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, 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 - Reconheceu 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 n.ºs. 575 e 71 do STF e STJ, respectivamente, oportunidade em que transcreveu os seus teores.

Salientou ser impossível nascer o dever jurídico de pagar um imposto sem que todos os elementos fático-jurídicos tenham sido verificados, tanto que o CTN, no seu art. 142, impõe à 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 - Alegou 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 n.ºs. 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.

Argumentou 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.

Salientou 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 - Apontou 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, requereu:

- 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 requereu 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 - Aduziu 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, esclareceu 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, esclareceu 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 reconheceu o direito da empresa quanto à redução do valor cobrado na importância de R\$17.127,22.

INFRAÇÃO 3 - Alegou 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 as notas fiscais, além de um demonstrativo, entende que a infração deve ser anulada.

Ao concluir, disse 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. Disse 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 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, disse 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 a 4ª JF decidido pela sua conversão em diligência à 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 à diligência solicitada pela 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”.

Através do Acórdão JF nº 0232-04/06, decidiu a 4ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração, sob o entendimento de que:

- a) deve ser rejeitada a preliminar de nulidade parcial da infração 1, suscitada pelo sujeito passivo, justificando a Decisão no fato de 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”*;
- b) quanto ao mérito da infração 1, entendeu o *a quo* que *“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.”*; asseverou, com base nas considerações acima expendidas, 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%”*, entendendo, em função de o bacalhau ter sido sempre considerado mercadoria tributada pelo ICMS, *“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”*; ressaltou, porém, 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”*; no que concerne *“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”*, pelo que ficou 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”*;
- c) no tocante à infração 2, decidiu a primeira instância que *“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”*, razão pela qual o valor correto a ser exigido é de R\$1.512,46 (R\$18.639,88-R\$17.127,22); de referência à alegação defensiva de que o valor cobrado no mês de janeiro/99 foi calculado incorretamente pelo autuante, entendeu 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”*, ressaltando 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”*; assim, interpretou tal silêncio *“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”

- d) com relação à infração 3, entendeu a 4.^a JJF que não deve 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”*;
- e) foi reduzido o montante da autuação para R\$110.517,83;

Por ter havido prejuízo para o Fisco Estadual, a R. 4.^a JJF recorreu de ofício da Decisão, à luz do art. 169, inciso I, alínea “a”, item 1, do RPAF/99, aprovado pelo Decreto n.º 7.629/99, alterado pelo Decreto n.º 7.851/2000, com efeitos a partir de 10/10/2000.

Inconformado com a Decisão prolatada pela 4.^a JJF, o contribuinte interpôs Recurso Voluntário, argumentando que:

- a) quanto à infração 1, aduz que anexa ao presente Recurso documentos como fato novo de que a referida ação retornou à Vara de origem tendo em vista o trânsito em julgado da ação; assim, como a Decisão suspendeu a exigibilidade do crédito tributário no valor de R\$ 63.240,00, de 31/12/1999, condicionando ao trânsito em julgado da presente ação, o autuado também junta às suas razões recursais certidão de objeto e pé, expedida pela 4.^a Vara da Fazenda Pública da Capital comprovando o trânsito em julgado da ação favorável à ao mesmo, ou seja, de que já possui Decisão final da lide pelo Poder Judiciário consoante documentos em anexo, pelo que improcedente se apresenta a cobrança do mencionado valor;
- b) no tocante à infração 2, assevera que *“o fato de não ter se manifestado sobre os demonstrativos do autuante consoante folhas 530, e fora considerado como reconhecimento tácito do demonstrativo de folhas 527 que contém o valor de R\$ 36.266,95”* se trata de Decisão equivocada, vez que o mencionado demonstrativo não reduz *“o valor de R\$ 4.001,90 já cobrado através do Auto de Infração de n.º 2068690009003, devidamente registrado na descrição dos fatos, contida no próprio Auto de Infração que ora se discute”*; aduz que a informação fiscal traz um novo demonstrativo condensando os valores das respectivas infrações conforme folha 523 que deduzem a importância de R\$ 4.001,90 e reconhece como devido o valor total das infrações em R\$ 106.515,92; assinala que *“também se insurge quanto ao crédito de R\$ 3.691,33 do mês de janeiro de 1999, oriundo das aquisições de charque da região Centro-Oeste no percentual de 12%, pois o demonstrativo de débito revela um saldo credor de R\$ 3.691,33 que deveria ter sido compensado já que a planilha demonstra uma conta corrente fiscal”*, reconhecendo, como devida na infração 2, a importância de R\$ 28.573,71, à luz do demonstrativo indicado em suas razões recursais (fl. 594).

