

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 5ª JJF nº 0033-05/07
ORIGEM - IFEP - DAT/NORTE
INTERNET - 11/09/2007

1ª CÂMARA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO CJF Nº 0285-11/07

EMENTA: ICMS. 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. Rejeitada a preliminar de nulidade. Infração confirmada. 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 devido. 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, pois comprovam a inexistência das omissões de saídas apuradas. Infração não caracterizada. Recursos **NÃO PROVIDOS**. Decisão unânime.

RELATÓRIO

Referem-se os presentes Recursos de Ofício e Voluntário, ao Auto de Infração lavrado em 30/12/2002, exigindo 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, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadoria em exercício aberto.

O autuado em sede de defesa inicial requer:

Para a infração 1, seja acolhida a preliminar de nulidade absoluta da mesma, julgando como devido apenas o fato ocorrido em 30/04/00 no valor de R\$1.388,18;

Com referência à infração 2, **considerar procedentes** as impugnações parciais do lançamento, para acolhimento da utilização integral do crédito no valor de R\$10.301,40 e homologando o imposto equivalente a R\$17.127,22, face à comprovação do seu recolhimento;

E a improcedência da infração 3.

Intimado o autuado pela INFAS Santo Antônio de Jesus, para conhecimento e manifestação sobre a informação fiscal prestada pelo autuante, anexou petição aos autos às fls. 512/513, além de outro documento, por meio do qual requer a quitação dos lançamentos fiscais reconhecidos 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. Requeria mais, em novo pronunciamento à fl. 533, 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 agente fiscal pronuncia-se às fls. 549/550 relatando em breve histórico as ocorrências havidas no presente PAF, concluindo a não aplicabilidade da isenção ao bacalhau (RICMS/BA, art. 14, XVIII, “a”), em virtude do tratamento isonômico com o pescado pirarucu, similar nacional; aduz ainda que o Acórdão juntado aos autos refere-se a período anterior a 1997 quando não havia sido efetuada a exclusão da isenção tributária. Ratifica os valores lançados e não alterados pelas informações dadas às fls. 518/520 dos autos.

Após, o PAF foi submetido à pauta suplementar, tendo a i. 4^a JJF decidido pela sua conversão em diligência à PGE/PROFIS, para atendimento ao solicitado à fl. 154, **relativo ao Mandado de Segurança nº 140.97.542181-3 interposto pelo autuado.**

A subscritora do Parecer PGE/PROFIS às fls. 559/562, inicialmente, relata minuciosamente acerca da tributação do bacalhau importado de país signatário do GATT, e em relação ao peixe seco e salgado nacional, tendo assim se posicionado;

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

Para os feitos até 30/04/99, a legalidade da exigência fiscal encontra-se submetida à apreciação judicial, nos autos da ação mandamental evocada, cabendo, 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.

Para os posteriores, a partir de 01/05/99, bem assim quanto aos valores relativos ao exercício de 2000, este período não se encontra abrangido pela discussão travada no âmbito do Poder Judiciário, como acima demonstrado.

O credor não pode promover a execução 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”.

Realça ilustre procuradora que em não havendo 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.

Através do Acórdão CJF nº 0420-12/062, decidiu à unanimidade a 2ª Câmara de Julgamento Fiscal, votar pela Nulidade da Decisão de Primeira Instância, considerando;

- a) não ter agido com acerto o i. julgador de Primeira Instância, ao se eximir quanto à apreciação do mérito *vaexata quaestio* relativamente ao Mandado de Segurança aventado na presente lide;
- b) o Auto de Infração em comento refere-se a Saída de Mercadorias, ao passo que a demanda judicial invocada pelo autuado versa acerca de Importações de Mercadorias, sem correlação lógica a diversidade fenomênica observada.

Abstem-se de tecer comentários acerca do mérito da infração 1, para não incidir em supressão de instância administrativa.

Em decorrência, a análise das seguintes infrações 2 e 3, objetos de Recursos de Ofício e Voluntário, ficou prejudicada a vista do vício que contamina a Decisão recorrida.

Em julgamento pela 5ª JJF, os ilustres membros tecem alongadas considerações sobre o PAF, preliminarmente não acolhendo a Nulidade aventada pelo sujeito passivo da obrigação tributária, na infração 1, moldada na alegação de que a empresa discutia no contencioso judicial a respeito da importação de bacalhau.

Aduzem não haver que se falar em suspensão da exigibilidade do crédito tributário, ficando definitivamente afastada a preliminar de Nulidade suscitada pelo autuado.

No mérito indicam o lançamento acusar saídas de bacalhau sem tributação, em virtude de que as operações com esse produto não estão contempladas na isenção prevista no art. 14, XIII, “a” do RICMS/BA, e os Convênios nºs 60/91, 148/92 e 121/95, relativos a pescados, decidiram também pela não isenção ao pirarucu, peixe nacional, similar ao bacalhau. O Acordo GATT não isenta o bacalhau, mas sim garante similaridade de tratamento entre importados de países signatários e o similar nacional.

