

AI Nº - 180573.0015/04-9
AUTUADO - GALILEO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.
AUTUANTE - ARISTON ALVES DA SILVA
ORIGEM - INFAZ SIMÕES FILHO
INTERNET - 05/02/2007

5ª JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0009-05/07

EMENTA: ICMS. EXTINÇÃO DO PROCESSO. **a)** PARCELAMENTO TOTAL DOS ITENS 1, 5 E 6 DO AUTO DE INFRAÇÃO. **b)** PAGAMENTO INTEGRAL DO DÉBITO DO ITEM 7. Nos termos do Art. 156, inciso I do CTN extingue-se o crédito tributário com o pagamento total do débito pelo sujeito passivo, ficando, conseqüentemente, também extinto o processo administrativo fiscal em conformidade com o inciso IV, do artigo 122, do RPAF/99. **c)** DECISÃO JUDICIAL TRANSITADA EM JULGADO. Tendo em vista a decisão judicial transitada em julgado devem ser excluídos da lide os itens 2, 3 e 5 da acusação fiscal, nos termos do Art. 156, inciso X do CTN. Defesa PREJUDICADA. Decisão unânime.

RELATÓRIO

O Auto de Infração, lavrado em 21/12/2004, exige ICMS no valor de R\$62.725,79 acrescido da multa de 60%, mais a multa no valor de R\$4.000,00, pelas seguintes irregularidades:

1. Recolhimento a menos do imposto devido nas importações de mercadorias do exterior, em razão de erro na determinação da base de cálculo, quer pela falta de inclusão das despesas aduaneiras incorridas até o desembaraço, quer pela utilização incorreta da taxa cambial, ou por ter sido considerado alguns produtos isentos quando deveriam ser tributados (janeiro e março de 1999) – R\$872,51;
2. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte deixou de recolher o imposto devido pelas saídas internas de bacalhau, contrariando as disposições do art. 14, XIII, “a”, além do art. 343, XLII, do RICMS, sem respaldo algum em Liminar Judicial que lhe assegure utilizar tal procedimento (março e abril de 1999) – R\$31.674,83;
3. Falta de recolhimento do imposto devido pelas importações tributadas realizadas pelo estabelecimento. O contribuinte não recolheu o ICMS sobre as entradas de bacalhau importado do exterior, amparado em Mandado de Segurança de nº 140944.209.18-2/94, inclusive com liminar vencida, infringindo o Decreto nº 7.577/99 com vigência a partir de 1/5/1999 (maio de 1999) – R\$17.677,40;
4. Falta de recolhimento do ICMS em razão de ter praticado operações tributáveis como não tributáveis, regularmente escrituradas. O contribuinte efetuou saídas internas de bacalhau na forma de comercialização, sem recolher o imposto devido, contrariando o disposto no Decreto nº 7577/99, bem como o art. 343, XLII, do RICMS/97 e suas alterações. O autuante ressaltou que para a apuração do valor devido foi utilizado o conta corrente fiscal, sendo abatido o crédito pelas entradas, objeto da infração 3 (junho de 1999) - R\$9.319,57;
5. Recolhimento a menos do ICMS por antecipação, na qualidade de sujeito passivo por

substituição, referente às aquisições de mercadorias provenientes de outras Unidades da Federação. (janeiro de 1999) – R\$1.988,42;

6. Recolhimento a menos do imposto em decorrência de desencontro entre aquele recolhido e o escriturado no Livro Registro de Apuração do ICMS (junho de 1999) – R\$1.193,06;

7. Multa no valor de R\$4.000,00 pelo extravio de documentos fiscais. O contribuinte, mesmo sendo intimado por três vezes a apresentar as notas fiscais de saída, assim não procedeu. Os documentos se referem aos períodos de: 9 a 22 de jan/99 (Notas Fiscais de nº: 16819 a 17814); 1 a 8 de fev/99 (Notas Fiscais de nº: 18303 a 18787); 25 a 28 de fev/99 (notas Fiscais nº 19757 a 19932); 1 a 11 de mai/99 (Notas Fiscais de nº 23615 a 24077)

A empresa (fls. 158/167), através de advogado, apresentou impugnação parcial ao lançamento ora em lide, reconhecendo como cometidas as irregularidades apontadas como 1, 5 e 6 e informando de que requereu parcelamento do débito.