Ao final, pede a realização de diligência à PGE/PROFIS, a fim de que seja analisado o quanto argumentado em relação ao trânsito em julgado da infração 1, protestando pela juntada posterior de documentos e pugnando pela procedência parcial do Auto de Infração, na forma pelo mesmo requerida.

O ilustre procurador da PGE/PROFIS, tendo em vista que o autuado fez a juntada de certidão que indica o trânsito em julgado de Decisão favorável ao mesmo em mandado de segurança impetrado contra o Estado da Bahia (documentos de fls. 596/597), converteu o PAF em diligência para que a CODEF apresentasse *“informações atualizadas do andamento do MS n.º 140.97.542181-3, bem como se é verdadeira a informação de que o Tribunal de Justiça teria decidido pela inadmissibilidade dos Recursos especial e extraordinário interpostos pela Fazenda Pública”*, visto que, se for verdadeiro tal fato, estaria o Fisco impossibilitado *“de fazer o lançamento do crédito tributário, como também a sua inscrição em dívida ativa”*.

Em resposta à diligência solicitada, o Procurador do Estado, Dr. Antenógenes Farias Conceição, aduziu que *“o mandado de segurança foi impetrado para obter a liberação e suspensão da exigibilidade do crédito tributário, relativo ao ICMS nas operações internas com bacalhau (saithé) seco e salgado importado da Noruega referentes as faturas de n.ºs 22241, 22238 e 22239 (autos fls. 556), observando-se que o ajuizamento se deu em 1997”*. Asseverou que *“o objeto da ação (cessação de ilegalidade) abrangeu fato certo, determinado, qual seja: suspensão da exigibilidade de ICMS sobre a importação das faturas já declinadas”*, razão pela qual não pode a coisa julgada *“abranger fatos futuros não sujeitos a apreciação do Poder Judiciário, na medida que não fazem coisa julgada: a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença (art. 469, inciso I, do Cód. de Proc. Civil); e b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença (art. 469, inciso II, do Cód. de Proc. Civil).”* Logo, prosseguiu, *“fato posterior à sentença e/ou no decorrer do processo que veio a ser julgado, não suspende o crédito tributário se o contribuinte não buscou a via judicial para impugna-lo, devendo a administração prosseguir com a cobrança”*, eis que a *“ação mandamental não ecoa no presente Processo Administrativo Fiscal”*. Outrossim, salienta que não observa nenhum revés da Fazenda Pública Estadual em futura ação judicial, sob o argumento de que a Decisão nos autos epigrafados suspendeu a exigibilidade do Auto de Infração em exame.

O eminente procurador da PGE/PROFIS, após o retorno da diligência, emite Parecer conclusivo a respeito da matéria discutida no presente Auto de Infração, asseverando, quanto à infração 1, que existe *“um enorme equívoco ao se fazer uma analogia dentre fatos ontologicamente distintos, o que estaria tergiversando a base de cálculo”*, uma vez que é *“ela que dá critérios para mensurar o ‘fato impositivo tributário’, que consiste, inclusive, em garantia fiscal ao contribuinte, ‘porque a base de cálculo é índice seguro para a identificação do aspecto material da ‘hipótese de incidência’”, daí porque, em outras palavras, “significa dizer que entrada e saída compõem bases materiais diferentes; o auto de refere a saída, enquanto que a demanda judicial versa sobre a importação”*. Assim, entende que *“não há como se sustentar a produção de efeitos jurídicos no âmbito do processo administrativo, pois não há correlação lógica face à diversidade fenomênica; ademais, acrescenta o Procurador do Estado Antenogens Farias Conceição, que ‘a coisa julgada não pode abranger fatos futuros não sujeitos a apreciação do Poder Judiciário, na medida que não fazem coisa julgada: a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença (art. 469, inciso I, do Cód. de Proc. Civil); e b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença (art. 469, inciso II, do Cód. de Proc. Civil)’ (fl. 616)”*. Destarte, não há que se falar em qualquer suspensão de exigibilidade do crédito tributário, fazendo-se mister a revisão decisional quanto à infração 1.

No que tange à infração 2, resta precluso o pedido de diligência formulado pelo autuado, posto que, após tomar conhecimento da informação fiscal apresentada pelo autuante, ficou-se inerte em confrontar os demonstrativos e valores pelo mesmo apresentados.

Informa, ainda, que quanto à infração 3, o contribuinte não se contrapõe, restando, por conseguinte, o seu reconhecimento tácito.