Elucidam ainda, os Srs. Julgadores, que enquanto vigorava o Convênio ICMS 60/91, até 30/04/1999, haviam isenções internas com pescados, porém excetuando “*crustáceos, moluscos, adoques, bacalhaus, merluzas, pirarucus, salmões e rãs*”. E sob o Decreto nº 7577/99, com vigência a partir de 01/05/1999, o pescado continuou sendo isento, porém com exclusão do bacalhau “*pescado seco ou salgado*”.

E como os quantitativos apontados no lançamento de ofício não foram contestados, entendem caracterizada a infração 1 no montante de R\$74.250,88.

Em relação à infração 2, admitem os Srs. Julgadores razão parcial ao autuado, com relação ao imposto cobrado referente a agosto/1999. Assim sendo, e de conformidade à informação fiscal que levou em conta recolhimento efetuado pelo autuado no valor de R\$17.127,22 o correto a ser exigido é de R\$1.512,46 para este item parte da infração 02.

Rechaçam alegações defensivas de cálculos incorretos relativos a janeiro de 1999, pois pelas compras de charque não foi exigido nenhum imposto, dado o autuado ser credor, conforme demonstrado às fl. 12 do PAF. e indicam a correção do autuante em levantar não recolhimento do imposto por antecipação tributária, de produtos vindos de outros Estados.

Mantêm parcialmente a exigência fiscal deste item, no valor de R\$32.265,04, destacando equívoco na elaboração do quadro a fl. 527 dos autos, por não ter abatido o valor de R\$4.001,91, referente a outra autuação (Auto de Infração nº 2068690009003), o qual acha-se deduzido no presente total desta infração.

A respeito da infração 3, dizem os ilustres julgadores a mesma não deverá prosperar, por conta das diversas notas fiscais trazidas pelo autuado. Na apresentação de sua defesa, comprovou assim a não omissão de saídas de mercadorias, apontadas pela auditoria de estoques em exercício aberto promovida pelo autuante, cujas alegações foram completamente acatadas.

Julgam os ilustres membros da 5^a JJF pela Procedência em Parte da infração em análise, e conforme demonstrativo a fl. 523, totalizando débito de R\$106.515,92.

O contribuinte inconformado com a Decisão prolatada pela 5^a JJF vem interpor Recurso Voluntário, ao início apontando para a correta tempestividade atendida. Reitera sejam consideradas todas as suas razões de defesa anteriormente apresentadas.

No mérito aborda com relação à infração 1, como fato novo que a ação retornou à Vara de origem, pelo trânsito em julgado da mesma. Conclui o recorrente que a Decisão suspendeu a exigibilidade do crédito tributário de R\$63.240,00 até 31/12/1999, e que referido transito em julgado e extensivo às aquisições futuras, não se limitando apenas a importação das mercadorias referentes as Notas Fiscais n^{os} 22241, 22238 e 22239. Desta forma o recorrente reconhece procedentes os demais valores históricos da infração 1, conforme quadro demonstrativo.

Com relação à infração 2, insurge-se o recorrente quanto a não consideração de crédito de R\$3.691,33 (janeiro de 1999) decorrente de aquisições de charque à alíquota de 12%. Assim, expõe, a ocorrência de 31/01/99 ao invés de R\$10.112,12 deveria apontar R\$6.420,79, sendo todas demais parcelas desse lançamento reconhecidas.

Pede confirmação de tudo que foi exposto, pela Procedência Parcial do Auto de Infração, decidindo pela suspensão da exigibilidade do ICMS no valor de R\$63.240,00, e devidos R\$11.010,88 na infração 1, reconhecendo também como devidos R\$28.573,71 na infração 2.

O opinativo da PGE/PROFIS da lavra da ilustre procuradora dra. Maria Dulce Baleeiro Costa, alude ao início que a infração 1 do Auto de Infração em comento já foi objeto de inúmeras manifestações e todas no sentido da regular constituição do crédito tributário, ainda que o contribuinte tenha impetrado Mandado de Segurança.

A aplicabilidade do MS às importações futuras, também objeto de diversas apreciações da PGE/PROFIS, frente ao reconhecimento do débito pelo contribuinte não tem serventia neste feito.

Indica a ilustre procuradora que o entendimento é pacífico no CONSEF, fundamentado no Convênio ICMS 23/98 que prorrogou a isenção nas operações internas de pescado até 30/04/1999 (e o bacalhau sempre foi exceção a essa regra). Após, a tributação passou a ser normal.

Transcreve, à guisa de consolidação de entendimento, Decisão recente do TJ/BA que revela alteração sobre a matéria, pelo reconhecimento judicial da tributação do bacalhau, à vista do indeferimento o pedido liminar de MS.

E de Parecer que o crédito tributário em relação à infração 1 foi regularmente constituído, devendo ser julgado procedente e seguir à PGE/PROFIS para análise futura quanto a possível impedimento/suspensão da exigibilidade.

Com referência à alegação do autuado quanto à existência de saldo credor que deveria ser abatido, diz a D. procuradora não ter sido possível identificar correlação entre a planilha elaborada pelo recorrente com qualquer outra constante da acusação.

Opina pelo Não Provimento do Recurso Voluntário.

