

A. I. Nº - 206886.0001/02-4
AUTUADO - ATACADÃO RECÔNCAVO COMÉRCIO DE CEREAIS LTDA.
AUTUANTE - JORGE JESUS DE ALMEIDA
ORIGEM - SAT/DAT/IFEP/NORTE
INTERNET - 27/02/2007

5^a JUNTA DE JULGAMENTO FISCAL

ACÓRDÃO JJF Nº 0033-05/07

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. 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, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo 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, impôs 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 debeatur” 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. 533, 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 pirarucu.

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 excluso 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 JJF 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 pela 4ª JJF, 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 JJF n.º 0232-04/06, decidiu a 4.ª Junta de Julgamento Fiscal pela Procedência Parcial do presente Auto de Infração.

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 (saithe) 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 imponível tributário’, que consiste, inclusive, em garantia fiscal ao contribuinte, ‘porque a base de cálculo é ídice 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, quedou-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.

Através do Acórdão N° 0420-12/06, decidiu a 2.^a Câmara de Julgamento Fiscal pela nulidade da Decisão de primeira instância, relativa à primeira infração, determinando que os autos retornassem àquele órgão para realização de novo julgamento, desta feita enfrentando o mérito integral da infração 1, visto que inexiste qualquer produção de efeitos jurídicos a Decisão invocada pelo autuado.

No que concerne ao exame das infrações 2 e 3, considerou prejudicado em razão da nulidade da Decisão acima decretada. Expôs que ficou impedido de proceder ao exame das outras matérias em razão do vício que contaminou a Decisão recorrida.

O presente processo foi encaminhado para a 5.^a JJF, para novo julgamento.

VOTO

Inicialmente, deixo de acolher à preliminar de nulidade 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, uma vez que a mesma foi afastada na decisão de segunda instância (Acórdão N° 0420-12/06).

No mencionado julgamento assim expôs o relator:

“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 se apresenta a produção de efeitos jurídicos daquela Decisão judicial no âmbito do processo administrativo, pois não há correlação lógica face à diversidade fenomênica”.

Portanto, não há que se falar em qualquer suspensão de exigibilidade do crédito tributário em análise, ficando afastada a preliminar de nulidade suscitada pelo autuado.

No mérito, a infração trata de saídas de bacalhau, sem tributação, todavia as operações realizadas com bacalhau não estão contempladas na isenção prevista no artigo 14, XIII, “a”, do RICMS/97, e com a celebração dos Convênios nº 60/91, 148/92 e 121/95, relativos a pescados, ficou decidido também pela não concessão de isenção ao pirarucu, fato que comprova a tributação do bacalhau acaso se considere o pirarucu o similar nacional do bacalhau.

Vale ainda acrescentar, que o Acordo GATT não isenta o bacalhau, mas sim, garante igualdade de tratamento tributário entre o produto importado de país signatário e o similar nacional.

Quando vigorava o 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, havia isenção do ICMS nas operações internas com pescado, porém excetuando-se o crustáceo, molusco, adoque, bacalhau, merluza, pirarucu, salmão e rã.

Já sob a vigência do Decreto 7.577/99, com efeitos a partir de 1/5/1999, o texto continuou concedendo isenção ao pescado, porém novamente excluindo o bacalhau “pescado seco ou salgado”.

Assim sendo, a infração estava respaldada na legislação vigente e é o posicionamento deste Colegiado, com base em reiteradas decisões.

Portanto, pelo fato do bacalhau ter sido sempre considerado mercadoria tributada pelo ICMS, entendo correto o procedimento fiscal ao exigir o imposto sobre as operações realizadas, as quais foram lançadas na escrita fiscal do autuado como isentas, ou seja, sem débito do imposto.

Vale ainda acrescentar, que o autuado limitou-se em sua defesa a questionar a legitimidade da exigência em questão, não contestando o levantamento realizado pelo autuante que em relação à data de ocorrência de 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 51.675kg., perfazendo um total de R\$384.462,00, com ICMS devido de R\$65.358,54, calculado na alíquota de 17%.

Com referência aos 1.675kgs. remanescentes de bacalhau, que foram adquiridos no mês de dezembro/99, 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.

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 para a ocorrência em análise 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.

Dessa forma, o valor a ser exigido para infração em comento é no montante de R\$32.265,04, conforme demonstrativo de débito à fl. 523, que foi elaborado pelo autuante por ocasião de sua primeira informação fiscal, ficando, portanto, mantida parcialmente a exigência fiscal.

Ressalto, ainda, que em outro demonstrativo de débito que o autuante acostou à fl. 527 dos autos, ocorreu um equívoco, pois não foi abatido o valor de R\$4.0001,91, relativo a uma autuação anterior (A.I. n.º 2068690009003, mencionado na descrição dos fatos deste Auto de Infração). Ao se deduzir o mencionado valor, fica confirmado o valor a ser exigido para a infração em análise no montante de R\$32.265,04.

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, consequentemente, sem o respectivo lançamento em sua escrita, apurado mediante levantamento quantitativo por espécie de mercadoria em exercício aberto.

Acerca da autuação, restou evidenciado que a exigência fiscal não deve prosperar, 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.

Vale ainda ressaltar, que o próprio autuante, por ocasião de sua informação fiscal, acatou as alegações defensivas, opinando pela exclusão da infração ora em análise.

De tudo exposto, voto pela PROCEDÊNCIA EM PARTE do Auto de Infração na importância de R\$106.515,92, conforme demonstrativo de débito à fl. 523.

RESOLUÇÃO

ACORDAM os membros da 5^a 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\$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.

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 fevereiro de 2007.

MÔNICA MARIA ROTERS - PRESIDENTE

LUÍS ROBERTO DE SOUSA GOUVÊA - RELATOR

CLÁUDIO MEIRELLES MATTOS - JULGADOR