Em relação à infração 7, disse ser ela totalmente improcedente, uma vez que as notas fiscais de saídas, ditas não escrituradas, foram em sua totalidade localizadas, conforme Anexo 4 que apensou aos autos. Além deste fato, e diante do princípio da eventualidade, entendeu que o enquadramento legal da infração apresentado pelo autuante não dizia respeito à mesma, o que culminava com a sua nulidade. Observou que o art. 58, I, art. 572, e art. 50, I, “d”, do RICMS/97 (transcritos) tratam de outras matérias (exportação e importação), sendo incapazes de fundamentar a irregularidade, ou seja, extravio de documentos fiscais. Nesta mesma linha, incorreta estava a aplicação do dispositivo de lei indicado para a multa aplicada, o que vulnerava a Infração em combalida. Por conta disso, nula e inepta para constituir possível crédito tributário.

Quanto as infrações 2, 3 e 4 o imposto foi exigido sob o fundamento da falta de recolhimento do ICMS devido pela importação e circulação de bacalhau no ano de 1999.

Informou que o bacalhau havia sido adquirido de países signatários do Acordo Geral de Tarifa e Comércio – GATT, que estabelece no seu art. 3º, que o produto importado de país dele signatário (Noruega) goza do mesmo tratamento tributário dispensado ao produto similar de origem nacional, no caso, do peixe seco. Como este último, à época, gozava da isenção tributária, o bacalhau importado na Noruega, por lógico, tinha o mesmo tratamento tributário por força do disposto na norma hierarquicamente superior ao Regulamento do ICMS/BA. Neste sentido, transcreveu a Súmula 71 e 20 do Superior Tribunal de Justiça e aquela de número 575 do Supremo Tribunal Federal.

Informou que, em 19/10/1994, impetrou Mandado de Segurança nº 140.94.420.918-2, cujo objeto foi a concessão de Medida Liminar para que o Diretor do Departamento de Administração Tributária se abstinhasse de exigir o recolhimento do ICMS sobre o bacalhau procedente, por importação, de algum país signatário do GATT. A referida Medida Liminar foi concedida nos termos pleiteados pela empresa e o Ministério Público do Estado da Bahia opinou pela concessão da segurança, sendo esta a determinação da sentença, que decidiu pela garantia do direito líquido e certo da impetrante à importação do bacalhau sem o recolhimento do ICMS. A Fazenda Pública interpôs Recurso de Apelação que foi totalmente improvido. Intimada desta decisão, a Fazenda Estadual interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário, os quais foram inadmitidos pelo Tribunal de Justiça da Bahia, tendo sido interposto Agravo de Instrumento não provido pelo Supremo Tribunal Federal, através de decisão já transitada em julgado em 1/8/2003. Com esta decisão, ficou sacramentada a impossibilidade jurídica da cobrança de ICMS por força do não recolhimento na importação e comercialização de bacalhau.

Colecionando aos autos toda a documentação que citou, requereu a improcedência das infrações 2, 3 e 4 e a nulidade daquela de nº 7.

O autuante (fls. 2442/2446) observou que os documentos fiscais foram apensados aos autos pela defesa. No entanto, quando da fiscalização, ele foi formalmente intimado por 3 vezes, além de outras solicitações durante os três meses que durou a ação fiscal. Entendeu que esta situação redundou em empecilho à ação fiscal concernente aos meses de janeiro, fevereiro e maio de 1999, pois tais documentos eram passíveis de irregularidades quanto a créditos em favor da Fazenda Pública. Além do mais, a falta de entrega dos documentos cessou a possibilidade de uma ação fiscal subsequente, em decorrência da decadência que ocorreu no final do mês de dezembro.