VOTO

Há que se invocar *ab initio* matéria prejudicial do julgamento do mérito dos Recursos Voluntário e de Ofício interpostos pelo julgador de primeira instância, ora objeto do presente *decisum*. Senão, vejamos.

Decidiu a 4.^a Junta de Julgamento Fiscal, quanto à infração 1, após consulta formulada à PGE/PROFIS 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”;

no que concerne “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”, pelo que ficou 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”;

Permissa venia, discordo do pronunciamento do órgão julgador de primeira instância, no que tange à suspensão da exigibilidade do crédito do imposto no valor de R\$ 63.240,00, em razão de Decisão judicial, invocando, para tanto os argumentos expendidos pela PGE/PROFIS nos seus Pareceres acostados aos autos.

Impende ressaltar que ação mandamental fora ajuizada pelo autuado em 1997, tendo por escopo a obtenção da liberação e suspensão da exigibilidade do crédito tributário, relativo ao ICMS nas operações internas com bacalhau (saithe) seco e salgado importado da Noruega **referentes as faturas de nºs 22241, 22238 e 22239**. Evidente, pois, que a aludida ação abrangeu fato certo, determinado, qual seja, suspensão da exigibilidade de ICMS sobre a importação das mercadorias referentes as faturas acima referidas, tendo a Decisão judicial proferida produzido efeitos jurídicos já transitados em julgado somente em relação às mercadorias e fatos geradores à mesma inerentes.

Ora, não pode a coisa julgada, por se tratar de vilipêndio ao sistema jurídico processual brasileiro, abranger fatos futuros não sujeitos a apreciação do Poder Judiciário, na medida que não fazem coisa julgada, como bem assinalou o Procurador do Estado, Dr. Antenógenes Farias Conceição: “*a) os motivos, ainda que importantes para determinar o alcance da parte dispositiva da sentença (art. 469, inciso I, do Cód. de Proc. Civil); e b) a verdade dos fatos, estabelecida como fundamento da sentença (art. 469, inciso II, do Cód. de Proc. Civil).*”

In casu, a exigência fiscal se refere a meses dos anos de 1999 e 2000, posteriores, portanto, ao ajuizamento do mencionado Mandado de Segurança que, como ressaltado, se limitou à liberação de mercadorias e suspensão da exigibilidade do crédito tributário de faturas especificamente indicadas. Logo, o *decisum* proferido não tem o condão de alcançar fatos ocorridos posteriormente à prolação da sentença e/ou no decorrer do processo que veio a ser julgado, não tendo agido com acerto o julgador de primeira instância ao se eximir quanto à apreciação do mérito da *vaexata quaestio*.

Ademais, a fim de corroborar o quanto acima aduzido, impende ressaltar que entrada e saída de mercadorias compõem bases materiais absolutamente diferentes. Note-se, nesse sentido, que o Auto de Infração se refere à SAÍDA DE MERCADORIAS, ao passo que a demanda judicial invocada pelo autuado versa sobre a IMPORTAÇÃO DE MERCADORIAS”. Por tal razão, insustentável de apresenta a produção de efeitos jurídicos daquela Decisão judicial no âmbito do processo administrativo, pois não há correlação lógica face à diversidade fenomênica.

Destarte, em face de tudo quanto acima exposto, voto no sentido de decretar a NULIDADE da Decisão de primeira instância, devendo os autos retornar àquele órgão para realização de novo julgamento, desta feita enfrentando o mérito integral da infração 1, visto que inexistente qualquer produção de efeitos jurídicos a Decisão invocada pelo autuado.

Abstenho-me, pois, de tecer considerações acerca do *meritum causae* da aludida infração, posto que, se assim o fizesse, estaria incidindo em supressão de instância administrativa.

No que concerne ao exame das infrações 2 e 3, também objeto dos Recursos Voluntário e de Ofício, fica o mesmo prejudicado em razão da nulidade da Decisão acima decretada. Ficou

impedido de proceder o exame das outras matérias em razão do vício que contamina a Decisão recorrida.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 2ª Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, considerar **PREJUDICADOS** os Recursos de Ofício Voluntário apresentados e declarar **NULA** a Decisão recorrida relativa ao Auto de Infração nº **206886.0001/02-4**, lavrado contra **ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.**, devendo os autos retornar à Primeira Instância para novo julgamento.

Sala das Sessões do CONSEF, 04 de outubro de 2006.

TOLSTOI SEARA NOLASCO – PRESIDENTE

NELSON ANTONIO DAIHA FILHO – RELATOR

MARIA DULCE HASSELMAN RODRIGUES BALEEIRO COSTA - REPR. DA PGE/PROFIS