VOTO

É realizada a apreciação do Recurso de Ofício por esta Câmara de julgamento Fiscal do CONSEF, instaurado em decorrência à Decisão emanada pela Junta de Julgamento Fiscal, ao atendimento dos 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.

Tendo sido as infrações 2 e 3 objeto de reduções em seus valores de lançamentos originais, portanto alvos do Recurso de Ofício em análise, observo que;

INFRAÇÃO 2 – Todos os valores mensais apontados no lançamento de ofício permanecem procedentes, à exceção do relativo ao mês de agosto de 1999.

Neste mês, não foi considerado a favor do contribuinte, o recolhimento de R\$ 17.127,22 relativo à antecipação parcial das Notas Fiscais de nºs 302795 e 302796, com posterior comprovação e aceito pelo autuante, a fl. 520, parágrafo segundo do PAF.

Desta forma, parte deste item que perfazia R\$18.639,88, deduzido dos recolhimentos acima citados no valor de R\$17.127,22, resulta em R\$1.512,46; somados aos demais itens dos débitos tributários arrolados nesta infração 02 a mesma perfaz o total de R\$32.265,04 com os quais concordo.

INFRAÇÃO 3 – Esta acusação, originalmente no valor de R\$6.188,00, efetivamente não deverá prosperar, em virtude das notas fiscais a destempo trazidas pelo autuado.

A acusação decorreu de auditoria de estoques em exercício aberto. Defendeu-se o recorrente, mediante comprovação da não omissão de saídas de mercadorias, cujas alegações satisfizeram completamente a autuação, haja vista as citadas informações fiscais constantes às fs. 520 dos autos.

Concordo, portanto com a redução do valor destas infrações 2 e 3, à vista da regularidade das exposições acima, permanecendo o crédito tributário relativo à somatória das mesmas, no valor final de R\$32.265,04.

Quanto à infração 1, preliminarmente não acolho a nulidade suscitada pelo sujeito passivo quanto a esta infração, albergada na alegação da discussão no contencioso judicial a respeito da importação do bacalhau, pois a mesma foi afastada na Decisão de segunda instância, Acórdão Nº 0420-12/06.

No mérito, a lavratura do auto foi por ocorrências de saídas de bacalhau, sem tributação, e as operações realizadas com bacalhau não estão contempladas na isenção prevista no artigo 14, XIII, "a", do RICMS/97; com a celebração dos Convênios ICMS 60/91, 148/92 e 121/95, relativos a pescados, ficou tácita não concessão de isenção ao pirarucu, fato que por analogia comprova a tributação do bacalhau, acaso se considere, como ocorre, ser o pirarucu o similar nacional deste outro importado.

Cabe realçar que o Acordo GATT não isenta de ICMS o bacalhau, mas sim, garante igualdade de tratamento tributário entre o produto importado de país signatário e o similar nacional. O Convênio nº 60/91 (Decreto nº 7.265, publicado no DOE de 2/7/1998), com vigência até 30/4/99, previa isenção do ICMS nas operações internas com pescado, porém excetuando-se o crustáceo, molusco, adoque, bacalhau, merluza, pirarucu, salmão e rã. Posterior Decreto nº 7.577/99, com efeitos a partir de 1/5/1999, seguiu concedendo isenção ao pescado, porém de igual forma, excluindo o bacalhau “pescado seco ou salgado”.

O bacalhau desde sempre e continua sendo considerada mercadoria tributada pelo ICMS, portanto julgo correto o procedimento fiscal ao exigir o imposto sobre as operações que enganadamente foram lançadas na escrita fiscal do autuado como isentas, ou seja, sem débito do imposto.

O recorrente em sua defesa não contestou o levantamento realizado pelo autuante que em relação à data de ocorrência de 31/12/1999, obteve um quantitativo de vendas do produto bacalhau, com base nas entradas, com dedução do estoque final do referido produto, de 51.675kg., perfazendo um total de R\$384.462,00, com ICMS devido de R\$65.358,54, calculado na alíquota de 17%.

Referido quantitativo contém mais 1.675 kgs. de bacalhau, remanescentes, adquiridos no mês de dezembro/99.

Também persistem as demais parcelas relativas aos meses de janeiro, fevereiro e abril/2000 num total de R\$8.892,34.

Concordo, pois, por restar caracterizada esta infração 1, procedente e no valor total de R\$74.250,88.

Voto pelo NÃO PROVIMENTO dos Recursos de Ofício e Voluntário apresentados.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 1^a Câmara de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, NÃO PROVER os Recursos de Ofício e Voluntário apresentados e homologar a Decisão recorrida que julgou **PROCEDENTE EM PARTE** o Auto de Infração nº 206886.0001/02-4, lavrado contra **ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.**, devendo ser intimado o recorrente para efetuar o pagamento do imposto no valor de **R\$106.515,92**, 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 correspondentes.

Sala das Sessões do CONSEF, 16 de agosto de 2007.

DENISE MARA ANDRADE BARBOSA – PRESIDENTE

OSWALDO IGNÁCIO AMADOR - RELATOR

JOÃO SAMPAIO REGO NETO - REPR DA PGE/PROFIS