Quanto aos dispositivos do Regulamento e multa aplicada estarem em dissonância com a irregularidade apurada, este fato decorreu do Sistema SEAI, cuja lavratura do Auto de Infração é automática. Registrou que os dispositivos legais em que se fundamenta a infração são os arts 144 e 146, incisos e parágrafos RICMS/97 e a multa aplicada, capitulada no art. 42, XIX-"a" da Lei nº 7.014/96 e suas alterações. Afora que tal fato não é motivador de nulidade da infração, conforme prevê o art. 18, § 1º e art. 19, do RPAF/99.

Em relação às infrações 2, 3 e 4, entendeu que a defesa as considerou, de maneira equivocada, como tivessem a mesma natureza e não observou de que se referiam a períodos diversos quanto ao aspecto de vigência de leis e portanto, das alterações no Regulamento do ICMS. A infração 2 trata de saídas de bacalhau, sem tributação, onde foi efetuado o levantamento das saídas conforme consta do anexo II (fls. 9/10), quando estava na vigência do Convênio 60/91, inserido no RICMS através do Decreto nº 7.265, publicado no DOE de 2/7/1998, com vigência até 30/4/99, que isentava do ICMS nas operações internas com pescado, exceto crustáceo, molusco, adoque, bacalhau, merluza, pirarucu, salmão e rã. Assim, com base na legislação da época, a manteve.

A infração 3 refere-se a entradas de bacalhau através de importação, já sob a vigência do Decreto 7.577/99, a partir de 1/5/1999, que concede isenção e exclui bacalhau “pescado seco ou salgado”. Assim sendo, a infração estava respaldada na legislação vigente. Ressaltou ser este o posicionamento deste Colegiado, cujas cópias de acórdãos se encontravam apensados aos autos.

Na infração 4, com fato gerador do imposto em junho/99, também sob a vigência do Decreto nº 7.577/99, se refere às saídas internas, onde foi concedido o crédito referente à infração 3, que se referiu ao imposto sobre importações do período.

A respeito do Mandado de Segurança nº 140.94.420.918-2, impetrado em 1994, entendeu que o mesmo não poderia produzir efeitos eternamente, frente a situações novas regidas por uma legislação que sofreu inúmeras alterações. Salientou, ainda, que não encontrou qualquer medida liminar para dar sustentação ao procedimento do autuado.

Ratificou em sua totalidade o Auto de Infração.

A 4ª JJF encaminhou os autos à Infaz Simões Filho (fl. 2454) para que fosse encaminhada cópia da informação fiscal ao contribuinte, já que nesta houve o saneamento dos dispositivos regulamentares ditos infringidos relativos à infração 7. Foi aberto prazo de dez dias para que, querendo, o autuado se manifestasse.

Cientificado da informação fiscal (fls. 2457/2458) o autuado manifestou-se (fls. 2460/2469), discordando do autuante quanto à interpretação que deu ao erro verificado dos dispositivos legais infringidos e relativos à infração 7. Entendeu que no caso não houve, apenas, omissões meramente formais, mais sim da sua tipificação, o que impediu o surgimento da infração acusada. Além do mais, os art. 144 e 146, do RICMS/97, de igual forma, eram estranhos à caracterização da infração, na medida de que não houve extravio de documentos fiscais e sim, a falta de apresentação ao fisco de documentos não encontrados na ocasião. Além do mais, afirmou ser “esdrúxulo” que o dispositivo de lei fosse alterado no curso do processo para a aplicação de multa em lide, para que, em tese, incidisse sobre o caso concreto. Pugnou pela nulidade deste item da autuação.

Em relação às infrações 2, 3 e 4, e diante da informação prestada pelo preposto fiscal, relatou, novamente, todo o histórico do Mandado de Segurança nº 140.94.420.918.2, reafirmando que o Poder Judiciário, em definitivo, havia lhe concedido o direito de importar bacalhau oriundo de país signatário do GATT com isenção do ICMS tanto no desembaraço aduaneiro como na comercialização do produto. Observou que o autuante não havia encontrado nenhuma liminar judicial tendo em vista a falta de sua comunicação com a Procuradoria Fiscal, uma vez que os autos do Mandado de Segurança estava em carga com a Procuradoria, desde 16/11/2004, para ciência do trânsito em julgado da sentença.

Novamente pugnou pela nulidade da infração 7 e a improcedência das infrações 2, 3 e 4.

A 4º JJF (fl. 2475) encaminhou os autos à repartição fiscal para que o autuante se manifestasse a respeito da manifestação do impugnante.

O autuante (fls. 2478/2480) trouxe os mesmos argumentos apresentados anteriormente quando de sua informação fiscal e relativa às infrações impugnadas. Apenas acrescentou aos dispositivos regulamentares infringidos quanto à infração 7 o art. 934, do RICMS/97 e que a diligência requerida se ateve exclusivamente a este item e não como se portou a defesa em abordar todas aquelas impugnadas. Entendeu não ser concebível que um Mandado de Segurança de 19/10/1994 continuasse a produzir efeitos, quando neste ínterim ocorreram inúmeras alterações do RICMS com repercussões na tributação de bacalhau.

Ratificou o procedimento fiscal.

O processo foi encaminhado à PGE/PROFI para que este órgão jurídico emitisse Parecer opinativo, com base nas informações que possuía acerca da real situação do Mandado de Segurança nº 140.94.420.918-2 (fl. 2485).

A PGE/PROFI anexou aos autos o processo nº 183645/2006-6 (fls. 2488/2528) e o seu Procurador Geral emitiu Despacho (fls. 2529/2530) com o seguinte teor: *Trata-se de expediente submetido à análise com vistas à verificação da aplicabilidade ao presente Auto de Infração da decisão judicial exarada no mandado de segurança n. 140.94.420918-2, bem como verificar o trânsito em julgado desta ação. A leitura do Auto de Infração evidencia que os itens 02, 03 e 04 da autuação reportam-se à operação relativa a bacalhau e que tal operação estava amparada por decisão judicial no mandado de segurança n. 4209182/94. Nesse sentido, os itens do presente auto de infração relativos às operações com bacalhau submetem-se ao mandado de segurança referido, que, efetivamente, veio a transitar em julgado, conforme documentos residentes nos autos, assegurando à empresa impetrante o direito à não se submeter à incidência do ICMS nas mencionadas operações. Dessa forma, considerando que o presente auto encontra-se pendente de apreciação perante o CONSEF, deve o processo retornar àquele Órgão Julgador para julgar prejudicada a defesa no que se refere aos itens do auto de infração relacionados com as operações com bacalhau, abarcadas pela decisão judicial transitada em julgado, conforme apurado no demonstrativo anexo, da lavra do i. auditor fiscal César de Souza Lopes, encaminhando à DARC/GECOB para baixa dos referidos itens. Outrossim, deve o julgamento prosseguir normalmente quanto aos demais itens do auto de infração.*

VOTO

O sujeito passivo não contestou as acusações referentes aos itens 1, 5 e 6 do presente Auto de Infração. Inclusive solicitou o parcelamento do débito exigido. Não havendo lide a ser decidida e havendo parcelamento dos valores exigidos, fica extinto o processo administrativo fiscal com

base no art. 122, IV, do RPAF/99.

A lide somente foi estabelecida quanto aos itens 2, 3, 4 e 7 da autuação.

Os itens 2, 3 e 4 tratam da falta de recolhimento do ICMS referente a operações comerciais realizadas com o bacalhau proveniente de país signatário do Acordo Geral de Tarifa e Comércio – operações de importação e saídas para o mercado interno.

O contribuinte informou, trazendo no bojo de sua defesa documentação, de que, em 19 de outubro de 1994, impetrou o Mandado de Segurança (nº 140.94.420.918-2), cujo objeto foi a concessão de Medida Liminar para que o Diretor do Departamento de Administração Tributária se abstivesse de exigir o recolhimento do ICMS sobre o bacalhau procedente, por importação, de algum país signatário do GATT, e, que, ao final, fosse confirmada a liminar e reconhecida a inexistência de relação jurídica que legitimasse a Fazenda Pública a exigir o pagamento de ICMS, incidente sobre as operações de venda do bacalhau importado dos referidos países. A Medida Liminar foi concedida nos termos pleiteados. Houve Recurso de Apelação interposto pela Fazenda Pública Estadual, totalmente improvido. Intimada para tomar conhecimento da sentença, a Fazenda Estadual interpôs Recurso Especial e Recurso Extraordinário, os quais foram inadmitidos pelo Tribunal de Justiça da Bahia, tendo sido interposto Agravo de Instrumento não provido pelo Supremo Tribunal Federal, através da decisão já transitada em julgado em 1/8/2003. Como também havia sido apensado aos autos hard copy de consulta processual dando conta do andamento do processo como ainda em tramite na 1ª Vara da Fazenda Pública, a situação não ficou, totalmente, esclarecida. A PGE/PROFI foi chamada á prestar informação. Na lavra do Sr. Procurador Geral foi informado que o referido Mandado de Segurança veio a transitar em julgado, assegurando à empresa o direito de não submeter à incidência do ICMS as operações comerciais (importação e saídas posteriores) com o bacalhau importado.

Em vista desta situação, a defesa apresentada quanto aos referidos itens resta prejudicada, pois, nos termos do art. 117 do RPAF/99, a escolha da via judicial pelo sujeito passivo esgota a instância administrativa, sendo extinto o processo administrativo conforme comando do art. 122, II, do RPAF/99. E, em obediência à decisão judicial transitada em julgado devem ser excluídos os itens 2, 3 e 4 da presente autuação, providência esta que, de acordo com a orientação da PGE/PROFI, ficará a cargo da DARC/GECOB.

O item 7 trata da aplicação de multa no valor de R\$4.000,00 pelo extravio de documentos fiscais. O autuante informou que intimou o contribuinte, por três vezes, a apresentar as notas fiscais de saída, que indicou, sem lograr êxito. Em vista da situação, aplicou a multa por extravio de documentos fiscais.

Na assentada de julgamento foi apresentada á esta Relatora, bem como, aos seus demais membros, petição da empresa autuada (fls. 2541/2542) informando de que havia recolhido o valor da multa em lide, objetivando extinguir a lide relativa a este item. Foi apresentado o DAE do pagamento realizado. Na situação, tem razão o defendente. O autuado ao efetuar o pagamento do débito ora exigido desistiu da defesa apresentada, tornando-a ineficaz, conforme previsto no art. 122, inciso IV, do RPAF/BA. Em consequência, fica extinto o processo administrativo fiscal quanto a este item, nos termos do art. 156, inciso I, do CTN e *prejudicada* a defesa apresentada, devendo os autos ser remetido à repartição fiscal de origem para fim de homologação do pagamento.

Face ao exposto, resta PREJUDICADA a defesa referente ao presente Auto de Infração.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5ª Junta de Julgamento Fiscal do Conselho de Fazenda Estadual, por unanimidade, declarar **PREJUDICADA** a defesa apresentada e declarar **EXTINTO** o Processo

Administrativo Fiscal relativo ao Auto de Infração nº 180573.0015/04-9, lavrado contra GALILEO INDÚSTRIA E COMÉRCIO LTDA.

Sala das Sessões do CONSEF, 24 de janeiro de 2007.

MÔNICA MARIA ROTERS- PRESIDENTE/RELATORA

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - JULGADOR